



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-003-2015-00014-01
DEMANDANTE: EDILSO VALERO COGOLLO
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAN ANTONIO DE PALMITO - SUCRE
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia adiada 27 de enero de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- Pretensiones¹.

EDILSO VALERO COGOLLO, a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la nulidad del acto ficto producto del silencio de la administración municipal de San Antonio de Palmito, frente a la petición de reconocimiento y pago de acreencias laborales, que radicó el día 11 de diciembre de 2013.

Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de las acreencias correspondientes a: cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, bonificación por recreación, dotación

¹ Folios 3 - 5 del cuaderno de primera instancia.

de calzado y vestido, auxilio de transporte, dominicales y festivos y aportes al sistema de seguridad social salud y pensión, subsidio familiar, indemnización por despido sin justa causa, todas correspondientes al periodo comprendido entre el 1º de octubre de 1999 y 31 de diciembre de 2011. Así como también, que se le reembolse las sumas canceladas por concepto de estampilla y retefuente.

1.2.- Hechos²:

El señor **EDILSO VALERO COGOLLO**, estuvo vinculado en el Municipio de San Antonio de Palmito, a través de contratos de prestación de servicios, ininterrumpidamente, desde el 1º de octubre de 1999, hasta el 31 de diciembre de 2011, como Instructor Deportivo de Fútbol en la Categoría Menor de la Junta Municipal del Deporte.

Durante su vinculación, le correspondía cumplir estrictamente los horarios de trabajo establecidos, atender las instrucciones y órdenes impartidas por la Junta Municipal del Deporte. Los elementos de trabajo necesarios para la realización de las labores, eran propiedad de la Administración y el salario mensual devengado a la terminación del contrato, era de \$703.700.00.

Durante su vinculación, el accionante se encontraba en una relación laboral, donde no recibió las prestaciones sociales a que tienen derecho los empleados públicos.

Mediante escrito de 11 de diciembre de 2013, el señor **EDILSO VALERO COGOLLO**, solicitó ante el ente territorial el reconocimiento y pago de las acreencias correspondientes a saber: prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por recreación, cesantías, intereses de cesantías, subsidio de transporte, aportes al sistema de seguridad social salud y pensión, sumas descontadas por concepto de estampilla y retefuente, entre otros.

² Folios 1 - 3 del cuaderno de primera instancia.

La administración municipal de San Antonio de Palmito, guardó silencio frente a la anterior petición, generando con ello, el acto ficto objeto de nulidad.

Como concepto de violación³ esgrimió que se vulneraban los arts. 4, 13, 25, 48, 53, 121, 122, 123, 125 y 209 de la Constitución Política; 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo; art. 32 de la ley 80 de 1993; art. 99 de la ley 50 de 1990 y 22, 23, 282 de la ley 100 de 1993; art. 8 del Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1968 y Decreto 1045 de 1968, conjuntamente con las demás normas que resulten aplicables.

Señaló, que en contravía de lo señalado en las normas descritas, el Municipio demandado celebró contratos de prestación de servicios, que en la realidad eran verdaderas relaciones laborales, por lo que al no reconocerlas se vulnera el ordenamiento jurídico, con ello los derechos mínimos que asisten a un trabajador.

1.3. Contestación de la demanda⁴.

El Municipio de San Antonio de Palmito, a través de apoderado judicial se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Sostuvo, que su actuación fue en apego a lo establecido en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, sin que existiera la relación laboral alegada.

Recalcó, que la labor desempeñada por el accionante no estuvo regida bajo ningún tipo de subordinación, tanto es así, que tenía autonomía para presentar el plan de trabajo, cronograma de actividades y horarios de las prácticas, como es habitual en el tipo de actividades deportivas, las cuales las desarrollaba sin ningún tipo de órdenes.

Propuso las excepciones de inexistencia de relación laboral y prescripción.

³ Folios 6 -7 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 72 - 77 del cuaderno de primera instancia.

1.4.- Sentencia impugnada⁵.

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 27 enero de 2017, concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, al estimar que se acreditó el elemento de subordinación, como supuesto indispensable para configurar la relación laboral reclamada, amén de los demás elementos que la integran.

Puntualizó, que de las pruebas documentales y de los testimonios recepcionados dentro del proceso, se pudo evidenciar la desnaturalización de los contratos de prestación de servicios y encontrarse acreditada la figura del “contrato realidad”.

Afirmó, que la labor desarrollada por un instructor de disciplina deportiva, como en este caso, es inherente al servicio público de fomento al deporte.

Negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, indemnización por despido y el reembolso de las sumas por conceptos de estampilla, retención, aportes de salud y pensión.

Concluyó, que no había lugar a declarar la excepción de prescripción, toda vez que el término trienal se empieza a contabilizar a partir de la respectiva sentencia declarativa, que hace exigible tales obligaciones.

1.5.- El recurso⁶.

Inconforme con la anterior decisión, la entidad accionada, apeló, argumentando que la subordinación no se acreditó en la relación que sostuvo el señor **EDILSO VALERO COGOLLO** con el MUNICIPIO DE SAN ANTONIO DE PALMITO, toda vez que dentro del proceso, no se probó

⁵ Folios 251- 265 del cuaderno de primera instancia.

⁶ Folios 270 - 275, cuaderno de primera instancia.

fehacientemente la desnaturalización de los contratos de prestación de servicios.

Destacó, que no se demostró lo pretendido en la demanda, pues, el contratista no desempeñó labores que realizaban funcionarios de planta o de nómina del Municipio, ni laboró en las mismas condiciones del personal de la administración o en condiciones de oficina, bajo algún tipo de subordinación, máxime si su labor era exclusiva de apoyo a la gestión como instructor deportivo.

Adujo, además: *“Dejando en claro que los contratos fueron varios, con intervalos entre uno y otro, lo que hace que el demandante debió presentar reclamación dentro los tres años siguientes a la terminación de cada uno de los contratos, y no presentar una reclamación el 11 de diciembre de 2013,…”*

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 9 de junio de 2017⁷, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.
- En providencia de 21 de julio de 2017⁸, se dispuso correr traslado a las partes, para que presentaran sus alegatos de conclusión, llamado al que atendió solamente, el accionante, donde reiteró los fundamentos fácticos y jurídicos que expuso en las etapas previas⁹.
- **Concepto del señor Agente de Ministerio Público¹⁰:** Sostuvo que de las pruebas recaudadas en el proceso y principalmente, de los testimonios recepcionados, se llega a la conclusión que sí existió una relación laboral entre el accionante y el MUNICIPIO DE SAN ANTONIO DE PALMITO, al acreditarse supuestos fácticos relacionados con una verdadera subordinación.

⁷ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 9, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 13 - 14, cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folios 15 - 19, cuaderno de segunda instancia.

Sin embargo, indicó, que debió declararse la prescripción de los derechos reclamados, salvo los aportes pensionales, toda vez que de conformidad con la reciente jurisprudencia unificada del Honorable Consejo de Estado, el término prescriptivo empieza a contabilizarse a partir del último vínculo contractual, que para el presente caso, fue el 31 de diciembre de 2011.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2.- Problema Jurídico.

De conformidad con los extremos de la *litis* planteados, el problema jurídico a desatar en el presente medio de control, es determinar: ¿En el presente asunto, se acreditó el elemento subordinación, propio de una relación laboral, la que se dice existente entre el señor EDILSO VALERO COGOLLO y el MUNICIPIO DE SAN ANTONIO DE PALMITO?

De acreditarse tal relación, se resolverá el interrogante si se encuentran o no prescritos los respectivos derechos prestacionales.

Es pertinente destacar, que el control ejercido por el Juez de segunda instancia, se circunscribirá, estrictamente, frente a los puntos de disconformidad planteados por el recurrente, en el escrito del recurso de apelación, los cuales fueron citados en precedencia, de conformidad con el artículo 320 del Código General del Proceso¹¹, aplicado en virtud de la

¹¹ Artículo 320: "*Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión*".

remisión prevista en el artículo 306 del CPACA, siendo coherentes con el principio de la “no reformatio in pejus” y en tratándose de apelante único.

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1.- Marco conceptual y jurisprudencial del contrato realidad – primacía de la realidad, sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

La Constitución Política de 1991, en atención al nuevo marco sustancial definido por la categorización de un Estado Social de Derecho, se preocupó en consolidar la garantía y protección de los derechos fundamentales de nuestra organización política y social.

Bajo este paradigma, el constituyente estableció una serie de catálogos, que buscaron definir cuáles bienes jurídicos son de especial protección, con miras a dar preeminencia a las situaciones que ameritan la mayor atención del Estado y sus asociados, para efectos de concretar una relación justa y adecuada, a las exigencias del contexto contemporáneo.

Dentro de dicha tutela, se erige el derecho al trabajo, el cual ha sido protegido desde sus múltiples aristas de concretización e interpretación, destacándose en esta oportunidad, la valoración ínsita en el *principio de la primacía de la realidad sobre la forma*¹², en la contratación de servicios laborales.

¹² Constitución Política Art. 53. Sobre su naturaleza la Corte Constitucional en Sentencia C-665 de 1998 con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara indico “Conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Fundamental, el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades. Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser este quien deba demostrar la subordinación jurídica”.

Sobre este último aspecto, la Corte constitucional ha forjado una línea coherente sobre la temática. En reciente jurisprudencia, a través de un juicio de constitucionalidad abstracto del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, *“Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*, destaca aspectos sobresalientes entorno a la principalística abordada, en las facultades desplegadas por las Empresas Sociales del Estado, para contratar con terceros la prestación de ciertos servicios, donde se destaca:

“En este sentido, esta Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”; (ii) *al criterio de igualdad, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”;* (iii) *al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”;* (iv) *al criterio de excepcionalidad, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”;* y (v) *al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral”*¹³

En suma, de lo expuesto hasta aquí puede concluirse que el carácter de propio o permanente de la función contratada por una entidad del Estado, permite diferenciar si realmente se trata de un contrato laboral o de un contrato de prestación de servicios, **ya que si la labor contratada hace parte de las**

¹³ Ibídem (sic).

funciones permanentes de la entidad o puede ser realizada por empleados de planta o no requiere conocimientos especializados, se trata en realidad de un contrato laboral aunque las partes le den el nombre y forma de contrato de prestación de servicios.

5.6 En consecuencia, esta Corporación **reitera aquí la regla de prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública**, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución. A este respecto, esta Corte ha reconocido que actualmente se presenta un aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración, lo cual se ha convertido en una “práctica usual en las relaciones laborales con el Estado”, ha conducido a “la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas”, y ha dado lugar a las denominadas “nóminas paralelas” o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados out sourcing.”

Así, la Corte ha evidenciado la existencia de una gran brecha entre la regla de prohibición de contratación de servicios de funciones permanentes de las entidades públicas y la realidad fáctica relativa a este tema, constatando al efecto la falta de eficacia real de dicha prohibición derivada de los preceptos constitucionales mencionados, ineficacia que afecta temas estructurales de la Carta de 1991, como los principios rectores del derecho al trabajo y de la función pública. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha reiterado de manera enfática la abierta inconstitucionalidad de “..., **todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas ... legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo**”.

(...)

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha sostenido la existencia de claros límites constitucionales a la contratación estatal derivados directamente de la Carta Política en sus artículos 25, 53, 123 y 125 Superiores, de manera que ésta debe respetar prevalentemente la regla general de acceso al trabajo permanente con el Estado, de respeto por la vinculación laboral con la administración, y por tanto la prohibición respecto de la celebración de contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones de carácter permanente o propias de la entidad, cuando exista personal de planta que pueda desarrollarlo o cuando no se requieran conocimientos

especializados. En consecuencia, esta Corporación ha advertido e insistido, especialmente a las autoridades administrativas o empleadores del sector público, pero también a los particulares o empleadores del sector privado, sobre el necesario respeto a la prohibición derivada de las normas constitucionales mencionadas, de contratar a través de contrato de prestación de servicios, funciones permanentes y propias del objeto de las entidades privadas o públicas, ya que esta práctica **“desdibuja el concepto de contrato” y “porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores” “pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales.”**¹⁴(Negrilla del texto)

De esta forma, la jurisprudencia constitucional ha establecido una serie de imperativos, parámetros y factores, para poder ejercer la facultad de contratación de servicios, evitando la práctica diseminada en la administración, que desdibuja las relaciones laborales, debiendo los operadores judiciales, estudiar la casuística respectiva para efectos de evitar tan reprochable circunstancialidad.

Ahora bien, la jurisprudencia contenciosa administrativa¹⁵, a diferencia de la constitucional, ha tenido una línea disímil, que en los últimos años ha logrado encontrar una posición equiparable a la asumida por la Honorable Corte Constitucional, donde destaca la protección de las garantías laborales y el respeto por la relación asumida en los artículos 25 y 53 de la Constitución Nacional, resaltando la configuración de una verdadera relación laboral, en los eventos en que es acreditado, fehacientemente, la existencia de los tres elementos de un contrato de trabajo, que son a saber: la *prestación del servicio*, la *remuneración* y la *subordinación*.

Sobre este aspecto en sentencia del 24 de junio de 2015¹⁶, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo manifestó:

“Cuando el legislador utilizó en el inciso 2º del numeral 3º del artículo 32 de la citada ley la expresión “En ningún

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-171 de 2012. M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁵ Sobre la evolución del tema del Contrato Realidad ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. Sentencia del 19 de abril de 2012. Expediente con radicación interna 2204-11. C. P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. Rad. No. 2010-00067-01(3038-13) C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

caso...generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales", no consagró una presunción de iure o de derecho, que no admite prueba en contrario, lo que indica que el afectado podrá demandar por la vía judicial el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y, por consiguiente, el pago de las prestaciones a que haya lugar.

Igualmente, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, se ha concluido el necesario reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, **en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, rectificándose de esta manera la prolongada tesis que acogía la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.**"

2.3.2 Unificación jurisprudencial respecto del alcance de los objetos de los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión.

A través de sentencia de 2 de diciembre de 2013, el Honorable Consejo de Estado unificó el alcance legal de los objetos de los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, en los siguientes términos:

"102.- Por otra parte, con estos mismos fundamentos se entiende entonces por contratos de "apoyo a la gestión" todos aquellos otros contratos de "prestación de servicios" que, compartiendo la misma conceptualización anterior, esto es, el desempeño de actividades identificables e intangibles, el legislador permite que sean celebrados por las entidades estatales pero cuya ejecución no requiere, en manera alguna, de acuerdo con las necesidades de la administración (previamente definidas en los procesos de planeación de la Entidad), de la presencia de personas profesionales o con conocimientos especializados, sean estas naturales o jurídicas.

103.- Se trata entonces de los demás contratos de prestación de servicios, caracterizados por no ser profesionales o especializados, permitidos por el artículo 32 No 3° de la Ley 80 de 1993, esto es, que involucren cualesquiera otras actividades también identificables e intangibles que evidentemente sean requeridas por la entidad estatal y que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento o soporte y de carácter, entre otros, técnico, operacional, logístico, etc., según el caso, que tienda a satisfacer necesidades de las

entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento de la correspondiente entidad, pero sin que sean necesarios o esenciales los conocimientos profesionales o especializados para su ejecución, los cuales, como se ha advertido, se reservan exclusivamente para el "contrato de prestación de servicios profesionales", y no para éstos de simple "apoyo a la gestión".

104.- De esta forma el concepto de "apoyo a la gestión" entraña un claro apoyo a la actividad de las entidades estatales que debe entenderse de conformidad con la sistemática expuesta a propósito del contrato de prestación de servicios y que de manera restrictiva tiene relación con la administración o el funcionamiento de la entidad estatal correspondiente, conforme a las prédicas y exigencias del artículo 32 No 3° de la Ley 80 de 1993, tal como claramente lo ha decantado los precedentes de la sección tercera del Consejo de Estado.

105.- El precedente de la Corporación determina que los contratos de apoyo a la gestión "... se enmarcan dentro de la definición genérica prevista en el ordinal 3° del artículo 32, por cuya virtud son contratos de este tipo "los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad," los cuales, "sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados..."

106.- Por lo que resultaría imposible admitir o entender cualquier objeto referido al "apoyo a la gestión" que no se enmarque en las exigencias de esa disposición legal enunciada, que por lo demás, sobra advertirlo, constituye un componente básico de la sistemática de la contratación estatal colombiana. Se reitera, entonces, por parte de la Sala que la motivación para la suscripción de este tipo específico de contrato dependerá de la motivación que surja en torno a las necesidades que la Administración Pública encuentra pertinente satisfacer, de conformidad con la planeación efectuada por la Entidad.

107.- Así las cosas, conviene, para mayor claridad expositiva, precisar que en el marco del contrato de simple prestación de servicios de apoyo a la gestión, las necesidades que pretenden ser satisfechas por la Administración no comprometen, en modo alguno las actividades que son propias de conocimientos profesionales o especializados; aun así, ello no excluye que dentro de esta categoría conceptual se enmarquen actividades de carácter técnico las cuales, requiriendo un despliegue intelectual, no recaen dentro del concepto de lo profesional, así como otras necesidades en donde, según las circunstancias, el objeto contractual demanda la ejecución de acciones preponderantemente físicas o mecánicas; es decir, se trata de

una dualidad de actividades dentro del concepto “de simple apoyo a la gestión”; unas con acento intelectual y otras dominadas por ejecuciones físicas o mecánicas. Lo distintivo, en todo caso, es que no requiere que sean cumplidas con personal profesional.

108.- Por consiguiente, se advierte que la inclusión –en la norma demandada así como de manera concordante en el Decreto 734 de 2012 artículo 3.4.2.5.1 y Decreto 1510 de 2013, artículo 81 – de la frase “actividades operativas, logísticas o asistenciales” no impone, de manera inflexible, que este tipo de actividades deban ser acometidas por vía de alguno de estos dos tipos de contratos de prestación de servicios en específicos, pues, como se ha dicho, es la misma Administración Pública la que tiene una razonada discrecionalidad para estructurar en términos técnicos, económicos y jurídicos el contrato estatal que desea suscribir; de donde se deriva, grosso modo, que la definición del tipo contractual a celebrar correrá por cuenta de las valoraciones ad-hoc que realice la Entidad, todo ello conforme al principio de planeación .

f) Los contratos que tengan por objeto “...la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales...” con base en la causal de contratación directa del literal h) del numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007.

109.- Antes de entrar a detallar los elementos normativos que estructuran este tipo especial de contrato de prestación de servicios la Sala, desde ya, advierte que acometerá dicha labor comoquiera que se hace necesario establecer criterios suficientemente claros, razonados y objetivos en torno al contrato de prestación de servicios, en general, y cada una de las especies que de éste se derivan; pues sólo de esta manera se logrará comprender de manera sistemática lo que constituye el objeto de la demanda de nulidad. Dicho esto, se abordará la materia concerniente al contrato de prestación de servicios que tiene por objeto la “ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales” tal como sigue.

110.- El segundo de los elementos normativos que el legislador ha considerado determinante para la configuración de la causal de contratación directa que ocupa la atención de la Sala, es el que se refiere a otra especie de contratos, que en esencia son de prestación de servicios, pero de un contenido prestacional diferente porque corresponden a una modalidad tipificada de negocios cuyo objeto es de por sí especialísimo ya que tienen por objeto la generación de patrimonio artístico para la entidad estatal o bien beneficiarla de manifestaciones artísticas, para cuyo efecto se encarga a personas que por sus características,

dotes, capacidades o aptitudes resultan ser únicas o especiales en el arte que manejan y que en virtud de esta circunstancia se individualizan en el medio nacional o internacional, mediante el reconocimiento como verdaderos y únicos en las técnicas o el arte que desarrollan.

111.- En consecuencia, el contrato, para que sea objeto del trámite de la contratación directa, debe estar determinado por las siguientes variables (i) que tengan por objeto la ejecución de trabajos artísticos, (ii) que el mismo o los mismos sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.

112.- En cuanto a la primera de las variables se refiere, se puede afirmar que el concepto que comprende el objeto de esta modalidad contractual es el de "trabajo artístico", pero no en sí mismo, esto es como medio, sino como un resultado real y efectivo. Se contrata y este es el objeto, la realización de una obra artística y no simplemente una ejecución sin resultado. Es el trabajo final, el que pueda ser catalogado como una "obra de arte", u "obra artística" o pieza de la misma naturaleza, la determinante del objeto para los efectos legales que para la materia a la que se está haciendo referencia, en esto no puede haber confusión de ninguna naturaleza.

113.- Este es el sentido jurídico de la expresión, no otra cosa espera el interés público de un contrato de esta naturaleza, el de enriquecer con la "obra de arte" el patrimonio público a través de la obtención de una verdadera obra de un artista, una creación del hombre en el campo del arte, lo que comprende también actividades propias de las artes escénicas o aquellas culturales, musicales, por citar algunas manifestaciones concretas que satisfacen el referente artístico.

114.- Es que el "trabajo artístico" a que se refiere la disposición legal, no puede ser otro que el que se entiende como un conjunto de creaciones humanas que expresan una especial visión del mundo, tanto real como imaginaria, independientemente de la forma o el modo como se exprese por el autor o los autores, en un producto final, en un producto definitivamente con valor y contenido artístico, no en otro sentido puede ser entendida la disposiciones bajo criterios de excepcionalidad y restricción conforme lo ampliamente explicado en esta providencia.

"... El arte es entendido generalmente como cualquier actividad o producto realizado por el ser humano con una finalidad estética o comunicativa, a través del cual se expresan ideas, emociones o, en general, una visión del mundo, mediante diversos recursos, como los plásticos, lingüísticos, sonoros, o mixtos..."

115.- Tratándose de la segunda de las variables, esto es, la que indica que los “trabajos artísticos” (...) “... que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales...” debe ser entendida en coherencia con lo anterior, en el sentido de que el contratista debe ser sustancialmente un artista, es decir, una persona reconocida como realizador o productor de arte, de obras de arte, ejecutor de trabajos artísticos, un ser humano que dada su sensibilidad en relación con el mundo tiene la aptitud, la capacidad, la disposición natural o adquirida; el talento y estilo o forma original de hacer las cosas; y la genialidad, naturalidad y el carácter que lo hace distinto a otros artistas, esto es, su capacidad de inventiva que lo hace influyente en el medio, un ser único y excepcional, todo esto, para producir obras artísticas, de aquí la razonabilidad de la expresión utilizada por la disposición en comento según la cual, los trabajos artísticos sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales . En todo caso, destaca la Sala que la motivación para la celebración de este tipo de contratos debe surgir de la ponderada valoración de las necesidades de la Entidad pública, reflejadas, siempre, en los procesos de planeación adelantados con antelación.

(...)

129.- En conclusión, obsérvese que los contratos de prestación de servicios de simple “apoyo a la gestión” conforme se deduce del análisis de la Ley de contratación pública, son todos los demás contratos de prestación de servicios permitidos por el artículo 32 No. 3 de la Ley 80 de 1993 que no correspondan a los profesionales, esto es, que involucren cualesquiera otras actividades también identificables e intangibles que evidentemente sean requeridas por la entidad estatal y que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento, o soporte, de lo cual se puede deducir que caben tanto actividades con énfasis en lo intelectual, como también algunas otras caracterizadas por la acción material del contratista, en donde no es que el contratista no realice actividades de carácter intelectual (pues éstas son intrínsecas al ser humano), sino que lo predominante es el actuar como ejecutor, con el propósito y finalidad de satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento de la misma, por personas no profesionales y que no implican el ejercicio de funciones públicas administrativas, como ya se explicó en párrafos anteriores.”¹⁷ (Negritas fuera de texto).

Es claro entonces, que el contrato de prestación de servicios de simple

¹⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Rad. 2011-00039-00(41719), C. P: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

apoyo a la gestión, es una especie del tipo contractual de prestación de servicios. Su objeto contractual busca desarrollar actividades identificables e intangibles; sin embargo, hay lugar a su celebración en aquellos casos en donde las necesidades de la Administración, no demanden la presencia de personal profesional. Igualmente, involucra actividades en donde prima el esfuerzo físico o mecánico, en donde no se requiere de personal profesional. También pueden tener lugar actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación.

Tales connotaciones, a su vez, en tratándose de un contrato estatal que vincula al contratista con el Estado, no impide que haga aparición la noción de contrato realidad, con ello que el interesado pueda probar la existencia de un contrato realidad.

2.3.3. Precedente Jurisprudencial. Importancia del precedente contenido en sentencia de unificación.

El precedente, es conocido como la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo¹⁸.

La relevancia de respetar el precedente atiende a razones de diversa índole, que en todo caso se complementan.

La *primera* razón, se basa en la necesidad de proteger el derecho a la igualdad de las personas que acuden a la administración de justicia y de salvaguardar los principios de buena fe y seguridad jurídica. Esto, debido a que no tener en cuenta las sentencias anteriores a un caso que resulta

¹⁸ Cfr., sobre la definición de precedente, las sentencias T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, SU-047 de 1999 y C-104 de 1993, en ambas M. P. Alejandro Martínez Caballero.

equiparable al analizado, implicaría el evidente desconocimiento de esos derechos y principios.

El *segundo* argumento, se basa en el reconocimiento del carácter vinculante de las decisiones judiciales, en especial si son adoptadas por órganos cuya función es unificar jurisprudencia y el Honorable Consejo de Estado, tiene tal función, como se explica por el mismo en la sentencia que como precedente se tendrá en cuenta en este asunto, líneas adelante.

Debe tenerse en cuenta, que como lo ha explicado la Corte Constitucional, tal reconocimiento se funda en una postura teórica que señala que *“el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX..., sino una práctica argumentativa racional”*¹⁹. Con lo cual, en últimas, se le otorga al precedente la categoría de fuente de derecho aplicable al caso concreto.

Ahora bien, para aplicar un precedente es necesario que se den los siguientes requisitos: *i)* que en la *ratio decidendi* de la sentencia anterior se encuentre una **regla jurisprudencial** aplicable al caso a resolver; *ii)* que esta *ratio* resuelva un **problema jurídico semejante** al propuesto en el nuevo caso y *iii)* que los **hechos del caso sean equiparables** a los resueltos anteriormente.

De no comprobarse la presencia de estos tres elementos esenciales, no es posible establecer que un conjunto de sentencias anteriores, constituye precedente aplicable al caso concreto, por lo cual al juez, no le es exigible dar aplicación al mismo.

De otro modo, los funcionarios judiciales cuando encuentran cumplidos los tres criterios mencionados, tienen la posibilidad de apartarse de la jurisprudencia en vigor, siempre y cuando *i)* hagan referencia al precedente que van a inaplicar y *ii)* ofrezcan una justificación razonable,

¹⁹ SU – 053 de 2015.

seria, suficiente y proporcionada, que dé cuenta de las razones de por qué se apartan de la regla jurisprudencial previa. Así, se protege el carácter dinámico del derecho y la autonomía e independencia de que gozan los jueces.

Ahora bien, se ha diferenciado dos clases de precedentes, el horizontal y el vertical, para lo cual, se tomó como parámetro diferenciador la autoridad que profiere el fallo que se tiene como referente. En esa medida, el precedente **horizontal**, hace referencia al respeto que un juez debe tener sobre sus propias decisiones y sobre las tomadas por jueces de igual jerarquía, mientras que el **vertical**, apunta al acatamiento de los fallos dictados por las instancias superiores en cada jurisdicción, encargadas de unificar la jurisprudencia.

Luego, cuando el precedente emana de los altos tribunales de justicia en el país (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), adquiere un carácter ordenador y unificador obligatorio, que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del derecho y debido proceso. Adicionalmente, se considera indispensable como técnica judicial, para mantener la coherencia del ordenamiento²⁰.

Resultando de esta manera, que en la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son **ineludibles**, debido a que el derecho es dado a los operadores jurídicos a través de normas y reglas jurídicas, que no tiene contenidos semánticos únicos. Por tanto, el derecho es altamente susceptible de traer consigo ambigüedades o vacíos, que pueden generar diversas interpretaciones o significados que incluso, en ocasiones deriva de la propia ambigüedad del lenguaje. Eso genera la necesidad de que sea el juez, el que fije el alcance de éste en cada caso

²⁰ Cfr. T-292 de 2006: "En este sentido, la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable."

concreto y que haya órganos, que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad.

2.3.4. La prescripción en materia de contrato realidad. Consideración jurisprudencial unificada.

La prescripción, entendida como aquel fenómeno jurídico que permite que acciones jurídicas se extingan debido a la inactividad de uno de los sujetos, es decir, por transcurso del tiempo, en lo que hace a la figura del contrato realidad ha sido objeto de constante debate, resultando que finalmente, la Sección Segunda, de la Sala Contencioso Administrativa del Honorable Consejo de Estado, ha unificado su posición al respecto, unificación que este Tribunal debe asumir a partir de la fecha²¹, en razón a que se trata de respetar el precedente jurisprudencial, en asunto de similares connotaciones, amén del respeto del respeto a la sentencias de unificación, en los términos ya señalados.

“1. Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

2. Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.

3. Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema general de seguridad

²¹ Es de anotarse que la citada sentencia de unificación jurisprudencial, fue conocida a nivel nacional a partir del primero de febrero de 2017, en su texto oficial, pese a la fecha de su expedición, por ende, en virtud de la publicidad que implica la aplicación del contenido jurisprudencial, será la fecha indicada, la que determine el devenir de las decisiones de este tribunal.

social en pensiones, que podría tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

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

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

7. El Juez Contencioso - Administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto a los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extrapetita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador..."²²

2.3.5.- Caso concreto.

Como se planteó al instante de asumir la problemática en cuestión, la Sala se limitará a estudiar los argumentos expuestos, procediendo así, a examinar los elementos materiales probatorios que reposan en el plenario, en aras de resolver el problema jurídico proyectado.

Para ello, se tiene recopilado el siguiente acervo probatorio:

-. Copia de petición, presentado por el señor EDILSO VALERO COGOLLO, con fecha de recibido 11 de diciembre de 2013, en el que solicita al Alcalde del MUNICIPIO DE SAN ANTONIO DE PALIMITO - SUCRE, el reconocimiento de una relación laboral y el pago de sendas acreencias

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de Unificación de fecha 25 de agosto de 2015. Radicación No. 2013-00260-01 (0088-2015).

laborales²³.

-. Copia de contratos de prestación de servicios, suscritos por el Alcalde del MUNICIPIO DE SAN ANTONIO DE PALMITO y el actor, correspondientes a los siguientes periodos:

. **2002: 1 junio – 1 septiembre, 1 octubre – 30 noviembre** Objeto: “Prestar sus servicios personales como Instructor Deportivo de las categorías menores y juveniles”.²⁴

. **2003: 13 enero – 13 abril, 30 abril - 30 octubre, 31 octubre – 31 diciembre** Objeto: “Prestar sus servicios personales como Instructor Deportivo”, “Realizar mantenimiento a todo costo de parque principal y plaza pública de la cabecera”²⁵.

. **2004: 2 febrero - 2 mayo, 7 mayo – 7 agosto, 9 agosto – 9 noviembre:** Objeto: “Prestar sus servicios personales como Instructor Deportivo de las categoría menores”²⁶.

. **2005: 14 marzo – 14 junio, 17 junio – 17 diciembre.** Objeto: “Prestar sus servicios personales como Instructor Deportivo de las categoría menores”²⁷.

. **2006: 27 enero - 27 julio, 1 agosto – 1 noviembre, 1 noviembre - 31 diciembre,** Objeto: “Prestar sus servicios personales como Instructor Deportivo de las categoría menores”²⁸.

. **2007: 6 febrero – 6 mayo, 7 mayo - 7 agosto, 8 agosto – 31 diciembre,** Objeto: “Prestar sus servicios personales como Instructor Deportivo de las categoría menores”²⁹.

²³ Folios 39 - 40, cuaderno de primera instancia.

²⁴ Folios 103 – 104, cuaderno de primera instancia.

²⁵ Folios 11 -13, cuaderno de primera instancia.

²⁶ Folios 14 - 15, cuaderno de primera instancia.

²⁷ Folios 16 - 17, cuaderno de primera instancia.

²⁸ Folios 18 - 20, cuaderno de primera instancia.

²⁹ Folios 21 – 23, cuaderno de primera instancia.

. **2008: 1 febrero – 1 mayo, 9 junio – 9 agosto, 11 agosto – 11 noviembre, 1–31 diciembre**, Objeto: “Prestar sus servicios de apoyo a la gestión como Instructor Deportivo de las categoría menores”.³⁰

. **2009: 6 febrero – 6 mayo, 20 mayo - 20 agosto, 13 octubre - 31 diciembre**, Objeto: “Prestar sus servicios de apoyo a la gestión como Instructor Deportivo de las categoría menores”.³¹

. **2010: 27 enero – 27 agosto, 8 octubre – 31 diciembre**: Objeto: “Prestar sus servicios de apoyo a la gestión como Instructor Deportivo de las categoría menores”.³²

. **2011: 22 febrero – 22 mayo, 1 junio – 31 diciembre**: Objeto: “Prestar sus servicios de apoyo a la gestión como Instructor Deportivo de las categoría menores”.³³

-. Copia de comprobantes de pago a favor del accionante, correspondientes a algunos de los periodos anteriormente descritos³⁴.

Del análisis de las piezas documentales que reposan en el expediente, se encuentra acreditado sin lugar a dudas, la **prestación personal del servicio como instructor deportivo de la disciplina de fútbol** del señor EDILSO VALERO COGOLLO, atendiendo el objeto contractual pactado en los contratos de prestación de servicios, suscritos entre él y el Alcalde del MUNICIPIO DE SAN ANTONIO DE PALMITO - SUCRE.

Asimismo, se encuentra probado que durante la prestación de sus servicios, el actor, recibió una **contraprestación económica mensual**, según se desprende de las órdenes y contratos de prestación de servicios (valores pactados, pagaderos en mensualidades: \$332.000.00, \$644.000.00, \$358.000.00, \$400.000.00, \$428.000.00, \$528.000.00, \$549.120.00, \$587.000.00, \$632.022.00, \$655.000.00, \$681.200.00, \$703.700.00) y los

³⁰ Folios 24 – 27, cuaderno de primera instancia.

³¹ Folios 28 – 30, cuaderno de primera instancia.

³² Folio 31 – 32, cuaderno de primera instancia.

³³ Folios 33 – 34, cuaderno de primera instancia.

³⁴ Folios 123 -190, 216 - 233, cuaderno de primera instancia.

comprobantes de egresos, expedidos por el Tesorero del MUNICIPIO DE SAN ANTONIO DE PALMITO.

Ahora bien, con relación a la existencia de la **subordinación**, punto medular que alega el recurrente, se observa que la relación entre el actor y el MUNICIPIO DE SAN ANTONIO DE PALMITO - SUCRE, se vio rodeada de unas condiciones particulares, que permiten a esta Sala sostener, en **este caso**, que se trató de un vínculo subordinado y sin autonomía del contratista, por ende, de una relación laboral entre las partes.

Al efecto, en **primer lugar**, se tiene que los marcos temporales de la relación entre la administración municipal de San Antonio de Palmito y el demandante, desbordaron los límites de permanencia, para distinguir el contrato de prestación de servicios de la relación laboral, concretamente en dos identificables lapsos de vinculación, que se itera, tuvieron la vocación de permanencia, con la salvedad, que cada uno de ellos reviste características de solución de continuidad y autonomía, para efectos del término prescriptivo de reclamación de derechos laborales y prestacionales:

1. Desde el 1º de junio de 2002 hasta el 9 de noviembre de 2004.
2. Desde el 14 de marzo de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2011.

En **segundo lugar**, las pruebas que reposan en el expediente, permiten concluir, que desde el inicio de la relación entre las partes -en los topes fácticos ya definidos, esto es, aquellos que tienen soporte documental en contrato estatal-, la labor contratada tenía naturaleza pedagógica e interdisciplinaria, dependiente de la ejecución de políticas públicas de los Municipios, lo cual se encuentra reglado en la Ley 181 de 1995³⁵, que establece "*los entes deportivos departamentales y municipales diseñarán conjuntamente con las secretarías de educación correspondientes los programas necesarios para lograr el cumplimiento de los objetivos de la*

³⁵ "Por la cual se dictan disposiciones para el fomento del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la Educación Física y se crea el Sistema Nacional del Deporte." Reformada por la Ley 181 de 1995.

Ley de Educación General y concurrirán financieramente para el adelanto de programas específicos...”.

Aunado a ello, las pruebas que reposan en el expediente, permiten concluir, que al accionante no se le dio plena autonomía para la prestación de sus servicios profesionales como instructor deportivo de la disciplina de fútbol, pues, el lugar, horario y disponibilidad de tiempo, para impartir la instrucción deportiva, estaban sujetos a la determinación de otro empleado del Municipio, tal como se desprende de los siguientes testimonios:

* Declaración rendida por el señor PEDRO PABLO GARCÍA SEVILLA:

“... fui asistente de mantenimiento de los escenarios deportivos, trabajé desde el año 2006. Cuando yo comencé a trabajar él ya estaba trabajando con el Municipio. **Él era instructor de fútbol de los niños, incluso de mis hijos, en ese tiempo, estaban niños y él era el instructor, él tenía la labor de enseñarles, de 7:30 a 10:00 de la mañana y en la tarde de 3:00 a 5:00. PREGUNTADO: Esa labor la realizaba todos los días, a qué hora salía. RESPUESTA: Eso era todos los días, desde las 7, 7:30 hasta las 10, 10:30 y en la tarde de 3 a 5:30 – 6:00, inclusive a veces me asignaban asistente de él, cuando iban los equipos de San Antonio de Palmito a jugar aquí en Sincelejo muchas veces. PREGUNTADO: Se cruzaban todos los días, o había días que no lo veía. RESPUESTA: Directamente todos los días ir. A mí me tocaba ir de 8 a 12 y 2 a 5, mi trabajo normal, eso era todos los días. PREGUNTA: Todos los días el señor EDILSO hacía práctica al mismo grupo de chicos o tenía varios grupos, o en su defecto, él iba algunos días de la semana a hacer esas prácticas. RESPUESTA: Él tenía varios grupos, dependiendo la edad, de siete a 16 años, ya de mayores el municipio no pagaba, de 16 años adelante, tenían que ser menores, de 6 a 16 años, eso lo hacía él, de diferentes categorías, todos los días, de lunes a viernes, inclusive tenía que ir con él como asistente, sábado, domingo, cuando se hacían los campeonatos, él tenía que traer los equipos. PREGUNTADO: El municipio le daba alguna remuneración, le pagaban. RESPUESTA: Le pagan así así no, a veces le tocaba de su bolsillo. PREGUNTADO: Que usaba el señor EDILSO VALERO para hacer esa actividad con los muchachos, si necesitaba de balones, quien le proveía los conitos que colocan para hacer los ejercicios, quien le daba eso al señor EDILSO. RESPUESTA: La mayoría le daba el municipio, pero a veces le tocaba a él mismo buscarlo a otra parte. PREGUNTADO: Manifiéstele al Despacho si sabe usted**

quien le daba las órdenes al señor EDILSO VALERO. RESPUESTA: Se la daba el Secretario de Deporte, comenzó un señor apellido Veleño, Julio Ernesto Aguirre, y Edgar Montes, terminó con Edgar Montes, ah se me escapa Adelmo Ledezma, que también estuvo de Secretario de Deporte. PREGUNTADO: Manifiéstele al Despacho cuales eras esas funciones que le daban al señor Valero para cumplir con su cargo de Instructor. RESPUESTA: Ir al estadio y entrenar a los niños. Sí sí él lo mandaba el Secretario de Deporte, ellos lo mandaban, yo siempre estuve en el campo con él, cuando no trabajaba, yo estaba pendiente de él, porque me gusta el fútbol, esa es la pasión mía, entonces yo estaba allá, yo veía los entrenamientos que le hacía a los niños. Edilso haz esto, está pendiente de este niño, lo mandaban, tiene que estar a tal hora, y veía las labores que hacía. PREGUNTANDO: Cuando el señor VALERO tenía que salir con los niños, quien le asignaba ese cronograma de actividades. RESPUESTA: Si era para afuera, le mandaban la invitación, él hablaba con el Secretario de Deporte, voy para Sincelejo, voy a llevar los niños a Sincelejo, campeonato en el Bosque o Pioneros, y el Secretario de Deporte le asignaba los viáticos, el bus o la buseta, a veces no le ponían transporte, y le tocaba salir a buscar transporte por donde fuera, porque no podía quedar mal a aquí en el campeonato de Sincelejo."

* Declaración rendida por el señor MIGUEL ARTURO ARRIETA MORALES:

"PREGUNTADO: usted alguna vez, en esos contratos que el municipio le hacía de un mes, dos meses, pudo ir al estadio o al sitio de labores del señor EDILSO, lo pudo ver, como le consta a usted que trabajaba para el Municipio de Palmito. RESPUESTA: Yo tenía dos hijos y ellos estaban en la escuela, él laboraba de 7 a 11 del día, de 2 a 5 de la tarde, él tenía dos jornadas de práctica, mañana y tarde, yo soy jugador de fútbol e iba al campo, yo llevaba a los niños al campo, los hijos míos. PREGUNTADO: Veía usted si al señor EDILSO alguien le mandaba hacer cosas, le ordenaba, vaya y lleve los niños a tal parte, o venga acá que hay que hacer tal cosa, vio alguna vez que alguien de la Alcaldía le diera alguna clase de instrucción al señor EDILSO. RESPUESTA: Sí cuando el comenzó en el 99 el señor Veleño Godin, que era el Director de Deporte, él trabajó con él creo que dos o tres años y él le daba su viáticos para que fuera a jugar a Sincelejo, un campeonato que creo que hacia el IMDER"³⁶.

Como se observa, los testimonios son coincidentes en cuanto a ciertas condiciones fácticas, que rodeaban la prestación personal del servicio del

³⁶ Grabación de audio y video (DVD) de la respectiva audiencia de pruebas, militante a Fls. 236 - 239 del cuaderno de primera instancia.

señor EDILSO VALERO COGOLLO con el MUNICIPIO DE SAN ANTONIO DE PALMITO y son categóricos al afirmar, que i) se dedicaba como instructor deportivo de fútbol, ii) cumplía un horario laboral, iii) dicho horario comprendía dos jornadas, una matutina desde las siete hasta las diez a once y una vespertina, desde las dos a tres hasta las cinco a seis, iv) la instrucción iba dirigida a un grupo poblacional infantil del Municipio de San Antonio de Palmito, v) Recibía instrucciones del Secretario de Deporte del ente territorial, y vi) que les constaba todo lo anterior, porque ellos iban al campo de juego a llevar a su hijos y también, porque estuvieron vinculados con el Municipio, lo cual denota para la Sala una afinidad entre las declaraciones, que ofrecen serios motivos de credibilidad.

Tales conclusiones probatorias se refuerzan aún más, al tener en cuenta que en el **expediente administrativo aportado por la entidad demanda**, reposa una solicitud de permiso rubricada por el mismo accionante, dirigido al Alcalde Municipal, así³⁷:

“San Antonio de Palmito (Sucre), Junio 20 de 2008.

*Señor: Nairo Hernández Pasos
Alcalde Municipal
E S D*

Cordial Saludo,

Por medio de la presente solicito a usted permiso de 8 días hábiles de trabajo ya que tengo que trasladarme fuera del país a diligencias deportivas.

Agradezco la atención prestada

Att: Edilson Valero

*Con copia
Escuela de fútbol
Jefatura personal
Coordinación de deportes.”*

³⁷ Fl. 214 del cuaderno de primera instancia.

Dilucidado lo anterior, la Sala, agrega, que en el expediente se vislumbra una evidente falta de actividad probatoria de la entidad accionada, respecto de supuestos concernientes a que el desarrollo y los horarios de la labor desempeñados por el accionante, no coincidían con otros profesionales pertenecientes al municipio o que no podía ejecutarse con empleados de planta o que se requerían conocimientos especializados, provocando con ello, que se llegue a un convencimiento pleno, de la desnaturalización de la relación contractual, invocada y demostrada por la parte demandante.

Ahora bien, respecto de la prescripción de los derechos derivados de la desnaturalización del contrato realidad, el Honorable Consejo de Estado unificó su posición al respecto, bajo los siguientes términos:

“1. Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

2. Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.

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

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

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

7. El Juez Contencioso - Administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto a los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extrapetita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador..."³⁸

También dictaminó la Alta Corporación:

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

Atendiendo lo anterior y en aplicación del precedente judicial descrito, el cual es deber asumirlo por parte de este Tribunal, amén del respeto a las sentencias de unificación del máximo órgano de lo contencioso administrativo, la Sala debe precisar, que el término de prescripción en el presente caso, debe contabilizarse a partir de la terminación de cada uno de los vínculos identificables por la Sala, como verdaderas relaciones laborales.

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de Unificación de fecha 25 de agosto de 2015. Radicación No. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015). Demandante: Lucinda María Cordero Causil. Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro - Córdoba.

Siendo así y como quiera que la reclamación administrativa (establecida en aplicación del principio de la “*primacía de la realidad sobre las formalidades*” y bajo la figura del “*contrato – realidad*”), se realizó el 11 de diciembre de 2013, se tiene que los derechos prestacionales, salvo los pensionales, derivados de la siguiente relación laboral se encuentran prescritos:

Desde el 1º de junio de 2002 hasta el 9 de noviembre de 2004.

Por tal motivo, la decisión de primera instancia, será modificada, para que al efecto, la condena se imponga por el siguiente periodo, pero respecto de los contratos celebrados en dichos lapsos constitutivos de relación laboral; es decir, desde el 14 de marzo de 2005, hasta el 31 de diciembre de 2011.

2. 4.- Costas procesales.

En virtud de lo anterior y siendo consecuentes con lo dispuesto en los artículo 365 y 366 del C. G. del P., no se condena en costas en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de 27 de enero de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en el siguiente sentido:

“SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior declaración, **CONDENAR** al MUNICIPIO DE SAN ANTONIO DE PALMITO – SUCRE, a reconocer y pagar a título de indemnización, a favor del señor EDILSO VALERO COGOLLO, la suma de dinero equivalente a

todas las prestaciones sociales comunes y ordinarias que devenga un empleado en dicha entidad territorial, tomando como base el valor percibido por honorarios y **en los contratos celebrados durante los siguientes períodos:**

-. Desde el 14 de marzo de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2011.

A su vez, el tiempo laborado por el señor EDILSO VALERO COGOLLO con el ente demandado entre el 14 de marzo de 2005, hasta el 31 de diciembre de 2011, se debe computar para efectos pensionales. En consecuencia, se **CONDENA** al MUNICIPIO DE SAN ANTONIO DE PALMITO, a pagar los valores de las cotizaciones o aportes al fondo pensional que haya elegido el demandante, causados dentro del periodo aludido y de conformidad con los honorarios pactados.

Si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, se deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

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

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

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

TERCERO: DECLÁRESE DE OFICIO LA PRESCRIPCIÓN de la reclamación sobre los derechos prestacionales a favor del actor, con excepción de los aportes a pensión, comprendidos entre los contratos de prestación suscritos en el siguiente periodo:

“Desde el 1º de junio de 2002 hasta el 9 de noviembre de 2004.”

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.”

SEGUNDO: CONFÍRMESE en lo restante el fallo recurrido.

TERCERO: No hay lugar a condena en costas de segunda instancia.

CUARTO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0211/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA