



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., primero (1.º) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25000-23-42-000-2013-03883-01 (0422-2019)
Demandante: DIEGO FABIÁN LÓPEZ BOLÍVAR
Demandada: DISTRITO CAPITAL, SECRETARÍA DE GOBIERNO,
ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ

Tema: Reconocimiento relación laboral encubierta o subyacente.
Auxiliar administrativo.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

ASUNTO

La Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado decide el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 17 de mayo de 2018 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

DEMANDA

El señor Diego Fabián López Bolívar, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, formuló, en síntesis, las siguientes,

Pretensiones¹

1. Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) Oficio «RESPUESTA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA RAD. 2012-624-028996-2 del 2012» radicado 20121120328441 del 15 de noviembre de 2012, proferido por la alcaldesa local de Suba y que negó la petición de reconocimiento y pago de prestaciones sociales y demás derechos reclamados y; ii) las Resoluciones 114 del 25 de enero de 2013 y 156 del 24 de abril de 2013, a través de las cuales se resolvieron los recursos de reposición y apelación, respectivamente, contra el acto inicial.

2. A título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la demandada al pago de las diferencias salariales y prestacionales dejadas de percibir.

¹ Folio 392.



Radicación: 25000-23-42-000-2013-03883-01 (0422-2019)
Demandante: Diego Fabián López Bolívar

Fundamentos fácticos²

1. El señor Diego Fabián López Bolívar laboró con el Fondo de Desarrollo Local de la Alcaldía Local de Suba, en la Oficina del Área Jurídica, durante el tiempo comprendido entre el 17 de mayo de 2007 y el 7 de julio de 2012, a través de contratos de prestación de servicios.

2. Refirió que, las funciones encomendadas las prestó en las instalaciones de la alcaldía local de manera personal e ininterrumpida, pues entre la terminación de un contrato y el inicio del otro, continuó ejecutando las obligaciones contractuales; además, debió observar el horario de 8 de la mañana a 5:30 de la tarde, dado que una de sus funciones estaba la de atender público, lo que significa que su presencia era necesaria para tomar en consideración los requerimientos de los usuarios y realizar las actividades que sus superiores le ordenaban. Adicionalmente, señaló que las tareas le fueron entregadas por el funcionario de planta que las ejercía y que tenían carácter exclusivo, pues la dedicación y la jornada no le permitía desempeñar otro contrato. Finalmente, expuso que en desarrollo de sus funciones le fueron adelantadas investigaciones disciplinarias.

3. Por otro lado, precisó que las funciones encomendadas, se encuentran soportadas en los siguientes documentos: consolidado total de la correspondencia que le era asignada, certificados por él elaborados para la firma del alcalde local de Suba, reporte generado por el sistema Orfeo (Sistema de Gestión Documental de la Secretaría de Gobierno) que contiene la documentación remitida para su contestación, oficios proyectados y sustanciados por este en respuesta a los señores Diego Duque Marín y Antonio Portillo y al Hospital de Suba y copias de los libros de actas donde se relacionan la entrega que hizo de los certificados de personerías jurídicas de las propiedades horizontales.

4. Sostuvo que recibía un salario de manera periódica y mensual, sin que le fueren cancelados recargos nocturnos ni horas extras -incluido el período que trabajó sin contrato- y que, le fueron realizados descuentos por concepto de retención en la fuente.

5. El 14 de agosto de 2012, el demandante radicó reclamación administrativa ante la entidad demandada a fin de obtener el pago de las prestaciones sociales y demás derechos reclamados. Mediante Oficio del 30 de diciembre de 2012 obtuvo, por parte de la alcaldesa local de Suba, respuesta negativa a sus pretensiones.

6. Contra el anterior acto administrativo, presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación, los cuales fueron resueltos mediante las Resoluciones 114 del 15 de febrero de 2013 y 156 del 24 de abril de 2013, respectivamente.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

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 establecer el objeto del proceso y de la

² Folios 393 a 406.



Radicación: 25000-23-42-000-2013-03883-01 (0422-2019)
Demandante: Diego Fabián López Bolívar

prueba.³ 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)

A folio 629 del expediente, se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

«La entidad demandada al contestar la demanda no propuso excepciones que decidir en este momento. [...]»

Decisión notificada en estrados. Sin pronunciamiento en contrario.

Fijación del litigio art. 180-7 CPACA

En el *sub lite*, se fijó el litigio respecto a los hechos relevantes y el problema jurídico, así⁴:

«[...] procede a fijar el litigio haciendo un recuento de los hechos y pretensiones expuestos en el escrito de la demanda.»

Las partes estuvieron conformes con la fijación del litigio.

SENTENCIA APELADA⁵

Mediante sentencia del 17 de mayo de 2018, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

El *a quo*, de conformidad con el material probatorio, encontró configurados los elementos de una relación laboral. En primer lugar, concluyó que el demandante suscribió contratos de prestación de servicios, de los cuales advirtió que este se obligó personalmente para prestar sus servicios de apoyo como auxiliar de la Oficina Asesora Jurídica, dependencia del Grupo de Gestión Jurídica de la Alcaldía Local de Suba, en temas relacionados con la aplicación de la Ley 675 de 2001 -por medio del cual se exige el régimen de propiedad horizontal- y para el estudio y trámite de asuntos a cargo de dicha dependencia que le fueren encomendados, entre otras, en una jornada laboral de 8 de la mañana a 5:30 de la tarde, de lunes a viernes.

En segundo lugar, encontró acreditados los honorarios pactados con la Secretaría Distrital de Gobierno, Alcaldía Local de Suba y con ello, la remuneración percibida por el libelista durante el tiempo en que ejecutó los contratos con la entidad pública.

³ Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB (2015).

⁴ Folio 629.

⁵ Folios 648 a 664.



Radicación: 25000-23-42-000-2013-03883-01 (0422-2019)
Demandante: Diego Fabián López Bolívar

En tercer lugar, evidenció que estaba desvirtuada la independencia en la ejecución de los contratos, dado que, conforme al material probatorio, las funciones que desarrolló el señor López Bolívar, estaban sujetas a un horario específico y propio de los empleados de planta de la entidad; por lo tanto, consideró que estas eran permanentes e ininterrumpidas y no era un servicio excepcional que ameritara una prestación ocasional, máxime cuando su vinculación con la entidad se mantuvo por más de 5 años.

Agregó que la supervisión de los contratos por parte de la Secretaría Distrital de Gobierno se confunde con la subordinación, a la que claramente estaba sometido el demandante, pues además de rendir informes de gestión diarios y cumplir un horario, también fue objeto de investigación disciplinaria.

De otro lado, en cuanto a la prescripción de los derechos laborales y emolumentos dejados de percibir, precisó que la reclamación administrativa se radicó el 14 de agosto de 2012, por lo que declaró probada de oficio la prescripción del derecho con respecto a las vinculaciones contractuales que culminaron antes del 28 de abril de 2009, teniendo en cuenta que entre el contrato 033-2008 del 12 de junio de 2008 (que finalizó el 11 de marzo de 2009) y el 039-2009 (que inicio el 28 de abril de 2009), hubo una interrupción de 48 días.

Por lo tanto, declaró la existencia de la relación laboral por los períodos en que fue contratado el demandante entre el 28 de abril de 2009 y el 7 de julio de 2012, puesto que no hubo solución de continuidad y desde la última vinculación contractual hasta la reclamación no transcurrieron más de 3 años, teniendo como base para liquidar el valor de lo pactado en los contratos de prestación de servicios. Igualmente, condenó a la entidad demandada a pagar al demandante a título de restablecimiento del derecho la cuota parte que le correspondía al empleador a pensión y salud y que debió trasladar a los fondos correspondientes; así mismo, por tratarse de un aporte a cargo del empleador, dispuso el reconocimiento en dinero del aporte a la caja de compensación familiar, ante la imposibilidad del libelista de disfrutar durante su relación contractual de los beneficios de dicha caja; empero, negó el subsidio familiar al no haberse demostrado que estaba dentro de los presupuestos para ser beneficiario de esa prestación y la sanción moratoria por ser a partir de la sentencia que nació a la vida jurídica el derecho laboral reclamado.

Finalmente, girar los porcentajes de cotización correspondiente al respectivo fondo de pensiones y salud y caja de compensación, luego de hacer la liquidación de lo efectivamente cotizado y lo que debió cotizarse, toda vez que los contratistas efectúan aportes en un porcentaje diferente a como lo hacen los dependientes, lo anterior con aras de recomponer el IBL en los períodos que estuvo vinculado sin prescripción alguna, para ello debía tener como base de liquidación el valor de lo pactado en los contratos.

Por lo anterior, declaró la nulidad del Oficio 20121120328441 del 15 de noviembre de 2012 y la existencia de una relación laboral entre las partes entre el 28 de abril de 2009 y el 7 de julio de 2012. A título de restablecimiento del derecho ordenó a la entidad demandada a i) reconocer y pagar a favor del señor López Bolívar la indemnización equivalente a las prestaciones sociales y demás emolumentos legales dejados de percibir por el demandante en los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, teniendo como base



Radicación: 25000-23-42-000-2013-03883-01 (0422-2019)
Demandante: Diego Fabián López Bolívar

para liquidarlas el valor pactado en los contratos; ii) pagar al libelista, por concepto de cuota parte en exceso que este último canceló a los fondos respectivos por seguridad social en salud, pensión y caja de compensación y; iii) girar la diferencia entre los porcentajes de cotización correspondiente a pensión y salud entre lo que se cotizó y lo que debió cotizarse durante su vinculación, es decir, desde el 17 de mayo de 2007 y el 7 de julio de 2012. Finalmente, negó las demás pretensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada**⁶ solicitó revocar la sentencia que accedió a las pretensiones de la demanda y, en su lugar, negar la declaratoria de la nulidad de los actos por estar conformes a derecho.

Como fundamento de su inconformidad, expuso que el tribunal erró al no reconocer la legalidad del acto administrativo para así fallar la nulidad parcial de este. Al respecto, señaló que las pruebas documentales obrantes en el expediente sustentan suficientemente la falta de responsabilidad de esa entidad en los hechos que dieron origen a la demanda objeto de estudio, pues los contratos de prestación de servicios corresponden a una modalidad de contratación directa regulada por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 de acuerdo con el Decreto 734 de 2012.

Indicó que el tribunal omitió discutir la existencia de un contrato que se rigió por unas obligaciones contractuales, pues a pesar de que las tareas a ejecutar pueden ser iguales a las de un empleado público, ello obedece a que los funcionarios no alcanzaba para colmar la aspiración del servicio, situación que hacía imperiosa la contratación de personal ajeno a la entidad y, de ser así, resultaba obvio que debía estar sometido a las pautas de esta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades, sin que por el hecho de tener que cumplir un horario se entienda configurado el elemento de la subordinación.

De otro lado, destacó que la supervisión del contrato no genera sometimiento más que aquel tendiente al cumplimiento del objeto contractual y que los informes se convierten en una exigencia para todo contrato, y mucho más para los de prestación de servicios.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandada**⁷ tomó como base los argumentos esbozados en la apelación y señaló, además, que el fallo de primer grado es incongruente y contradictorio frente a las pruebas obrantes en el proceso, pues los actos demandados fueron emitidos en el marco de la Ley 80 de 1993 y para cubrir las necesidades profesionales y especializadas del Plan de Desarrollo Local de la época, pues la vinculación del demandante fue por un periodo determinado y previamente definido en el contrato.

Igualmente, deprecó que se declare probada la excepción de inepta demanda, por inexistencia del concepto de violación alegado por la parte demandante y,

⁶ Folios 668 a 671.

⁷ Folios 295 a 300.



Radicación: 25000-23-42-000-2013-03883-01 (0422-2019)
Demandante: Diego Fabián López Bolívar

como consecuencia de ello, se rechacen todas y cada una de las pretensiones de la demanda, dado que los actos administrativos objeto de impugnación fueron expedidos de conformidad con la ley y la Constitución Política.

La parte demandante⁸ aseveró que el elemento de subordinación, el cual es el debatido en el proceso, encuentra sustento en las funciones que desempeñó, las cuales eran propias de la entidad, permanentes y no temporales, e ininterrumpidas, cumplía un horario laboral, pues debía atender al público, existieron llamados de atención y fue sujeto de investigación disciplinaria.

Por lo expuesto, solicitó confirmar el fallo, por contar con medios suficientes para comprobar que entre él y la entidad demandada existió una verdadera relación laboral, con actividades que revisten las características propias de un empleo de carácter permanente.

El **Ministerio Público** guardó silencio en esta etapa procesal según se evidencia en la constancia secretarial visible a folio 320 del expediente.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁹, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

Problema jurídico

El problema jurídico a resolver en esta instancia se resume en la siguiente pregunta:

1. ¿El señor Diego Fabián López Bolívar demostró la configuración de los elementos de la relación laboral, especialmente el de subordinación y dependencia, durante el tiempo que estuvo vinculado con el Distrito Capital, Secretaría de Gobierno, Alcaldía Local de Suba, a través de contratos de prestación de servicios suscritos directamente con la entidad?

En caso afirmativo,

2. ¿Hay lugar a reembolsar al demandante las sumas pagadas por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión y al pago en dinero del aporte a la caja de compensación familiar?

⁸ Folios 302 a 305.

⁹ 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.



Marco normativo y jurisprudencial

En lo relacionado con el derecho al trabajo, el artículo 53 constitucional consagra los derechos fundamentales de los trabajadores relacionados con la igualdad de oportunidades, remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho y **primacía de la realidad sobre las formalidades** establecidas por las partes.

Asimismo, el artículo 53 *ejusdem* establece que los convenios internacionales sobre el derecho al trabajo, debidamente ratificados por el Estado colombiano, forman parte de la legislación interna (bloque de constitucionalidad laboral). Por esta razón, desde el ámbito del derecho internacional, el principio de «salario igual por un trabajo de igual valor», desarrollado por el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT,¹⁰ constituye, junto con otros principios convencionales,¹¹ un axioma laboral de aplicación directa en el ordenamiento jurídico interno.

Ahora bien, al margen de lo previsto para el derecho al trabajo, en lo que respecta al contrato estatal de prestación de servicios (uno de los instrumentos de gestión pública y de ejecución presupuestal más importantes de la Administración para satisfacer sus necesidades y asegurar el cumplimiento de los fines del Estado), el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 lo recoge como un tipo de negocio jurídico o contrato típico, en los siguientes términos:

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

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

Como se ve, el anterior precepto establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de **una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales**; sin embargo, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral, a saber: la subordinación continuada, la prestación personal del servicio y la remuneración (artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo).

En esa lógica, en la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, la Sección Segunda del Consejo de Estado expuso la necesidad de generar una interpretación vinculante respecto del entendimiento del contrato estatal de prestación de servicios contemplado en el mencionado artículo 32 de la Ley 80

¹⁰ Aprobado en Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969.

¹¹ Como Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Colombia 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 como «(...) 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».



de 1993, y la forma en que este queda desvirtuado para dar lugar a la declaratoria de una relación laboral encubierta o subyacente.

Lo anterior, teniendo en cuenta que toda relación jurídica que implique conductas o actividades laborales, incluidas, claro está, aquellas en las que el Estado es el empleador, deberá ser analizada en consideración de los derechos fundamentales de los trabajadores previstos en el señalado artículo 53 de la Constitución y en los convenios internacionales sobre el trabajo, debidamente ratificados por el Estado.

En tal sentido, en el citado fallo de unificación, al analizarse los elementos del contrato de trabajo (subordinación, prestación personal del servicio y remuneración), se reiteraron ciertos criterios elaborados por la jurisprudencia para identificar, en el marco de contratos estatales de prestación de servicios, el elemento de la subordinación, en cuanto condición *sine qua non* para declarar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, a saber:

- i) el lugar de trabajo, en el que precisó que en la actualidad se puede matizar ante el surgimiento de una «nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas»;
- ii) el horario de las labores, resaltando que el establecimiento o imposición de jornadas laborales o turnos deberá ser valorado en función del objeto contractual convenido;
- iii) la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar, que se materializa, por ejemplo, con el *ius variandi* o con la inserción del prestador del servicio en el círculo rector, organizativo o disciplinario de la entidad; y
- iv) que las actividades o tareas a desarrollar correspondan de manera idéntica, semejante o equivalente a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.

No obstante lo anterior, la Sección precisó que aún cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas; pero, de ninguna manera, una vinculación legal y reglamentaria, por lo que no es posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin satisfacer las exigencias del artículo 122 de la Carta Política.¹²

Finalmente, sobre este punto, determinó que incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia continuada, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia.

Expuestos los anteriores fundamentos, la Sección Segunda determinó las siguientes reglas de unificación:

¹² Al respecto, ver entre otras la sentencia de esta Sección de 13 de mayo de 2010; radicado 76001-23-31-000-2001-05650-01(0924-09); C.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez



Radicación: 25000-23-42-000-2013-03883-01 (0422-2019)
Demandante: Diego Fabián López Bolívar

- (i) La primera regla define que el concepto de «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.
- (ii) La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente.
- (iii) La tercera regla determina que frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal.

En la primera regla, la sentencia fue enfática en destacar la importancia de dar cabal cumplimiento al principio de planeación, el cual exige a las entidades estatales, so pena incluso de nulidad, la utilización de sus recursos de la manera más eficiente; por esta razón, el «término estrictamente indispensable» puede advertirse en la fase precontractual, pues es allí donde la entidad justifica, en función del objeto a contratar y de los recursos disponibles, el tiempo máximo que estima imprescindible para la ejecución de un contrato futuro. De ahí que los contratos de prestación de servicios no puedan concatenarse indefinidamente en el tiempo, cuando se suscriben con personas naturales.

En la segunda regla, la sentencia de unificación estableció en 30 días hábiles, en principio y como marco de referencia, el término de solución de continuidad para aquellos contratos de prestación de servicios que presenten interrupciones, cuya consecuencia jurídica es la de establecer la prescripción de derechos una vez declarada la relación laboral subyacente. En consecuencia, de no superarse dicho lapso, se puede concluir «la existencia de una unidad de vínculo contractual» siempre y cuando «se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades».

A este respecto, en la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 se reiteró que la Sección Segunda del Consejo de Estado, en punto a la prescripción de derechos prestacionales derivados de la relación laboral encubierta o subyacente, ha venido aplicando la postura de la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016,¹³ según la cual, en caso de encontrarse acreditada la relación laboral, quien pretenda su reconocimiento debe reclamarlo dentro de los tres años siguientes contados a partir de la finalización del vínculo contractual, y, en aquellos casos donde se presente solución de continuidad entre contratos, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización,¹⁴ por lo que de no presentarse la reclamación en ese periodo,

¹³ sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005

¹⁴ 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



Radicación: 25000-23-42-000-2013-03883-01 (0422-2019)
Demandante: Diego Fabián López Bolívar

operará el fenómeno prescriptivo, salvo en lo relacionado con los aportes a pensión que no están sometidos a dicho término.¹⁵

En igual sentido, mediante Auto del 11 de noviembre de 2021, la Sección Segunda aclaró que el término de la solución de continuidad unificado solo cobra relevancia si se configuran los elementos establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, de no estarlo, no existe una relación laboral cuya duración deba ser examinada.

Finalmente, en la tercera regla, la Sección Segunda consideró improcedente la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud efectuados por el contratista en exceso, por «constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal».

Las reglas de unificación en cita constituyen precedente vinculante en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, en armonía con los artículos 270 y 271 *ejusdem*, para todos los casos que se encuentren en estudio en la vía judicial y administrativa. En tal virtud, se procede a resolver el caso concreto a la luz de dichos parámetros.

Primer problema jurídico:

¿El señor Diego Fabián López Bolívar demostró la configuración de los elementos de la relación laboral, especialmente el de subordinación y dependencia, durante el tiempo que estuvo vinculado con el Distrito Capital, Secretaría de Gobierno, Alcaldía Local de Suba, a través de contratos de prestación de servicios suscritos directamente con la entidad?

Al respecto, la Subsección sostendrá la siguiente tesis: de conformidad con el análisis jurídico y probatorio, en el caso del señor Diego Fabián López Bolívar se encuentran demostrados los tres elementos que configuran una verdadera relación laboral, razón por la cual, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, hay lugar a declarar su existencia.

Sobre el asunto sometido a discusión

Advierte la Sala que, en el presente asunto, el demandante pretende la declaración de la existencia de una relación laboral entre él y el Distrito Capital, Secretaría De Gobierno, Alcaldía Local de Suba, desde el 17 de mayo de 2007 hasta el 7 de julio de 2012 y, en consecuencia, que se ordene el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de ley y demás acreencias laborales que surjan con ocasión de dicha declaratoria.

El tribunal de primera instancia consideró acreditada la relación laboral aducida por el señor López Bolívar, por cuanto del material probatorio allegado al plenario

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. [...]» (Negrita fuera del texto)

¹⁵ Siendo deber del juez administrativo pronunciarse en todos los casos, aun si no se hubiesen deprecado de forma expresa, en el sentido de ordenar que se realicen los aportes sobre las diferencias que se demuestren causadas, mes a mes, respecto de la parte que le correspondía a la entidad contratante como empleadora.



Radicación: 25000-23-42-000-2013-03883-01 (0422-2019)
Demandante: Diego Fabián López Bolívar

es posible evidenciar la configuración de los elementos constitutivos de una relación laboral cuales son la prestación personal del servicio, la remuneración periódica y la subordinación continuada durante el tiempo de vinculación con la entidad.

No obstante, en criterio de la demandada, no hay lugar a declarar la existencia de la referida relación y, en consecuencia, no es procedente el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas por el demandante, por cuanto no solo no se demostró el elemento de la subordinación, sino que su prestación del servicio a la entidad se dio bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, la cual se encuentra legalmente contemplada en la Ley.

Ahora, toda vez que en el recurso de apelación se advierte que la inconformidad allí presentada por la parte demandada, consiste en que con el material probatorio allegado no se comprobó la existencia de la relación laboral aludida por el interesado, la Subsección procederá a verificar si conforme a dichos elementos probatorios, el señor López Bolívar logró acreditar la prestación personal del servicio, remunerada y bajo continua subordinación y dependencia.

a) La prestación personal del servicio.

De acuerdo a la documentación obrante en el expediente, se observa que el señor Diego Fabián López Bolívar prestó sus servicios al Distrito Capital, Secretaría de Gobierno, Alcaldía Local de Suba, mediante contratos de prestación de servicios de la siguiente manera:

| OPS/CPS | PLAZO ¹⁶ | OBJETO | Folios |
|------------------------|---|---|-----------------|
| 034-2007 Adicionado | 7 meses y 17 días + 3 meses y 24 días Del 17/05/2007 al 26/04/2008 | El contratista se obliga para el Fondo de Desarrollo Local de Suba a prestar el servicio de apoyo para el desarrollo de todas las actividades administrativas generadas en la Coordinación Jurídica de la Alcaldía Local de Suba | 39-49 y 484-492 |
| 033-2008 Adicionado | 6 meses + 3 meses Del 12/06/2008 al 11/03/2009 | Ibidem | 51-59 y 497-500 |
| 039-2009 | 11 meses + 3 meses Del 28/04/2009 al 27/06/2010 | Ibidem | 61-70 y 501-509 |
| 067-2010 | 6 meses Del 02/08/2010 al 01/02/2011 | Prestar servicios de apoyo como auxiliar a la Oficina de Asesora Jurídica dependencia del Grupo de Gestión Jurídica de la Alcaldía Local de Suba en temas relacionados con la aplicación de la Ley 675 de 2001 "por medio de la cual se expide el régimen de propiedad horizontal" | 72-78 y 510-51 |
| 032-2011 Adicionado | 6 meses + 3 meses 24/02/2011 al 23/11/2011 | Ibidem | 80-89 y 518-526 |
| 029-2012 Adicionado | 3 meses + 1 mes y 15 días 23/02/2012 al 07/07/2012 | Prestar el servicio de apoyo como auxiliar al Grupo de Gestión Jurídica de la Alcaldía Local de Suba para apoyar la vigilancia del cumplimiento de las normas vigentes sobre el funcionamiento para la apertura de los establecimientos comerciales, prevención de delitos, contravenciones, problemas de convivencia y seguridad ciudadana | 91-98 y 527-533 |

¹⁶ Si bien es cierto que de la prueba documental no se advierte los plazos en que se ejecutaron los mismos, también lo es que la parte demandada no presentó argumento alguna de reparo o documentación que permitiera desvirtuar las fechas indicadas por la parte demandante en su demanda, lo que permite inferir que estas corresponden a los plazos referido en el libelo demandatario.



Radicación: 25000-23-42-000-2013-03883-01 (0422-2019)
Demandante: Diego Fabián López Bolívar

Para esta Subsección está acreditado entonces con la anterior relación probatoria que el demandante prestó de forma personal sus servicios al Distrito Capital, Secretaría de Gobierno, Alcaldía Local de Suba ~~Mayor de Bogotá~~, con ocasión de los diferentes contratos celebrados, para desarrollar funciones requeridas en cumplimiento de los diferentes objetos contractuales.

b) Remuneración por el servicio prestado.

Frente al elemento de la remuneración, la Sala puede inferir razonablemente que al señor Diego Fabián López Bolívar se le cancelaban periódicamente las sumas reconocidas a título de honorarios en los diferentes contratos de prestación de servicios. Ello se advierte, principalmente, de las cláusulas relacionadas con: i) el valor de los contratos; y ii) la forma de pago en la cual se estipulaban los montos mensuales que recibiría el demandante por sus servicios.

Así mismo, obra certificación emitida el 4 de septiembre de 2012, por el jefe de Oficina de Pagos visibles a folios 317 a 319, en la que se hace relación de los pagos efectuados al libelista desde el 11 de julio de 2007 hasta el 27 de julio de 2012, en las condiciones establecidas y de acuerdo a lo solicitado por el ordenador del gasto y el responsable del presupuesto del Fondo de Desarrollo Local de Suba. También se cuenta con el listado de órdenes de pago a favor del señor López Bolívar, emitidos año a año, desde 2007 a 2012.

c) Subordinación y dependencia continuada

Ahora, teniendo en cuenta que para esta Sala los elementos de prestación personal del servicio y de remuneración o contraprestación, propios de la relación laboral, se encuentran debidamente acreditados en el *sub examine*, se procede entonces a realizar el análisis correspondiente al elemento de la subordinación y dependencia continuada, para lo cual se estudiará, la documentación allegada al expediente, por cuanto el principal reparo de la parte demandada consistió en una supuesta errónea valoración probatoria. De acuerdo con lo anterior, se advierte lo siguiente:

Las funciones que ejerció el señor Diego Fabián López Bolívar como contratista al servicio del ente distrital en la Coordinación Jurídica de la Alcaldía Local de Suba, comprenden, entre otras, las siguientes obligaciones contractuales:

De apoyo para el desarrollo de todas las actividades administrativas

1. Prestar apoyo para estudiar y tramitar los asuntos a cargo de la Oficina Asesora Jurídica que se le encomienden conforme a los reglamentos internos y las disposiciones procedimientos legales.
2. Prestar apoyo para proyectar conceptos jurídicos solicitados por su superior inmediato por personal o entidades del sector público o privado.
3. Apoyar para recopilar información, allegar y practicar pruebas necesarias para el estudio y trámite de los asuntos a cargo de la dependencia.
4. Apoyar la realización de las visitas y/o diligencias relacionadas con la violación de las normas que versen sobre el desarrollo urbano y reforma urbana.



Radicación: 25000-23-42-000-2013-03883-01 (0422-2019)
Demandante: Diego Fabián López Bolívar

5. Brindar apoyo para atender al público que acuda a la coordinación jurídica, personal y telefónicamente suministrando la información y orientación requerida.
6. Participar en estudios, procesos y elaboración de informes y orientación que por su contenido y naturaleza estén dentro del ámbito de competencias de la Oficina Asesora Jurídica y de su cargo.
7. Responder con la calidad de los trabajos asignados y preparar y presentar los informes sobre las actividades desarrolladas con la oportunidad y periodicidad que le sean requeridos.
8. Mantener informado al superior inmediato sobre el desarrollo de las actividades bajo su responsabilidad.
9. Notificar los actos administrativos elaborados en la dependencia, servir de apoyo jurídico en todas las actividades específicas que se generen dentro del Grupo de Gestión Jurídica de la Alcaldía Local de Suba.
10. Presentar informes mensuales en un cuadro de seguimiento donde se contrasten las obligaciones del contrato con las actividades y las fechas en las cuales fueron realizadas.

De apoyo como auxiliar en temas relacionados con la aplicación de la Ley 675 de 2001 y como auxiliar en la vigilancia del cumplimiento de las normas vigentes sobre el funcionamiento para la apertura de establecimientos

1. Prestar apoyo para estudiar y tramitar los asuntos a cargo de la Oficina Asesora Jurídica que se le encomienden conforme a los reglamentos internos y las disposiciones procedimientos legales.
2. Prestar apoyo mediante la emisión de 30 conceptos mensuales sobre el régimen de propiedad horizontal y archivarlo en su respectiva carpeta de expediente.
3. Prestar apoyo mediante la emisión de 400 certificados mensual de existencia y/o representación legal de las que alude la Ley 675 de 2001 y efectuar su respectiva entrega.
4. Prestar asesoría y brindar apoyo para atender al público que acuda a la Asesoría jurídica, personal y telefónicamente suministrando información y orientación requerida sobre los problemas, controversias y discrepancias que puedan surgir en los inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal.
5. Atender mínimo 15 personal diarias y realizar el debido registro en la base de datos.
6. Entregar la totalidad de certificaciones solicitadas en el despacho.
7. Presentar informes mensuales en un cuadro de seguimiento donde se contrasten las obligaciones del contrato con las actividades y las fechas en las cuales fueron realizadas.

A su vez, en las pruebas restantes allegadas se vislumbra lo siguiente:

- Memorando de fecha 3 de julio de 2007, dirigido a funcionarios y contratistas de la Alcaldía Local de Suba a fin de que asistan a capacitaciones sobre el aplicativo ORFEO, cuya asistencia era de carácter obligatorio (f. 294).
- Memorando del 12 de agosto de 2008, dirigido a los funcionarios contratistas de la Alcaldía de Suba, con el fin de que asistan de manera obligatoria a la



Radicación: 25000-23-42-000-2013-03883-01 (0422-2019)
Demandante: Diego Fabián López Bolívar

capacitación de sensibilización respecto al Proceso de Gestión Documental (f. 295).

- Memorando del 17 de noviembre de 2009, dirigido al señor Diego López Bolívar, mediante el cual el Coordinador Normativo y Jurídico y la Asesora Jurídica de la Alcaldía de Suba reconocen su calidad de contratista y que el contrato suscrito no genera ningún tipo de subordinación, le recuerdan que para cumplir con el objeto mismo de los contratos requieren de su presencia plenamente, ello a raíz de las actividades que desarrolla en esa coordinación como lo era la atención al público, la cual era de lunes a viernes, de 8 de la mañana a 5:30 de la tarde y que en el evento de cualquier inasistencia y/o retraso en la llegada debía informar al respecto.(f. 296).
- Memorando del 31 de agosto de 2011, dirigidos a funcionarios y contratista de la Alcaldía Local de Suba a fin de que asistan obligatoriamente a la Feria de Servicios, todas las dependencias del sector Gobierno (f. 297).
- Memorando dirigido a los funcionarios y contratistas de la Alcaldía Local de Suba por medio del cual se dio a conocer la Resolución 700 de 2011, Por la cual se establece el horario de los servicios públicos de la secretaría Distrital de Gobierno de Bogotá D.C. (ff. 298 a 301).
- Memorando del 14 de junio de 2012, dirigido al demandante y mediante el cual la alcaldesa local de Suba le solicitó dar respuesta a ese despacho en relación a la queja que presentan los ciudadanos por incumplimiento de horario, falta de compromiso e irrespeto y le recordó que entre las funciones que tenía que desarrollar en virtud del objeto estaba la de atender y orientar al público de manera personal y telefónicamente (f. 303).
- Auto 125 del 15 de marzo de 2010 por medio del cual la jefe de la Oficina de Asuntos Disciplinario, luego de evaluar el mérito de la actuación disciplinaria, archivó las diligencias en contra del señor Diego Fabián López y otros, por presuntas irregularidades en la expedición de una certificación de existencia y representación legal del Conjunto Pradera de Suba II Etapa, (ff. 304 a 309).
- Auto 663 del 31 de mayo de 2010, proferido dentro del expediente 2008/2010 por la Oficina de Asuntos Disciplinarios, se da apertura de indagación preliminar contra personal de la Oficina Jurídica, entre ellos el demandante, por presuntas irregularidades en el reconocimiento de personería jurídica de la Agrupación Residencial Nueva Tibabuyes Sector A (ff. 310 y 311).
- Memorando 002687 del 17 de agosto de 2010 por medio de cual se cita al señor Diego López a fin de practicar diligencia de carácter administrativo dentro del expediente disciplinario 218-10 (f. 315).
- Auto 671 del 4 de junio de 2010, dictado dentro del expediente 218-10 a través del cual se abre indagación preliminar contra personal de la Oficina Jurídica, entre ellos el libelista, por presunta negligencia en el cumplimiento de sus deberes consistentes en hechos relacionados con presuntos dilaciones injustificadas y relacionadas con la solicitud de actas de asambleas y de concejo del conjunto residencial Campanella (ff.312 a 313).

Analizadas las obligaciones contractuales, junto con los memoriales y providencias referidos en precedencia, se puede inferir que el señor Diego López Bolívar no contaba con autonomía y liberalidad en la ejecución de las obligaciones contractuales, característica propia de los contratos de prestación de servicios.



Radicación: 25000-23-42-000-2013-03883-01 (0422-2019)
Demandante: Diego Fabián López Bolívar

En efecto, para esta Subsección resulta claro que, contrario a lo aducido por el Distrito Capital, Secretaría de Gobierno, Alcaldía ~~Mayor de Bogotá~~ Local de Suba, las pruebas allegadas en el curso del proceso permiten dilucidar que, si bien las funciones desempeñadas por el señor Diego Fabián López Bolívar, se encontraban enmarcadas dentro del alcance de los objetos de los contratos de prestación de servicio que suscribió con dicha entidad, debió cumplir y acatar instrucciones y directrices a instancias de la entidad demandada.

Al respecto, debe hacerse alusión que entre sus obligaciones estaba la de atender público, tarea que tal como se probó con la documentación a que se hizo referencia, era de carácter permanente, por lo que era necesario su presencia en las instalaciones de la alcaldía local de Suba durante el horario definido por la administración y que ante al incumplimiento del mismo, fue objeto de llamados de atención por escrito, en los que le recordaban que la función de atender al público era de lunes a viernes de 8 de la mañana a 5:30 de la tarde y que en el evento de cualquier inasistencia y/o retraso en su llegada debía informar al respecto. Igualmente, fue requerido para dar explicaciones frente a la queja que presentó un ciudadano en su contra, por incumplimiento del horario, falta de compromiso e irrespeto.

También se puede advertir que era conminado a asistir, junto con los funcionarios de planta, y de manera obligatoria, a las capacitaciones y eventos programados por la Alcaldía Local de Suba. Ahora, si bien es cierto que dichas capacitaciones podían estar dirigidas a su actualización y a mejorar la ejecución de manera adecuada de las labores que le habían sido encargadas, también lo es que con ello se demuestra la necesidad de la entidad de contar no solo con personal con ciertas calidades académicas y profesionales, sino que estos satisfagan políticas y programas internos de la demandada, al punto de requerir la capacitación a personal no vinculado legal o reglamentariamente.

De igual forma, se puede evidenciar que el señor López Bolívar también fue objeto del poder disciplinario por parte de la entidad contratante, pues obran providencias en las cuales figuraba inmerso en una indagación preliminar o investigación disciplinaria por presuntas irregularidades en el ejercicio de las funciones que le fueron encomendadas contractualmente, lo que permite afirmar nuevamente que dependía de un superior jerárquico, pues el control disciplinario interno es una consecuencia de la situación de sujeción y de subordinación jerárquica, con el objeto de mantener el orden en las diferentes entidades del Estado.

En tal sentido, se puede inferir razonablemente que en este preciso caso, las actividades ejecutadas por el demandante no podían ser entendidas como de aquellas que consiguen ser realizadas a voluntad del contratista en aspectos como tiempo, modo y lugar, pues resulta apenas obvio que tales labores se encontraban destinadas a una dependencia física determinada, condiciones específicas y técnicas, y momento oportuno de prestación del servicio en el devenir cotidiano de la entidad distrital y, en especial, cuando debía atender los usuarios que se acercan a ella.

Ahora, a la relación laboral aludida se discute la temporalidad con la que los contratos de prestación de servicios fueron suscritos, situación que no tiene



Radicación: 25000-23-42-000-2013-03883-01 (0422-2019)
Demandante: Diego Fabián López Bolívar

asidero probatorio, pues dicha temporalidad no se encuentra materializada en la vinculación ampliamente verificada por esta Subsección. Ello, en tanto, que la relación temporal de ejecución de los contratos suscritos por el señor Diego Fabio López Bolívar dan cuenta de la continua y permanente gestión profesional por él desplegada, al servicio del Distrito Capital, Secretaría de Gobierno, Alcaldía Mayor de Bogotá Local de Suba.

Lo anterior, contraviene lo señalado por la entidad demandada en su escrito de apelación, al resaltar que los contratos de prestación de servicios del demandante tuvieron origen en la necesidad del servicio en razón a que el personal no alcanzaba para colmar la aspiración del servicios público, pues, contrario a entender en ello una razón de temporalidad, lo que realmente demuestra es la necesidad de contar con profesionales de esta naturaleza para el efectivo cumplimiento misional de la demandada, de otro modo no existiría justificación para que la vinculación contractual se haya prolongado por espacio de 5 años y máxime, cuando estas tareas al parecer estaban asignadas en un principio a personal de planta, quien por un traslado interno debió entregar dichas funciones al contratista para que estas continuara desarrollando las mismas.

Sobre la temporalidad de los contratos de prestación de servicios, la sentencia de unificación proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, proferida el 9 de septiembre de 2021, unificó el sentido y alcance de la expresión «término estrictamente indispensable» del numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en los términos que a continuación se siguen:

«[...] 131. La autorización prevista en el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, para celebrar contratos de prestación de servicios cuando las actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, es esencialmente temporal; por lo tanto, este tipo de contratos, cuando se suscriben con personas naturales, no pueden concatenarse indefinidamente en el tiempo.

132. Siguiendo esa lógica, el «término estrictamente indispensable», al que alude la referida norma, tiene lugar en la fase precontractual, pues es en esta donde la entidad contratante aproxima, en función del objeto a contratar y de los recursos disponibles, el tiempo máximo que estima «imprescindible» para su ejecución. En otras palabras, la vigencia del contrato debe ser por el tiempo necesario para ejecutar el objeto contractual convenido, y este debe estar sujeto al principio de planeación, que encuentra su manifestación práctica «en la elaboración de los estudios previos a la celebración del negocio jurídico, pues es allí donde deberán quedar motivadas con suficiencia las razones que justifiquen que la Administración recurra a un contrato de prestación de servicios».

[...]

134. En ese orden de ideas, la Sala unifica el sentido y alcance del **«término estrictamente indispensable» como aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento. [...]** (Comillas y negrilla del texto original, subraya la Subsección)



Radicación: 25000-23-42-000-2013-03883-01 (0422-2019)
Demandante: Diego Fabián López Bolívar

En ese orden de ideas, para esta Subsección resulta claro que, contrario a lo aducido en el recurso de alzada, las pruebas allegadas en el curso del proceso permiten dilucidar que, si bien las funciones desempeñadas por el señor López Bolívar se encontraban dentro del alcance de los objetos de los contratos de prestación de servicio que suscribió con la entidad demandada, debió cumplir y acatar instrucciones y directrices a instancias de esta y el cumplimiento de horarios impuestos por la misma administración.

Lo hasta aquí discurrido permite concluir que, en el caso concreto, la ejecución de las actividades contratadas no podía ser ejercida en forma independiente y autónoma, en tanto que el demandante, debía, con su conocimiento técnico y experiencia en el área, apoyar al Distrito Capital, Secretaría de Gobierno, Alcaldía Local de Suba, en el cumplimiento de su propia función pública.

Así las cosas, pese a que solo se cuenta con material probatorio documental, resulta suficiente para tener como materializado el elemento de la subordinación, pues a partir de este se puede inferir de manera fehaciente que el libelista recibió órdenes e instrucciones en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que impusiera la administración, la imposición de un horario fijado exclusivamente por la entidad demandada y el uso del poder disciplinario del nominador.

En conclusión: Al haberse demostrado en el proceso la existencia de los elementos que configuran la relación laboral, en especial el de subordinación, debe declararse, tal como lo declaró el *a quo*, la existencia de una relación laboral encubierta entre el Distrito Capital, Secretaría de Gobierno, Alcaldía Local de Suba y el señor Diego Fabián López Bolívar.

Segundo problema jurídico

¿Hay lugar a reembolsar al demandante las sumas pagadas por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones y al pago en dinero del aporte a la caja de compensación familiar?

Al respecto la Sala sostiene la siguiente tesis: de conformidad con la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021, el reconocimiento al que hay lugar en materia de seguridad social, específicamente frente a los aportes a salud y pensión, comprende únicamente el pago de los porcentajes que debieron haber sido cotizados por el empleador al fondo de pensión respectivo, durante el tiempo en que se acreditó la relación laboral.

Tampoco hay lugar al pago en dinero de los aportes a la caja de compensación, como pasa a explicarse.

Sea lo primero indicar que que en el caso concreto la orden de devolución de aportes a seguridad social en pensión y salud, como el pago en dinero de las cotizaciones a la cajas de compensación familiar no fue objeto de apelación por parte de la demandada; sin embargo, para esta Sala no hay vulneración al principio de la *no reformatio in peius* en tanto que si bien a primera vista la devolución de dichos aportes y el pago en dinero de lo que debió cotizar el empleador a la caja de compensación familiar implica un aumento patrimonial en favor del señor López Bolívar, lo cierto es que la orden dada por el *a quo*



Radicación: 25000-23-42-000-2013-03883-01 (0422-2019)
Demandante: Diego Fabián López Bolívar

desconoce la naturaleza y finalidad de los aportes a seguridad social en salud y pensión y de las cajas de compensación familiar, conforme pasa a explicarse.

Al respecto, es del caso resaltar lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA que dispone:

«ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. [...]

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la *no reformatio in pejus*. [...]

Como se indicó en precedencia, la sentencia de unificación del 26 de agosto de 2016 ordenó al juez administrativo estudiar en todos los procesos en los cuales proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, aunque no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Dicha circunstancia conlleva a que, con fundamento en la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021, también se verifiquen los aspectos relacionados con la orden impartida por el tribunal de primera instancia de devolver los aportes efectuados por la interesada al Sistema de Seguridad Social en Salud, por razón de su naturaleza y finalidad.

Así, la mencionada providencia de unificación del 9 de septiembre de 2021, sostuvo en materia de devolución de aportes a salud y pensión lo siguiente:

«[...] 161. Finalmente, por albergar el fundamento de la interpretación que aquí se adopta, merece especial consideración lo señalado por la misma Corte Constitucional en la Sentencia **C-895 de 2009**, que frente a la protección constitucional de los recursos de la Seguridad Social y la destinación específica de los aportes a salud y pensión, expuso, de manera concreta, lo siguiente:

Teniendo en cuenta este mandato superior, la jurisprudencia ha reconocido de manera uniforme y pacífica que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en salud como en pensiones, con independencia de la denominación que de ellos se haga (cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, copagos, tarifas, deducibles, bonificaciones, etc.), **no pueden ser utilizados para propósitos distintos a los relacionados con la seguridad social debido a su naturaleza parafiscal**. Al referirse al alcance del artículo 48 de la Constitución en este aspecto, la Corte ha explicado lo siguiente:

“En relación con dicho precepto superior [artículo 48 CP] la Corte Constitucional en numerosas decisiones de tutela ha estado llamada a examinar el tratamiento que se debe dar a los recursos de la seguridad social que se encuentren depositados en entidades financieras en liquidación para asegurar precisamente el mandato de destinación y utilización exclusiva de los recursos de las instituciones de seguridad social.

Al respecto la Corte ha hecho énfasis en i) la naturaleza parafiscal de los recursos de la seguridad social tanto en materia de salud como en pensiones ii) en el tratamiento particular que debe dársele a dichos recursos en los procesos de liquidación de las entidades financieras y iii) en la imposibilidad



Radicación: 25000-23-42-000-2013-03883-01 (0422-2019)
Demandante: Diego Fabián López Bolívar

de asimilar el caso de los depósitos de recursos parafiscales de la seguridad social en las entidades financieras con las indemnizaciones debidas por concepto de contratos de reaseguro de las enfermedades de alto costo”.

3.1.2 Esta Corporación de manera reiterada ha precisado en efecto que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en Salud (C-577/97, C-542/98, T-569/99, C1707/00) como en pensiones (C-179/97), llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, **al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud**, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (C086/02, C-789/02). [Negrilla fuera de texto].

162. En definitiva, es claro que las anteriores sentencias se encuentran en armonía con el artículo 48 de la Carta, que consagra expresamente que «no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella»,³⁷ [...].

163. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 ordena a las empresas promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.

164. Las anteriores razones han conducido a esta Sección³⁸ a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal,³⁹ estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».⁴⁰

165. Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla,⁴¹ no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. Además, reembolsar estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a las administradoras de servicios de salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

166. En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, **frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias**



Radicación: 25000-23-42-000-2013-03883-01 (0422-2019)
Demandante: Diego Fabián López Bolívar

de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal».

De lo que se sigue la improcedencia del traslado de montos reconocidos por concepto de salud, a favor de la persona beneficiaria del reconocimiento de una relación laboral encubierta o subyacente.

En cuanto al pago de las cotizaciones realizadas al sistema de seguridad social en pensiones, este aspecto de retribución, originado en la declaración de la existencia de la relación laboral, se acompasa con la imprescriptibilidad de los derechos pensionales en los términos definidos en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, y a los que se aluden en acápite precedente.

Se reitera pues que, dicha prerrogativa no ampara la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino las cotizaciones adeudadas que podrían afectar la liquidación del monto pensional, y que se derivan de la relación de trabajo comprobada, que comprende la obligación, a cargo del empleador, de efectuar los correspondientes aportes al sistema.

De manera que no hay lugar a la reclamación de devolución de los pagos efectuados por este concepto por parte del contratista, sino al efectivo pago del porcentaje de cotización al sistema pensional que le correspondía al contratante como empleador por virtud de la mencionada relación de trabajo.

En esa medida, el beneficio derivado de la declaratoria de existencia de una relación laboral encubierta entre un particular y una entidad pública, en materia de seguridad social, solo abarca la obligación de la administración de determinar mes a mes si existe diferencia entre los porcentajes de cotización que se debieron efectuar por ésta y los realizados por el contratista para, en consecuencia, cotizar al respectivo fondo la suma faltante por concepto de aportes a pensión, en el porcentaje que le concernía como empleador.

Por tal motivo, en aplicación de las reglas de unificación aludidas, no resulta procedente la devolución de los valores pagados por el demandante por concepto de salud; y el reconocimiento a que hay lugar, en materia pensional, solo comprende el traslado de los aportes al fondo respectivo, en el porcentaje que le correspondía al contratante, conforme quedó suficientemente aclarado en líneas que anteceden y, en consecuencia, deberá revocarse parcialmente el ordinal tercero de la sentencia.

Sobre los aportes a la Caja de Compensación Familiar

Por medio de la Ley 21 de 1982 se modificó el régimen del subsidio familiar y se regularon las disposiciones concernientes a las Cajas de Compensación Familiar destinadas a cumplir, entre otras funciones, las concernientes a desarrollar actividades de seguridad social y programas de servicios.

De conformidad con el artículo 39 de la referida ley, «las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de



Radicación: 25000-23-42-000-2013-03883-01 (0422-2019)
Demandante: Diego Fabián López Bolívar

seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la ley.»

A su turno el artículo 41, previó como sus funciones las siguientes:

«ARTÍCULO 41. Adicionado por el Artículo 16 de la Ley 789 de 2002. Las Cajas de Compensación Familiar tendrán entre otras, las siguientes funciones:

1. Recaudar, distribuir y pagar los aportes destinados al subsidio familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), las escuelas industriales y os Institutos Técnicos en los Términos y con las modalidades de la ley.
2. Organizar y administrar las obras y programas que se establezcan para el pago del subsidio familiar en especie o servicios, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 62 de la presente Ley.
3. Ejecutar, con otras Cajas o mediante vinculación con organismos y entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de seguridad social, programas de servicios, dentro del orden de prioridades señalado por la ley.
4. Cumplir con las demás funciones que señale la ley.»

De lo que se sigue que la entidad encargada de recaudar y administrar los recursos que los empleadores descritos en el artículo 7 de la Ley 21, deben efectuar, es la caja de compensación familiar.

Bajo tal entendido, jurisprudencialmente se ha sostenido que la naturaleza de los aportes realizados a dichas entidades de derecho privado, es de carácter parafiscal¹⁷, y en esa medida se han identificado las siguientes características:

«Respecto de los aportes administrados por las mencionadas Cajas, la jurisprudencia nacional ha identificado las siguientes características:

- i) Están destinados a pagar una prestación social.
- ii) Tienen la calidad de recursos públicos.
- iii) Buscan proteger integralmente a la familia.
- iv) Constituyen una herramienta para la consecución de los objetivos de la política social y laboral del gobierno.
- v) Tienen la triple condición de prestación legal de carácter laboral, mecanismo de redistribución del ingreso y función pública desde la óptica de la prestación del servicio.
- vi) El subsidio familiar no constituye salario, y
- vii) Pretenden aliviar las cargas económicas del trabajador.

En lo que respecta a la naturaleza de los aportes que reciben las Cajas de Compensación en su calidad de administradores del subsidio familiar, la legislación colombiana y la jurisprudencia le han otorgado la calidad de recursos parafiscales. Así, el Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, señaló en su artículo 2.2.7.5.3.2:

"Los recursos que administran las Cajas de Compensación Familiar están destinados a la atención de las prestaciones y servicios de la seguridad social y demás finalidades que prevea la ley y no podrán comprometerse para fines diferentes.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: William Zambrano Cetina. Bogotá D.C., dos (02) de diciembre de dos mil quince (2015). Radicación número: 11001-03-06-000- 2015-00144-00(2267).



Radicación: 25000-23-42-000-2013-03883-01 (0422-2019)
Demandante: Diego Fabián López Bolívar

Los que provengan de los aportes obligatorios pagados por los empleadores y por las cooperativas de trabajo asociado tienen la condición de recursos parafiscales y como tales, su administración se rige por las disposiciones legales correspondientes.

En la misma dirección se ha pronunciado la jurisprudencia nacional, la cual ha indicado que los recursos administrados por las Cajas de Compensación Familiar son resultado de la potestad tributaria del Estado. Así, se ha señalado:

"Siendo los recursos de seguridad social que manejan las Cajas de Compensación Familiar, el resultado de la potestad tributaria del Estado ejercida a través del Congreso de la República (Artículos 150-12 y 338 Superiores), es importante traer a colación, lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, en cuanto a las contribuciones de carácter parafiscal:

(...)

En este orden de ideas, resulta claro que los recursos de carácter parafiscal que administran las Cajas de Compensación Familiar son de naturaleza pública, en tanto constituyen una fuente de financiación que el Estado consagra en beneficio de un sector, aunque desde la perspectiva presupuestal no entren a engrosar las arcas del Presupuesto General de la Nación, no sean ingresos corrientes y no tengan que reflejarse para ningún propósito en dicho presupuesto".

Igualmente, la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-337 de 2011 calificó los mencionados aportes como recursos parafiscales atípicos indicando:

"En lo que respecta a la financiación del subsidio, éste ha sido clasificado por la jurisprudencia como una contribución parafiscal atípica. En efecto, al mismo tiempo que la Corte ha puesto de presente el carácter de prestación social que tiene el subsidio familiar, ha indicado también que la manera como han sido regulados los recursos que manejan las cajas de compensación familiar permite concluir que son recursos provenientes de una exacción parafiscal de naturaleza atípica. Ello significa que la administración y destinación de esos recursos debe ceñirse exclusivamente a lo determinado en la ley".

Lo anterior, ha permitido concluir a la jurisprudencia nacional que los recursos administrados por las Cajas de Compensación Familiar corresponden a un asunto de naturaleza tributaria.» (Cursiva del texto original)

Así, no habiendo cuestionamiento alguno en lo que respecta al subsidio familiar, no hay lugar a revisar si de conformidad con las disposiciones del artículo 18 de la Ley 21 de 1982 se cumplieron por parte del señor Diego Fabián López Bolívar, los requisitos para obtener su reconocimiento y pago.

De lo expuesto, considera la Sala que no resulta procedente el reconocimiento en dichos términos, en tanto la naturaleza de las mencionadas cotizaciones es de carácter parafiscal, y los mismos no están destinados a engrosar el patrimonio del demandante como consecuencia de la prestación de sus servicios, sino que representan un recurso público cuyo uso abarca diferentes funciones estatales dentro de las que se encuentra la atención de las prestaciones y servicios de la seguridad social.

Finalmente, y distinto a lo que ocurre con los aportes al sistema de Seguridad Social en salud y pensión, las cotizaciones a las cajas de compensación familiar, no le implicaron al convocante una erogación en la que tuviera que incurrir por



Radicación: 25000-23-42-000-2013-03883-01 (0422-2019)
Demandante: Diego Fabián López Bolívar

virtud de su vinculación contractual y en ese sentido, habrá de revocarse dicho ordenamiento.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden la Subsección revocará parcialmente el ordinal tercero de la sentencia proferida el 17 de mayo de 2018, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en cuanto se ordenó pagar en favor del demandante los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud, que debió trasladar el empleador a los fondos respectivos durante el periodo en que se acreditó la prestación del servicio y al pago en dinero de las cotizaciones que debió haber a la caja de compensación familiar.

Ello, por cuanto lo considerado en acápite anterior no permite llegar a tal conclusión, pues el beneficio que se deriva de la declaratoria de existencia de una relación laboral, en materia de seguridad social en pensiones es imprescriptible y solo abarca la obligación de la administración de verificar y efectuar el pago al respectivo fondo, de los porcentajes de cotización que debió realizar como empleador, y, en lo que atañe a los aportes a salud y al pago en dinero de las cotizaciones a la caja de compensación familiar, en razón de su naturaleza y finalidad.

Confirmar en todo lo demás la sentencia impugnada.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencias del 7 de abril de 2016¹⁸ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por 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.
- 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

¹⁸ 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.



Radicación: 25000-23-42-000-2013-03883-01 (0422-2019)
Demandante: Diego Fabián López Bolívar

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 CGP¹⁹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

En atención al hilo argumentativo expuesto en el último problema jurídico, en el presente caso no se impondrá condena en costas a la parte demandada, toda vez que, si bien el recurso de apelación por esta interpuesto no prosperó y la parte demandante intervino en esta instancia, la decisión aquí adoptada resulta parcialmente favorable a la entidad vencida.

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,

FALLA

Primero: Revocar parcialmente el ordinal tercero de la sentencia proferida el 17 de mayo de 2018, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuso el señor Diego Fabián López Bolívar en contra el Distrito Capital, Secretaría de Gobierno, Alcaldía Mayor de Bogotá, el cual quedará así.

«TERCERO: Como consecuencia de los anterior y a título de restablecimiento del derecho se condena a la Secretaría Distrital de Gobierno -Alcaldía Local de Suba o quién haga sus veces, a reconocer y pagar al señor Diego Fabián López Bolívar, la indemnización equivalente a todas la prestaciones sociales y demás emolumentos legales dejados de percibir por el demandante en los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, es decir, del 28 de abril de 2009 al 7 de julio de 2012, teniendo como base para liquidarlas el valor de lo pactado en los contratos de prestación de servicios.

Igualmente, la entidad demandada deberá girar los porcentajes de cotización correspondientes al empleador a pensión que debió trasladar a los fondos correspondientes, durante el anterior período de contratación, limitado a la cuota parte que le correspondía a la demandada trasladar al respectivo fondo de Pensiones, luego de hacer la liquidación de lo efectivamente cotizado y lo que debió cotizar, durante su vinculación es decir desde el 17 de mayo de 2007 al 7 de julio de 2012,

¹⁹ «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: [...]»



Radicación: 25000-23-42-000-2013-03883-01 (0422-2019)
Demandante: Diego Fabián López Bolívar

sin prescripción alguna, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.»

Segundo: Confirmar en todo lo demás la sentencia impugnada.

Tercero: Sin condena en costas en segunda instancia.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en la plataforma del Consejo de Estado denominada «SAMAI».

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Firmado electrónicamente

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

