



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B
CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

Expediente: 200012339000201500192 01
Número interno: 5029-2016
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: NOHEMÍ PATRICIA TONCEL MEZA
Demandado: DEPARTAMENTO DEL CESAR
Asunto: Contrato Realidad.

Fallo de segunda instancia – Ley 1437 de 2011

La Sala decide el recurso de apelación que presenta la parte demandada contra la sentencia adiada el 15 de septiembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante la cual se accede a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La demanda

1. La señora NOHEMÍ PATRICIA TONCEL MEZA, mediante apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presenta demanda en contra del DEPARTAMENTO DEL CESAR, para que se acceda a la declaratoria de nulidad de los actos contenidos en los Oficios de 27 de noviembre (fl.15) y 17 de diciembre de 2013 (fl.19), expedidos por la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos de este departamento y por los cuales se

negó una relación laboral entre las partes, además del consecuente pago de “*emolumentos laborales deprecados en sede administrativa*”.

Pretensiones

2. Se declare la nulidad de los actos contenidos en los Oficios de 27 de noviembre (fl.15) y 17 de diciembre de 2013 (fl.19), expedidos por la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos de la Gobernación del Departamento del César y en consecuencia se declare la existencia de una relación laboral entre las partes desde el 24 de septiembre de 2008, hasta el 31 de diciembre de 2011 (fls.4 y 5).

3. Como resultado de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada al pago indexado de las prestaciones sociales dejadas de percibir por la actora, así como al reintegro de los aportes en seguridad social (fl.5). A las demás consecuenciales.

Fundamentos fácticos

4. Expone la demandante que ingresó a laborar con el Departamento del Cesar a partir del 24 de septiembre de 2008 y hasta el 31 de diciembre de 2011, de forma ininterrumpida y subordinada, cumpliendo horarios bajo la dependencia del Secretario de Hacienda en el cargo de apoyo a la Oficina de Rentas, desarrollando de forma personal funciones jurídicas, mediante contratos de prestación de servicios que encubrieron una verdadera relación laboral y con una asignación mensual de \$ 2.884.000 pesos, asumiendo los costos de su afiliación en seguridad social (fl.3).

5. Que elevó derecho de petición el día 14 de noviembre de 2013, ante la Gobernación del Cesar donde solicitó el reconocimiento de una relación laboral y el consecuente pago de prestaciones sociales, siendo negadas sus pretensiones mediante Oficio de 27 de noviembre de 2013 (fl.15), el cual apeló el 12 de diciembre de 2013 (fl.17) reiterándose la negativa por parte de la accionada el 17 de diciembre de 2013 (fl.19).

6. Se constata audiencia de conciliación extrajudicial declarada *fallida* entre las partes, ante la Procuraduría 75 - Judicial I de Valledupar, el 12 de agosto de 2014 (fls.52 a 54), interpuso demanda la actora ante el Juzgado 1º Oral de Valledupar el 4 de febrero de 2015 (fl.56), remitido por competencia al Tribunal Administrativo del Cesar el 17 de marzo de 2015 (fl.57), admitida el 18 de junio de 2015 (fl.66), con sentencia el 15 de septiembre de 2016, la cual accedió a las pretensiones de la demanda (fls.251 a 269) y que fuera apelada por la accionada el 4 de octubre de 2016 (fl.274 a 278).

Concepto de violación

7. Considera la actora que existe violación de los artículos 13, 25, y 53 de la Constitución Política, en tanto que con el actuar de la administración se afectó su derecho a la igualdad de cara a otros cargos de planta que percibieron la totalidad de las prestaciones sociales ordenadas por la ley. Frente al desconocimiento del artículo 53, interpela el reconocimiento una verdadera relación laboral por encima de los contratos de prestación de servicios, principio de la realidad sobre las formalidades, siendo que se configuraron los elementos esenciales de la relación laboral (fl.7).

Oposición a la demanda¹

8. El DEPARTAMENTO DEL CESAR, ofrece un pronunciamiento sustentado en la naturaleza de la relación entre las partes que a su criterio fue de las regladas en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en ningún momento subordinada y que careció de continuidad por lo cual adolece de los elementos fundantes de una relación laboral, a lo cual ratifica su posición en las decisiones administrativas demandadas (fl.88).

Sentencia Apelada²

9. El Tribunal de Instancia, declara la nulidad de los actos administrativos demandados, reconoce la existencia de una verdadera relación laboral y a título de reparación del daño ordena a la demandada a pagar a la actora las prestaciones

¹ Folios 86 a 93.

² Folios 251 a 269.

sociales y demás derechos laborales que se reconocen a los demás empleados del Departamento del Cesar, correspondientes al periodo comprendido entre el 20 de marzo de 2009, hasta el 15 de diciembre de 2011, no obstante, dictó la prescripción del periodo laboral entre el 29 de septiembre y el 29 de diciembre de 2008 mas no la cotización de los aportes los cuales se deberán computar para efectos pensionales, obligando conjuntamente a la devolución de los mismos que hubieran sido pagados a seguridad social por parte de la actora (fl.268).

10. Para el A quo, acertado resulta declarar la realidad sobre las formalidades en cuanto es posible determinar con la carga documental y testimonial que la actora recibió órdenes del Jefe de Área de Renta, cumplió horarios ejecutando su labor sin autonomía al responder por funciones que tenían un carácter permanente y diario (fl.264).

Recurso de Apelación

DEPARTAMENTO DEL CESAR³

11. Recurre la decisión del Tribunal de Instancia en cuanto estima que se presenta una relación de orden contractual definida por la Ley 80 de 1993 y en ningún momento subordinada. Considera un indebido análisis probatorio siendo que los testimonios no llegan a probar dicho elemento de la subordinación, en efecto indica que el Tribunal de Instancia erró en su valoración de los mismos, pues no fueron claros al respecto de las circunstancias de tiempo modo y lugar. Coadyuva su tesis afirmando que no existe documental que indique que existió dependencia dentro de la ejecución del contrato (fl.278).

Alegatos de Conclusión y Concepto del Ministerio Publico en Segunda Instancia

12. El demandante guardó silencio (fl.331). La entidad demandada reafirma su posición de alzada (fl.406). El Ministerio Público presenta Concepto instando a confirmar la sentencia de instancia de acuerdo a que lo probado dentro del proceso

³ Folios 274 a 278

es suficiente para determinar los elementos de una relación laboral, en especial la subordinación que se corroboró en los testimonios recepcionados, por demás refiere innecesaria la condena en costas solicitando revocar este numeral (fls.318 a 330).

CONSIDERACIONES

Planteamiento del problema jurídico

13. Revisado el recurso de apelación que ha interpuesto la accionada, en cuanto la difiere del análisis probatorio efectuado por el Tribunal y que repercutió en el reconocimiento de la relación laboral pretendida se establece como problema jurídico a resolver en la actual controversia, si existió una relación laboral entre las partes o esta obedeció a lo regulado en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

14. El desacuerdo jurídico estimado hace necesario acudir al estudio de la normatividad y la jurisprudencia relacionada al contrato realidad y al caso concreto, así entrar a examinar el caudal probatorio a fin de establecer si la labor ejecutada por la actora fue subordinada y sobrevino la realidad sobre las formas.

Normatividad y jurisprudencia aplicable al caso concreto

15. En una primera aproximación se hace indispensable, abordar la discusión jurídica en torno del contrato realidad el cual ha generado importantes estados del arte en la materia. Sin lugar a dudas uno de los más relevantes, se ventiló frente al examen de exequibilidad que realizó la Corte Constitucional al numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual permite la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público, se cita el artículo:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. 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:

(...)

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

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

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

16. De tal forma, el legislador mediante esta norma, dejó sentados los elementos de los que se debe disponer para que se configure un contrato de prestación de servicios, así, en cuanto tiene que ver con la contratación de personas naturales, la norma exige que solo se celebraran tratándose de estas, cuando: (i) no puedan realizarse con el personal de planta o se (ii) requieran de conocimientos especializados.

17. De allí, que la consecuencia jurídica lógica, radica en que no se generará una relación laboral y con ello tampoco se producirá ningún tipo de prestación social, además de tener un límite temporal, siendo solo posible por el término indispensable para el cumplimiento de la labor contratada.

18. Justamente la Corte Constitucional en la precitada Sentencia C-154-97 con ponencia del doctor Hernando Herrera Vergara, después de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de dilucidar las diferencias con el contrato de trabajo, estableció que el ejercicio de tal potestad es ajustado a la Carta Política, siempre y cuando la administración no la utilice para ocultar la existencia de una verdadera relación laboral personal subordinada y dependiente.

19. En el mismo sentido, el Consejo de Estado en fallos como el de 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente No. 0245, C.P. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial, **la subordinación** y dependencia del

trabajador respecto del empleador. Así mismo, lo estableció esta Sala en anterior pronunciamiento⁴:

“Así las cosas, se concluye que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales. (Subraya la Sala)

(...)”

y agregó específicamente sobre la subordinación:

“Precisamente uno de los elementos esenciales para la existencia del contrato de trabajo es la subordinación, la cual -según el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo- faculta al empleador para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo y cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos internos, sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos del trabajador.

Respecto a la subordinación, se ha entendido como la aptitud que tiene el empleador para impartirle órdenes al trabajador y exigirle su cumplimiento, para dirigir su actividad laboral e imponerle los reglamentos internos de trabajo a los cuales debe someterse, todo dirigido a lograr el objetivo misional trazado.” (Subraya la Sala)

20. En este mismo sentido, la sentencia de Unificación⁵ de la Sección Segunda de esta Corporación, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter, indicó:

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

En otras palabras, el denominado “*contrato realidad*” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “B”. Consejera Ponente: Dra. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016) radicación número: 05001233300020130081301 (3867-14) Actor: DIANA MARCELA LONDOÑO AGUDELO Demandado: INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO.

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. Consejero Ponente: Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER. Bogotá D.C., Veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), radicación número: 230012333000201300260 01 (0088-15) CE–SUJ2-005-16.

la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales⁶.(Subraya la Sala)

21. De tal forma, se hace necesario remitir al citado artículo 53 de la Constitución Política que dispone frente a los principios mínimos fundamentales en materia laboral entre otros, el de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

“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.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”

22. Por su parte, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo⁷, señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:

“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:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

⁶ En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10).

⁷ Modificado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990.

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; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.” (Subrayado propio)

23. Aquí se debe precisar, que en materia probatoria, la presunción que se establece en la citada norma opera de forma distinta cuando se trata en materia laboral ordinaria, ya que se está dejando la carga de la prueba en manos del empleador, caso distinto ocurre, cuando se involucran relaciones entre los servidores públicos o particulares frente al Estado, los cuales deberán asumir esa carga siempre que intenten develar una relación laboral a través de un contrato de prestación de servicios.

24. En efecto, quien demande, tiene que desvirtuar inicialmente la presunción del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y consecuentemente la del acto administrativo mediante el cual se nombró. Es así, que es inminente que se prueben los elementos de la relación laboral, esto es, (i) la actividad personal del trabajador, (ii) subordinación continuada y dependencia del trabajador y (iii) remuneración como retribución del trabajo prestado, para que se pueda configurar un contrato de trabajo.

El caso concreto

25. Aparece en el curso del proceso que la señora TONCEL MEZA suscribió los siguientes contratos con el DEPARTAMENTO DEL CESAR, los cuales se encuentran incorporados al proceso por la entidad demandada mediante orden del Tribunal dictada en Audiencia Inicial⁸, así:

AÑO 2009

⁸ Oficio YS 0303 de 7 de abril de 2016

Número de Contrato	Plazo	Valor	Fechas	Objeto
007/2009 8 de marzo de 2009 (fl.200)	4 meses	\$ 9.200.000	20 marzo a <u>19 de julio de 2009</u>	Prestación de servicios profesionales para el apoyo jurídico a la oficina de Rentas en los diferentes procesos jurídicos y coadyuvar en la sustanciación de las actuaciones y actos administrativos de la coordinación de rentas departamental y en las actuaciones del estatuto de rentas.

INTERRUPCIÓN DE 1 MES

018/2009 14 de agosto de 2009 (fl.188)	4 meses y 15 días.	\$10.350.000	<u>18 de agosto a 31 de diciembre de 2009</u>	Prestación de servicios profesionales para el apoyo jurídico a la oficina de Rentas en los diferentes procesos jurídicos.
--	--------------------	--------------	---	---

INTERRUPCIÓN DE 22 DÍAS

AÑO 2010

003/2010 22 de enero de 2010 (fl.205)	11 meses	\$28.875.000	<u>22 de enero a 31 de diciembre de 2010</u>	Prestación de servicios profesionales para el apoyo jurídico a la oficina de Rentas en los diferentes procesos jurídicos.
---	----------	--------------	--	---

INTERRUPCIÓN DE 1 MES

AÑO 2011

0100/2011 31 de enero de 2011 (fl.181)	7 meses	\$20.188.000	<u>1º de febrero a 31 de agosto de 2011</u>	Prestación de servicios profesionales para servir de apoyo a la oficina de Rentas en las funciones relacionadas con los diferentes procesos jurídicos adelantados por jurisdicción coactiva en la oficina de Rentas.
--	---------	--------------	---	--

26. Se establece como objeto de los contratos suscritos, la *“Prestación de servicios profesionales para el apoyo jurídico a la oficina de Rentas en los diferentes procesos jurídicos y coadyuvar en la sustanciación de las actuaciones y actos administrativos de la coordinación de rentas departamental y en las actuaciones del estatuto de rentas”*. En cuanto a las funciones se tienen:

“1) Elaborar mandamientos de pagos a los contribuyentes que tienen procesos abiertos por los subgrupos de la oficina del programa de gestión de rentas. 2) Elaborar autos de aperturas de procesos tributarios. 3) Elaborar emplazamientos previos. 4) Las demás que se requieren dentro del objeto contractual”

27. Se presentan interrupciones superiores a 15 días entre cada uno de los contratos aportados, así de las órdenes de prestación de servicios expuestas (no se aportó ningún otro contrato por las partes del litigio) se aprecian relaciones

contractuales entre los sujetos procesales sin solución de continuidad por los periodos del (i) 20 marzo a 19 de julio de 2009, (ii) 18 de agosto a 31 de diciembre de 2009, (iii) 22 de enero a 31 de diciembre de 2010 y (iv) 1º de febrero a 31 de agosto de 2011. Es procedente remitir a la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016⁹, que instruyó “(...) *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*”, concurriendo que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio.

28. No obstante, se puede establecer que la actora solicitó el reconocimiento del contrato realidad desde el día 24 de septiembre de 2008, hasta el 31 de diciembre de 2011, siendo reconocidas por el Tribunal de Instancia las pretensiones durante el periodo del 20 de marzo de 2009 hasta el 15 de diciembre de 2011 y el cómputo del periodo entre el 29 de septiembre al 29 de diciembre de 2009 y el 20 de marzo de 2009 y el 15 de diciembre de 2011, para efectos pensionales (fl.698). Al respecto se dirá que frente al estudio probatorio se requiere la indispensable presencia del contrato en procura de destacar su objeto, temporalidad, funciones y demás aspectos que permitan establecer la existencia de los elementos de una posible relación laboral, lo que implica que no es posible realizar un análisis de los periodos sobre los cuales estos no obren.

29. Tal exigencia se apuntó por esta Subsección¹⁰ cuando manifestó que “*el contrato estatal en la modalidad de prestación de servicio, resulta necesario para asuntos como el presente, a fin de determinar su objeto, temporalidad o plazo, pago y forma de pago pactadas por las partes, es decir, aspectos que son de vital importancia en la definición de conflictos jurídicos como el sub examine*”, no siendo suficientes para determinar la existencia de una relación laboral la certificación de

⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Actor: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL Demandado: MUNICIPIO DE CIÉNAGA DE ORO (CÓRDOBA)

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCION B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 47001-23-33-000-2014-00094-01(4569-15). Actor: TIRSA BEATRIZ BARRANCO RICO. Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.

pagos emitida por la Tesorera General del Departamento (fls.40 a 42) y los comprobantes de egreso de los pagos realizados en las vigencias 2008, 2009, 2010, y 2011 a la actora (fls.137 a 171).

30. De tal forma, son cuatro los periodos sin solución de continuidad que se establecen dentro del plenario del (i) 20 marzo a 19 de julio de 2009, (ii) 18 de agosto a 31 de diciembre de 2009, (iii) 22 de enero a 31 de diciembre de 2010 y (iv) 1º de febrero a 31 de agosto de 2011. Siendo que la actora elevó reclamación administrativa el 14 de noviembre de 2013, se tienen prescritas todas las reclamaciones en los periodos anteriores al 14 de noviembre de 2010, en este caso particular deja prescritas las pretensiones sobre los contratos 007 de 2008 y 018 de 2009, pues transcurrió un plazo superior a tres años en contra de la disposición del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, para solicitar por vía administrativa el reconocimiento de la relación laboral y por ende el pago de los salarios y prestaciones, interrumpiendo el fenómeno jurídico de la prescripción, no así, los aportes a pensión que por su naturaleza no son susceptibles de dicho fenómeno. De tal forma, se entenderá que son idóneos de ser reclamados los derechos laborales alegados entre los periodos del (i) 22 de enero a 31 de diciembre de 2010 y (ii) 1º de febrero a 31 de agosto de 2011, en caso de ser probados los elementos de la relación laboral.

31. Siendo que el apelante se queja de una indebida valoración testimonial, en cuanto de allí concluye el A quo se prueba el elemento de la subordinación, y que asiste acuerdo entre las partes sobre la existencia de una prestación personal del servicio y su subsecuente remuneración, sin otras pruebas adicionales que analizar, para la Sala pertinente resulta, el análisis de los testimonios solicitados por la parte demandante y que fueran registrados en audiencia de pruebas el 21 de junio de 2016, entonces se analizará el testimonio rendido por el señor WILSON SÁNCHEZ DUARTE, Ingeniero Agrónomo, empleado de planta de la Gobernación del Cesar durante 19 años y 10 meses.

Interroga el Magistrado sustanciador sobre el conocimiento que pueda tener el testigo sobre los hechos de la demanda.

Responde: en mi condición de ex empleado le puedo informar de las irregularidades que surgen diariamente en la Gobernación el Cesar debido a que el contratista siempre llega en horario de trabajo a desempeñar funciones que les encomienda su superior inmediato, no solamente pude observar eso en la Secretaría de Agricultura (...) sino en la Secretaría de

Salud Departamental. Observé que los contratistas realizaban oficios en su nombre inclusive los firmaban y aún lo siguen haciendo, en cuanto a NOHEMÍ yo la conocí en la Gobernación en septiembre de 2008 y la ubicaron en Retas Departamentales para atención al público en el año 2008 se le canceló también el contrato a ella.

Preguntado: ¿Cuáles eran las funciones que realizaba?

Responde: atención al público en rentas departamentales, yo iba a menudo para la liquidación de los contratos y convenios. (...) el horario lo impone la oficina de Talento Humano y va desde las 7 y 45 a 12 y 45 y de 2 y 45 a 5 y 45. La orden era para ella atención al público en ese horario, el horario era impuesto en la mañana y en la tarde.

Preguntado: En relación con las funciones ¿eran autónomas?

Responde: Ningún contratista es autónomo allá todo tienen un superior. El superior de ella era el Director de Rentas Departamentales.

32. Seguido se recepciona la declaración rendida por el señor FIDEL ROYERO PARRA (CD, fl.241), quien se desempeña al momento de los hechos como empleado de la Gobernación del Cesar:

Interroga el Magistrado sustanciador sobre el conocimiento que pueda tener el testigo sobre los hechos de la demanda.

Responde: yo vengo vinculado a la Gobernación del Cesar desde 1981 (...), en 2008 fui trasladado a la Secretaría de Salud y fui trasladado acá a la Oficina de Control Interno de Gestión. En diciembre de 2008 me trasladaron a la oficina de rentas a ocupar el cargo de Jefe de Atención al Contribuyente, allí trabajaba (la actora), en las instalaciones donde yo llegue a trabajar, se desempeñaba como abogada por contrato de prestación de servicios y tenía la función de contestar lo que eran las devoluciones de lo que eran pago de lo indebido en los impuestos de registro, vehículo y estampillas departamentales, ella también hacía las resoluciones de excepciones de impuestos, los contratos que no pagaban impuestos de acuerdo al código tributario del departamento, siempre estuvo vinculada un tiempo estuvo a mi cargo yo ostentaba el cargo de Sub jefe de atención al contribuyente, después fue trasladada a ejecuciones fiscales al resorte directo de los abogados y siguió con las mismas funciones que tenía hasta el momento (...).

Preguntado: ¿conoce usted sobre si ella cumplía un horario, si era de lunes a viernes, y si ese horario era impuesto o ella libremente podía escoger el horario para atender el contrato de prestación de servicios?

Responde: ella cumplía horarios porque la exigencia del jefe de ese momento era que todos los contratistas de la oficina de rentas cumplieran sus horarios, ellos tenían dependencia directa del Jefe de Rentas (...) Cervantes, de lunes a viernes el horario normal, de 7 y 45 a 12 y 45 de la mañana y de 2 y 45 a 5 y 45 de la tarde, incluso algunas veces en el programa que nosotros teníamos para salir a las calles éramos acompañados por (...) Nohemí también. Salíamos a las calles a decirles a los contribuyentes sobre acciones persuasivas de impuestos. Había un jefe inmediato que exigía el cumplimiento de los horarios.

Preguntado: indique ¿ella recibía instrucciones de un jefe inmediato o realizaba sus funciones de manera independiente?

Responde: el procedimiento era que ella tenía un contrato para contestar las devoluciones de los impuestos pagados eran devoluciones para el público. Ella recibía órdenes de un superior porque las solicitudes de devoluciones se recepcionaban y trasladaban a la oficina (de rentas), eso se le trasladaba al jefe y eso se le trasladaba a ella, por lo cual tenía que responder.

Preguntado: ¿quién era el funcionario público que le daba esas instrucciones?

Responde: Ignacio Cervantes Sánchez el indicaba qué era lo que se hacía (...).

El testigo explica y detalla la conformación de la oficina indicando pormenores de la distribución de los grupos de trabajo.

Preguntado: ¿usted le daba órdenes, instrucciones? o solo coordinaba el contrato.

Responde: yo coordinaba todo lo que era del grupo de la oficina en ese momento, yo tenía como alrededor de 7 u 8 personas (...) y ella hizo parte de mi equipo en ese momento después fue trasladada al equipo de abogados (...). El jefe de la oficina de renta asignaba las funciones las cuales eran trasladadas a ella.

Interroga el apoderado de la parte actora.

Preguntado: ustedes tenían un jefe y usted era un coordinador y a su cargo usted tenía un grupo de personas que trabajaban en la oficina de rentas, el jefe le impartía me imagino órdenes a usted para que usted a su vez diera directrices a esas personas. Usted a través de su superior jerárquico le impartía órdenes a NOHEMI?

Responde: (...) mientras estuvo asignada a mi grupo ella recibía órdenes mías porque eso estaba establecido en el Decreto, en el Decreto se decía que había que hacer esto o aquello, al llegar las reclamaciones yo se las pasaba a ella.

Preguntado: en medio de estas instrucciones impartidas la señora NOHEMÍ, ¿atendía público?

Responde: lógicamente porque cuando las personas llegaban a preguntar por sus devoluciones quien las atendía era ella directamente no nosotros porque ella era la encargada de ese procedimiento.

Interroga el apoderado de la parte demandada.

Preguntado: ¿manifiéstele a este despacho si usted ejerce algún tipo de autoridad dentro de la Gobernación del Cesar?

Responde: contador. Tengo 35 años en la Gobernación del César.

De la escucha del testimonio precedente, se observa un conocimiento amplio del testigo en cuanto describe el funcionamiento de la Oficina de Rentas lugar donde desarrolló la actora su labor. En cuanto a la relación laboral que sostuvo ella con la Gobernación del Cesar, refiere aspectos específicos de tiempo, modo y lugar, entre otros, de la forma como esta cumplió los horarios de atención al público y de trabajo en igualdad de condiciones que los otros empleados de la gobernación, informando quien le impartía órdenes directas y las funciones que desempeñó, además de ser un testigo fiable al fungir como superior de la demandante en la referida dependencia, siendo esta declaración fiable e indicadora de la presencia del elemento de la subordinación en la relación alegada.

Este testimonio, que asimismo es coincidente con el primero, reitera aspectos como los horarios cumplidos y las funciones desempeñadas en la labor de la demandante, tornándose de interés al describir una experiencia directa del desempeño en la labor de la actora, al igual que profundiza al informar sobre el funcionamiento y operación de distintas dependencias de la Gobernación.

Constatado el *objeto* que se estableció en los contratos suscritos entre los extremos procesales, sumado a lo depuesto por los declarantes, se aprecian actividades que exigen para su ejecución necesaria dependencia y subordinación, la Sala al realizar una valoración bajo las reglas de la sana crítica de las pruebas allegadas al proceso, encuentra que es posible determinar la existencia de una relación laboral subordinada, siendo incuestionable el ánimo de la entidad contratante de emplear de modo permanente y continuo los servicios de la actora en consideración a la continuidad de la relación y poner de presente que dentro del material probatorio obrante es posible establecer que se configuró el elemento de la subordinación y continuada dependencia.

En consideración a lo referido, se confirmara la sentencia emitida por el Tribunal de Instancia pero será modificada en cuanto se reconocerá el pago de prestaciones sociales estrictamente por los periodos no prescritos que se encuentran probados dentro del proceso. De tal forma, la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de acuerdo al salario percibido por los empleados de planta que desempeñaban una labor similar y en proporción al valor pactado en cada contrato.

Así, se condenará a título de indemnización del daño al DEPARTAMENTO DEL CESAR a reconocer y pagar a la señora NOHEMÍ PATRICIA TONCEL MEZA el monto equivalente a las prestaciones sociales equivalentes a las de un empleado que desempeñara similar labor de planta en el DEPARTAMENTO, durante los periodos *ininterrumpidos* que tienen respaldo probatorio en los distintos contratos de prestación de servicios y sin solución de continuidad, esto es, el periodo del (i) 22 de enero a 31 de diciembre de 2010 y (ii) 1º de febrero a 31 de agosto de 2011.

También se indicará que al demandado le corresponde tomar mes a mes el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la accionante, con fundamento en los honorarios pactados, durante los periodos en los que se demostró la existencia de la relación laboral, aunque las reclamaciones estén prescritas, esto es, sobre los periodos del (i) 20 marzo a 19 de julio de 2009, (ii) 18 de agosto a 31 de diciembre de 2009, (iii) 22 de enero a 31 de diciembre de 2010 y (iv) 1º de febrero a 31 de agosto de 2011 y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista

y los que efectivamente debió cumplir, cotizar al respectivo fondo de pensiones el valor faltante de aportes a pensión en el porcentaje que le incumbía como empleador; por su parte, la actora acreditará las cotizaciones efectuadas al mencionado sistema durante estos vínculos contractuales y si no las hubiese hecho o se verificara diferencia alguna en su contra, tendrá la obligación de completar o cancelar, según corresponda, el porcentaje que le concernía como trabajador.

Finalmente, pese a encontrarse probados los elementos de la relación laboral, se dirá que esto no implica que la accionante detente la condición de empleado público en miramiento a que no existen los elementos de una relación legal y reglamentaria en cuanto al artículo 122 de la Constitución Política.

En cuanto a la condena en costas al demandado, la jurisprudencia de la Sala¹¹ en dicha temática ha precisado que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y **que principalmente aparezcan causadas y comprobadas**, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP.

Al realizar un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, no se encuentra evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada, quien dentro de sus facultades hizo uso mesurado de su derecho a demandar, por ello, esta sentencia se abstendrá de condenar en costas al demandante.

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

¹¹ Sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset Ibarra Vélez.

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR CON MODIFICACIONES la sentencia de 15 de septiembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por la señora NOHEMÍ PATRICIA TONCEL MEZA en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el DEPARTAMENTO DEL CESAR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR los numerales “**SEGUNDO**” y “**TERCERO**” de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, los cuales quedarán de la siguiente manera:

“**SEGUNDO:** Como consecuencia de la nulidad decretada y a título de restablecimiento del derecho, se condena al DEPARTAMENTO DEL CESAR a reconocer y pagar a favor de la señora NOHEMÍ PATRICIA TONCEL MEZA las prestaciones sociales, equivalentes a los empleados de planta que desempeñaban labores similares, teniendo como base para su liquidación el salario legalmente sufragado en este y en proporción al valor de cada contrato laborado en los periodos del (i) 22 de enero a 31 de diciembre de 2010 y (ii) 1º de febrero a 31 de agosto de 2011.

TERCERO: A tomar mes a mes el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la accionante, con fundamento en los honorarios pactados, durante los periodos en los que se demostró la existencia de la relación laboral, esto es, sobre los periodos del (i) 20 marzo a 19 de julio de 2009, (ii) 18 de agosto a 31 de diciembre de 2009, (iii) 22 de enero a 31 de diciembre de 2010 y (iv) 1º de febrero a 31 de agosto de 2011 y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que efectivamente debió cumplir, cotizar al respectivo fondo de pensiones el valor faltante de aportes a pensión en el porcentaje que le incumbía como empleador; por su parte, la actora acreditará las cotizaciones efectuadas al mencionado sistema durante estos vínculos contractuales y si no las hubiese hecho o se verificara diferencia alguna en su

contra, tendrá la obligación de completar o cancelar, según corresponda, el porcentaje que le concernía como trabajador, según lo analizado en los acápites pertinentes de esta sentencia.”

TERCERO: REVÓQUESE de la sentencia de 15 de septiembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar los numerales “**CUARTO**” en cuanto lo ordenado en el numeral segundo de esta sentencia y “**QUINTO**”, en cuanto condenó en costas al demandante.

CUARTO: La actualización de las sumas resultantes de esta condena de acuerdo a lo ordenado en la sentencia de instancia.

QUINTO: Por la secretaría de la Sección Segunda de la Corporación devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo de Cesar y déjense las constancias de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.

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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS