



**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
Ibagué, catorce (14) de febrero de dos mil veinte (2020)**

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Gilberto Poloche Lozano
Demandado: Instituto Purificense para la Recreación y el Deporte –
I.P.R.D. y Municipio de Purificación.
Radicación: 73001-33-33-003-2016-00060-00

ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Gilberto Poloche Lozano contra el Municipio de Purificación y el Instituto Purificense para la Recreación y el Deporte, en adelante I.P.R.D.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El demandante ***Gilberto Poloche Lozano*** actuando por intermedio de apoderado judicial, formula demanda en contra de los ya mencionados accionados, a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, pretendiendo se declaren nulos los actos administrativos contenidos en:

- Oficio fechado 21 de febrero de 2012, proferido por el I.P.R.D., por el cual se niega la existencia de una relación laboral con el demandante como funcionario de hecho.
- Oficio del 28 de abril de 2014, expedido por el I.P.R.D. a través del cual se le niega el pago de salarios y demás prestaciones sociales reclamadas en derecho de petición del 14 de marzo de 2014.
- Oficio de fecha 1º de abril de 2014, suscrito por el Alcalde de Purificación, por el cual se niega la reclamación de prestaciones sociales requeridas igualmente en el referido derecho de petición.

A título de restablecimiento del derecho, se ordene el reintegro del demandante al cargo que venía ocupando al momento del retiro -21 de febrero de 2012-, junto con el reconocimiento y pago de salarios de enero y febrero de 2012 y las, prestaciones sociales e indemnizaciones a que haya lugar, declarando que no ha existido solución de continuidad. Igualmente pretende por el periodo comprendido entre el 2º de enero de 2009 al 21 de febrero de 2012, las cesantías y sus intereses, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y compensación en dinero por vacaciones no disfrutadas, dotaciones e indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, junto con el pago de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de cesantías.

2. HECHOS:

Como sustento fáctico relevante, se dice que el señor Gilberto Poloche Lozada se vinculó con el I.P.R.D. como Operario de Servicios Generales, mediante órdenes de prestación de servicios No. 002 del 2 de enero de 2009 por 6 meses y No. 028 del 16 de julio de 2009, ésta última pactada por el término de 5 meses y 10 días, aduciendo que tal orden de prestación de servicios "se prorrogó automáticamente y de manera verbal" por 2 años, 1 mes y 21 días.

Se afirma que con oficio del 21 de febrero de 2012 proferido por el Director del I.P.R.D., se dio por terminado de forma unilateral el contrato de trabajo, cumpliendo instrucciones del señor Alcalde conforme a la circular 01 del 13 de enero de 2012, por cuanto ninguna persona sin vinculación contractual o como funcionario público podía estar desarrollando funciones dentro de la administración; que por consiguiente no le fue autorizado el ingreso a las instalaciones del Instituto del Parque Recreacional, al no reposar en los archivos de la entidad relación contractual o laboral alguna; interpretando por lo anterior, la terminación tácita de su contrato de trabajo.

Se anota que dentro de las funciones que desempeñaba como Operario de Servicios Generales, se encontraban las de vigilar la entrada y salida de vehículos y personal del parque Recreacional Villa de las Palmas y Villa Olímpica del Estadio Municipal, recibiendo órdenes del Director del I.P.R.D. Jesús Antonio Villarraga Lozano, José Hebbel González y por último, Edgar Bocanegra Montaña, siendo éste, quien finalizó su relación laboral

Se asegura que cumplía horario laboral de 06:00 a.m. a 06:00 p.m. en el cargo inicial de Servicios Generales; que para el cargo de vigilante cumplía horario laboral de 06:00 p.m. a 06:00 a.m. de lunes a sábado, incluyendo días festivos, aduce que devengaba un salario mensual de \$750.000 pesos m/cte.

Igualmente se indica que la entidad demandada le pagó al demandante los salarios como vigilante durante los años 2010 y 2011, empero le quedó debiendo los salarios de los meses de enero y febrero de 2012; por tanto, el 9 de agosto de 2012 se presentó ante la Inspección de Trabajo del Espinal, reclamación para el pago de las acreencias laborales adeudadas por el I.P.R.D, resultando fallida por falta de ánimo conciliatorio.

Que el 14 de marzo de 2014, el demandante radicó derecho de petición dirigido al Alcalde Municipal de Purificación, solicitando el reconocimiento y pago de las acreencias laborales adeudadas por su labor como Operario de Servicios Generales al servicio del I.P.R.D. y que con oficio No. 035 del 25 de marzo de 2014 suscrito por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y de Contratación del Municipio de Purificación, se le informó al demandante que su solicitud fue remitida al Director del I.P.R.D., siéndole dada respuesta negativa a su pretensiones mediante oficio del 28 de abril de 2014 suscrito por el Director de esta entidad.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Ninguna de las demandadas contestó oportunamente (Fol. 378)

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido para el efecto, los apoderados judiciales de la parte demandante (Fis. 433-437) y de las demandadas I.P.R.D. (Fis. 438-443) y del Municipio de Purificación (Fis. 444-447) presentaron escrito de alegatos de conclusión.

4.1 Parte demandante

Es señalado por el apoderado judicial del demandante, que en el curso de la actuación se demostró la existencia de una relación laboral entre aquella y el Instituto Purificense para la Recreación y el Deporte – I.P.R.D. como empleador y el Municipio de Purificación como beneficiario, y que por ende le asiste derecho en el reclamo de las pretensiones perseguidas.

4.2 Parte demandada (I.P.R.D)

Advierte una falta de claridad en las pretensiones de la demanda, al no tener entenderse si lo que se busca es un reconocimiento laboral o uno contractual; argumenta que en todo caso, el vínculo entre las partes fue de tipo civil o comercial, mediante el cual, el I.P.R.D. requirió unos servicios personales en forma indirecta y sin vinculación laboral alguna.

Expresa que el instituto demandado tiene un procedimiento establecido para su contratación y que por tanto, es falso que la demandada permita que los contratistas cumplan con sus obligaciones, sin el lleno de los requisitos legales para materializar o perfeccionar el contrato que los vincula como prestadores de servicios.

Afirma que la comunicación proferida por el I.P.R.D y atacada en el presente medio de control, no expresa la inequívoca voluntad de dar por terminado una relación laboral, ni tiene los requisitos mínimos para ser considerada como un documento mediante el cual se creen, modifiquen o extingan derechos, toda vez que mediante tal comunicación, se informa una disposición del ente local frente a la restricción de personal ajeno a la administración, del escenario deportivo y recreativo.

Desacredita la concurrencia de los elementos correspondientes para la demostración de una relación de carácter laboral con el demandante, precisando que lo celebrado fueron órdenes de prestación de servicios de apoyo a la gestión; que la actividad personal desempeñada por el demandante se limitó al cumplimiento de las obligaciones contractuales pactadas, sin que existiera dependencia o subordinación frente al I.P.R.D., aunado a que no fue claro en establecer qué funcionario fue el que presuntamente le impartió órdenes y en todo caso, que las labores ejecutadas eran discontinuas por no ser del resorte diario de instituto demandado, que igualmente no cumplía horario alguno ni dependencia. En síntesis, advierte que en el sub examine no se probaron la concurrencia de los tres elementos necesarios para que se configure una relación o vínculo laboral entre el demandante y la entidad.

Municipio de Purificación

Dice que lo celebrado, fueron órdenes de prestación de servicios, con el propósito de apoyar la ejecución de ciertas actividades; que la actividad personal desempeñada por el demandante se limitó al cumplimiento de las obligaciones contractuales pactadas, sin que existiera subordinación, por cuanto sus servicios se limitaban al cumplimiento de las obligaciones establecidas en las órdenes de trabajo, aunado a que por los servicios que este prestó, se le pagaron sus honorarios, los cuales provenían del rubro dispuesto para inversión; así mismo asegura que en el presente asunto se configuró el fenómeno de la caducidad y que en todo caso no se agotó el requisito de procedibilidad.

5. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 2 de octubre de 2014 ante la jurisdicción ordinaria-especialidad laboral (Fol. 103), siendo admitida por el Juzgado Civil del Circuito de Purificación a través de auto fechado 7 de octubre de 2014; el 2 de septiembre de 2015 se adelantó la audiencia de conciliación, saneamiento, fijación del litigio y decreto de pruebas de que trata el artículo 77 del Código Procesal Laboral y de Seguridad Social, dentro de la cual se declaró probada la excepción de falta de jurisdicción (Fis. 188-203), decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué – Sala de Decisión Laboral en proveído del 24 de noviembre de 2015 (fls. 4-9 C. 2ª Instancia Laboral), siendo finalmente remitido a la jurisdicción contenciosa administrativa mediante auto del 22 de enero de 2016 (fl. 211).

La demanda correspondió a este despacho por reparto el 4 de febrero de 2016 (Fol. 213), y luego de tomarse las decisiones tempranas para dar trámite al asunto, fue admitida a través de auto fechado 5 de julio de 2016 (fl. 366); vencido el término de traslado para contestar la demanda, mediante auto del 14 de julio de 2017 se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (Fol. 399), la cual se llevó a cabo los días 15 de noviembre del año 2017 y 23 de mayo de 2018, con la comparecencia de los apoderados judiciales de las partes; en ella se analizaron los requisitos de procedibilidad, se fijó el litigio, se evacuó el trámite correspondiente a las posibles fórmulas de conciliación sin que las partes llegaran a un acuerdo, y se decretaron pruebas (Fol. 400-403 y 419-421). Durante el día 18 de septiembre de 2018 (Fol. 425-426) se adelantó la audiencia de pruebas consagrada en el artículo 181 del C.P.A.C.A., en la que se evacuó la prueba decretada, y se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente este despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en los incisos 2 y 4 del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Como consecuencia de la declaratoria de caducidad parcial que se dispuso en la audiencia inicial y en la que se excluyeron del debate las pretensiones relacionadas con el pago de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones y reintegro, el problema jurídico se centrará en determinar si entre el demandante y el I.P.R.D., existió una verdadera relación laboral entre el 3 de enero y el 25 de diciembre de 2009; así mismo se determinara si el hoy demandante fungió como funcionario de hecho durante los años 2010, 2011 y hasta el 21 de febrero de 2012; finalmente se establecerá y si a consecuencia de tales declaratorias, tiene derecho al reconocimiento y pago de los aportes a seguridad social integral.

El anterior problema jurídico será resuelto mediante las consideraciones pertinentes, las cuales se desarrollarán de la siguiente manera: *i. Del Contrato de prestación de servicios; ii. De la relación laboral y sus elementos constitutivos; iii. Del funcionario de hecho; iv. Pruebas practicadas, v. Hechos probados, vi. Análisis de los elementos del contrato realidad responsabilidad y el funcionario de hecho en el caso concreto.*

3. MARCO JURÍDICO

a) *Del contrato de prestación de servicios.*

En nuestro ordenamiento jurídico, el contrato de prestación de servicios con el Estado, se encuentra desarrollado en la Ley 80 de 1993, el artículo 32 de dicho estatuto, dispone: “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 sentencia C-154-97¹ la Corte Constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita, determinó, entre otros, las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, sobre el particular:

*“El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características: **a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.** Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.”* (Negrilla y subraya fuera del texto)

Por esta misma senda, el Consejo de Estado, ha señalado que el contrato de prestación de servicios se utiliza como medio para contratar los servicios especializados que no pueden ser desempeñados por personas que hacen parte de la planta de personal, al respecto la sentencia del 05 de octubre de 2017, proferida por la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado², señaló:

“En este orden de ideas, se ha de recordar que el contrato de prestación de servicios se ha definido como el celebrado por las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las instituciones; sus condiciones están dadas, entre otras normas, por el artículo 32, numeral 3, de la Ley 80 de 1993, modificado por el Decreto 165 de 1997; el Decreto 2209 de 1998, que, al dictar normas sobre austeridad del gasto para las entidades que manejan recursos del tesoro nacional, reguló el tema; y el Decreto 2170 de 2002, que, en relación con esas contrataciones, además de indicar la manera de

¹ Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

² Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B, CP. Dr. Carmelo Perdomo Cueter. Sentencia de 05 de octubre de 2017. Exp. 68001-23-31-000-2011-00711-01(2361-14)

selección del contratista, precisa que «solo se realizarán para fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar».

Es decir, que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

(...)

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

En otras palabras, el denominado «contrato realidad» aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.³»

Igualmente en reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado ha señalado que en el contrato de prestación de servicios, el contratista dispone de plena libertad, autonomía e independencia, de tal forma que sus actividades deben llevarse a cabo con el ánimo de cumplir con el objeto del contrato, bajo labores coordinadas y por la cual se le reconocen unos honorarios.

b) De la relación laboral y sus elementos constitutivos

La Constitución Política de 1991, contempló en el Capítulo II, de la función pública, lo siguiente:

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

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

De acuerdo con las citadas normas, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal). Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso

³ En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: GILBERTO POLOCHE LOZANO
DEMANDADO: INSTITUTO PURIFICENSE PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE – I.P.R.D. Y OTRO
RADICACIÓN: 73001-33-33-003-2016-00060-00

administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un empleado público⁴.

Sobre los elementos constitutivos de la relación laboral, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, ha señalado que para que exista una verdadera relación laboral, debe darse la configuración y existencia de tres elementos que resultan necesarios, tales como, la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación, haciendo especial énfasis en la subordinación la cual no se puede confundirse con la coordinación. Al respecto la Sección Segunda – Sub Sección "B", con Ponencia del Consejero Luis Rafael Vargas Quintero, en sentencia del 05 de octubre de 2017, reitera:

"De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda⁵ recordó que i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto sub examine."

Sobre esta misma senda, el Alto Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo⁶, expresó:

"El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, opera plenamente en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad, el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con el fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.⁷

*Adicionalmente, el artículo 25 constitucional establece que **el trabajo es un derecho fundamental** que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.*

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003⁸, la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella

⁴ Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección "B". C.P.: Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 08 de mayo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00919-01(0480-12).

⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, CP, Dr. Cesar Palomino Cortes, Sentencia de 16 de marzo de 2017.

⁷ Ibidem.

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco.

oportunidad, negó las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento "coordinación". No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento "subordinación", aspecto trascendente que como se anotó, requiere ser acreditado plenamente en la tarea de desentrañar la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido **personal** y que por dicha labor haya recibido una **remuneración** o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista **subordinación** o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte demandante demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia⁹ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral.

Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la **calidad de empleado público**, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación en diferentes fallos, entre los cuales cabe resaltar la sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, C.P. Tarcisio Cáceres Toro, la cual efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, precisando que:

*"(...) para que una persona natural desempeñe un **EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA)** que se realice su **ingreso al servicio público** en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, requiere de la **designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión**, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la **persona nombrada y posesionada** es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente".*

Así es dable concluir que, no por el hecho de haber laborado para el Estado se adquiere la calidad de empleado público, dadas las condiciones especiales que se predicán de dicha vinculación establecidas en la Constitución y la Ley."

c) Del funcionario de hecho

El artículo 122 de la Constitución Política, establece que "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben".

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca. C.P. Tarcisio Cáceres Toro.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: GILBERTO POLOCHE LOZANO
DEMANDADO: INSTITUTO PURIFICENSE PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE – I.P.R.D. Y OTRO
RADICACIÓN: 73001-33-33-003-2016-00060-00

Sobre el tema, ha explicado el Consejo de Estado¹⁰ que los empleos de cada entidad deben estar instituidos en su planta de personal, de conformidad con los artículos 189, numeral 14, 305, numeral 7, y 315, numeral 7, de la Constitución Política, ya sea del orden nacional o territorial, y sus emolumentos deben constar en el respectivo presupuesto. En efecto, el artículo 2.º del Decreto 770 de 2005 concibe el empleo como el *“conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”*.

Sumado a lo anterior, se tiene que el artículo 123 de la Constitución Política calificó en términos generales a quienes prestan sus servicios al Estado como servidores públicos, que cobija a los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, conocidos como empleados públicos y trabajadores oficiales. Así mismo, el artículo 125 ibídem consagró que *“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”*.

Con base en los anteriores preceptos normativos, nuestro órgano de cierre¹¹ precisó que los empleados públicos tienen con la Administración una relación legal y reglamentaria que se materializa en un acto administrativo de nombramiento y su posterior posesión, con la que adquieren tal calidad, que la conservan hasta el momento en que se configure cualquiera de las causales de retiro del servicio y se produzca el cese definitivo de funciones públicas; los trabajadores oficiales, un nexo contractual laboral.

En reiterada jurisprudencia de vieja data, el Consejo de Estado ha establecido que se denomina funcionario de hecho a la persona que, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese un verdadero funcionario y su origen radica en la existencia de un título que lo habilita para el ejercicio de la función pública, pero por causas anteriores o supervivientes resulta inválido o deja de surtir efectos; así mismo ha establecido que para que se establezca la existencia de un funcionario de hechos se deben configurar tres elementos, esto es, i) que exista el empleo dentro de la planta de personal de la entidad; ii) que las funciones sean ejercidas irregularmente; y, iii) que las cumpla de la misma forma, como lo haría un funcionario público.

Es así que en sentencia del 11 de abril de 2019, proferida dentro del expediente No. 68001-23-31-000-2009-00395-01(3152-15), la Sección Segunda-Subsección B del Consejo de Estado reiteró que:

“En ejercicio de la función pública puede presentarse que exista una vinculación con el Estado, a la que se ha denominado “funcionario de hecho”, que hace referencia a la persona que ocupa un cargo en la administración pública y cumple las funciones propias del mismo, como si fuese un verdadero funcionario, pero sin título o con título irregular.

Así lo desarrolló la Sala en anterior pronunciamiento¹².

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 26 de noviembre de 2018, C.P. Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER, radicado No. 85001-23-31-000-2012-00015-02(2302-14).

¹¹ Ibidem.

¹² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 85001-23-31-000-2012-00014-01(1946-14). Actor: JOSÉ ARLEY MÉNDEZ PEÑA. Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE

“Se denomina funcionario de hecho a la persona que sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fueses un verdadero funcionario¹³. Esta Corporación ha señalado, que ésta forma anormal de vinculación con el Estado, puede estructurarse en dos momentos, a saber:

“(…)

a) En los periodos de normalidad institucional pueden surgir funcionarios de hecho. Se da esta situación cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública pero por causas anteriores o supervivientes resulta inválido o deja de surtir efectos. Esto ocurre en hipótesis muy variadas: designación de una persona que no reunía las condiciones legales exigidas, por lo cual más tarde es revocada; funcionario que posteriormente a su designación se inhabilita para el ejercicio del cargo y que, no obstante, continúa ejerciéndolo, o que permanece en funciones luego de vencido el término de su mandato, etc.

b) En épocas de anormalidad institucional, producida por guerras, revoluciones, grandes calamidades, etc., (...) es frecuente que asuman el ejercicio de funciones públicas quienes no tienen título legal alguno. A veces son personas de buena voluntad que, frente a la desaparición de las autoridades constituidas, toman a su cargo ciertas funciones públicas (...).”¹⁴

De la misma forma, mediante sentencia del 9 de junio de 2011, esta Corporación manifestó que la figura del funcionario de hecho se configura en el período de normalidad institucional, cuando:

“(…) que exista de jure el cargo, que la función ejercida irregularmente, se haga en la misma forma y apariencia como la hubiera desempeñado una persona designada regularmente.

(…)

En conclusión, para que se configure la existencia de una relación de hecho es necesario que el cargo esté creado de conformidad con las normas legales y la función sea ejercida irregularmente, pero, también puede darse cuando un empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso, debe ser objeto de protección a través del principio de la realidad frente a las formas previsto en el artículo 53 Constitucional. Además, de que el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado designado regularmente (...).”¹⁵ (Destaca la Sala)

Entonces, para que se pueda desempeñar un empleo en calidad de empleado público, es necesario que se produzca el ingreso de la persona al servicio público en la forma que establece la ley, que tenga una designación válida (nombramiento o elección), se haya posesionado con el lleno de los requisitos para el ejercicio del cargo, y con ello investido de las facultades para prestar el servicio.

En cuanto a los requisitos para la configuración del funcionario de hecho la Sala estableció lo siguiente¹⁶:

“En el caso de los funcionarios de hecho, cabe advertir que cuando se hace mención a funciones ejercidas de manera irregular, ello hace referencia, a que la persona que las cumple no se vinculó al servicio con el lleno de los requisitos para que se cree una relación legal o reglamentaria, o no existe nombramiento ni elección según el tipo de cargo, ni tampoco existe posesión. De lo anterior, es dable concluir que para que se configure el funcionario de hecho, es necesario que: i) exista el empleo dentro de la planta de personal de la entidad; ii) que las funciones sean ejercidas irregularmente; y, iii) que las cumpla de la misma forma, como lo haría un funcionario público. Adicionalmente se puede hablar de funcionario de hecho cuando la persona ejerza funciones públicas con la anuencia de las

¹³ Sayagués Laso Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I. Cuarta Edición. Montevideo 1974. páginas 300 a 302.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 15 de mayo de 2013. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Número interno 1363-2012. Actor: Hurtado de Jesús Monsalve Martínez. Demandado: METROSALUD E.S.E.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de junio 9 de 2011. Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Radicación número: 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08).

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 85001-23-31-000-2012-00014-01(1946-14). Actor: JOSÉ ARLEY MÉNDEZ PEÑA. Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: GILBERTO POLOCHE LOZANO
DEMANDADO: INSTITUTO PURIFICENSE PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE – I.P.R.D. Y OTRO
RADICACIÓN: 73001-33-33-003-2016-00060-00

autoridades encargadas de controlar e impedir que se presenten esta clase de situaciones.” (Se resalta)

4. DEL CASO CONCRETO

Con base en el anterior marco jurídico y de cara a las pruebas practicadas, dentro de las que se destacan las que a continuación se enuncian y que se relacionan con las pretensiones de la demanda, el Despacho procederá a hacer el análisis del caso en particular:

- Copia de la orden de prestación de servicios No. 002 de 2009, suscrita el 2 de enero de 2009 y con plazo de ejecución de 6 meses (Auxiliar de Servicios Generales) (Fls. 7-8 y 234-235).
- Copia del Acta de Inicio del de la orden de prestación de servicios No. 002 de 2009, suscrita el 3 de enero de 2009 (Fls. 35 y 257).
- Copia de la orden de prestación de servicios No. 028 de 2009, suscrito el 16 de julio de 2009 y con plazo de ejecución de 5 meses y 10 días (Auxiliar de Servicios Generales) (Fls. 9-11 y 236-238).
- Copia del Acta de Inicio del de la orden de prestación de servicios No. 028 de 2009, suscrito el 16 de enero de 2009 (Fls. 36 y 258).
- Copia del certificado de disponibilidad presupuestal No. 00002 del 3 de enero de 2009 para el pago de los servicios como operario de servicios generales por valor de \$4'.500.000.00 m/cte. (Fls. 45 y 259).
- Copia del certificado de disponibilidad presupuestal No. 00108 del 16 de julio de 2009 para el pago de los servicios como operario de servicios generales por valor de \$4'.500.000.00 m/cte. (Fls. 47 y 261).
- Copia del Acuerdo No. 011 del 20 de marzo de 1998 por el cual se crea el Instituto Purificense para la Recreación y el Deporte (I.P.R.D.) (Fls. 64-71 y 273-280).
- Copia del Acuerdo No. (ilegible) del 29 de febrero de 2008 por el cual el Alcalde Municipal de Purificación entrega en comodato al Instituto Purificense para la Recreación y el Deporte (I.P.R.D.) el Parque Recreacional de Purificación (Fls. 72-74 y 281-283).
- Acto administrativo demandado contentivo en el oficio de fecha 21 de febrero de 2012 dirigida al señor Gilberto Poloche Lozada, en respuesta a una solicitud de reliquidación de contrato (Fls. 12 y 239).
- Oficio No. 060 del 30 de enero de 2012 por el cual el Director del I.P.R.D. le informa al señor Gilberto Poloche Lozada que a partir de dicha fecha toda solicitud de permisos debe ser tramitada por escrito (Fls. 13 y 240).
- Copia de la boleta de citación de audiencia de conciliación No. 239 del 9 de agosto de 2012 ante la Inspección de Trabajo del Espinal y constancia de trámite fallido al no existir ánimo conciliatorio por parte del I.P.R.D. (Fls. 16-18 y 243-245).
- Derecho de petición dirigido al Alcalde Municipal de Purificación, radicado el 14 de marzo de 2014 (Fls. 22-23 y 249-250) y copia del oficio No. 035 del 25 de marzo de 2014 por el cual se le informa al peticionario que su solicitud fue remitida al Director del I.P.R.D., por ser este quien debe dar respuesta al mismo (Fls. 24 y 251).
- Copia acto administrativo demandado contenido en el oficio de fecha 1º de abril de 2014 suscrito por el Alcalde Municipal de Purificación y dirigida al señor Gilberto Poloche Lozada, en el cual se deniega el pago de prestaciones

sociales, bajo el argumento de que no existió ningún tipo de vinculación laboral o contractual con el Municipio de Purificación (Fis. 26-27 y 253-254).

- Copia acto administrativo demandado contenido en el oficio de fecha 28 de abril de 2014 suscrito por el Director del I.P.R.D. y dirigido al señor Gilberto Poloche Lozada, en el que se deniegan el reconocimiento y pago de unas presuntas acreencias por encontrarse prescritas y por considerarse que no se configuran los elementos necesarios para existencia de la relación de trabajo pretendida (Fis. 29-30 y 255-256).
- En audiencia de pruebas celebrada el 18 de septiembre de 2018 se recibió, a petición de la parte actora, el testimonio de José Emilio Torres Cifuentes.

Del **testimonio** rendido por **José Emilio Torres Cifuentes**, se destaca en sus afirmaciones, que conoció al señor Gilberto Poloche Lozada, siendo su compañero de trabajo en el I.P.R.D.; asegura constarle que el hoy demandante ingresó a laborar en el instituto demandado desde el 2 de enero de 2009 y hasta el 21 de febrero de 2012 como vigilante, devengando por sus servicios una asignación mensual de \$750.000.00 m/cte. durante todo el tiempo en que laboró allí, debiendo revisar los carros que ingresaban al parque recreacional y cuidar de este en las noches. Asegura el testigo que el señor Gilberto Poloche Lozada le rendía cuentas al Director del I.P.R.D., quien era su jefe directo, ya que en ocasiones los veía hablar. Así mismo asegura que la vinculación del hoy demandante fue laboral durante el año 2009 trabajando durante el día, y durante los años 2010 y 2011 fué un contrato verbal trabajando durante la noche, debiendo entregarle turno al testigo a las 06:00 de la mañana. Al ser indagado el testigo por su vinculación con el I.P.R.D. aseguró que ingresó a laborar con dicho instituto desde el año 2006 y hasta el 22 de febrero de 2012, sin recordar la fecha exacta de su vinculación. Así mismo, asegura que las funciones que desempeñó el testigo en el I.P.R.D. fueron inicialmente en servicios varios y finalmente como piscinero encargado del mantenimiento de las dos piscinas del municipio. Igualmente manifestó el testigo haber demandado al I.P.R.D. por los mismos hechos ante la jurisdicción ordinaria laboral siendo su testigo en tal proceso el señor Gilberto Poloche Lozada. Finalmente declaró que frente a la celebración del contrato verbal presuntamente celebrado entre el señor Gilberto Poloche Lozada y al I.P.R.D. le consta lo que le contó el hoy demandante.

Conforme lo antedicho, es del caso descender sobre el examen de cada uno de los elementos necesarios a partir de los cuales se configura primero una relación laboral y se desfigura de contera el vínculo contractual presuntamente enmascarado durante el año 2009; en segundo lugar, se examinarán los elementos requeridos para la configuración de la figura de funcionario de hecho durante los años 2010, 2011 y hasta el 21 de febrero de 2012.

De la relación laboral – Contrato Realidad

De la Continuidad – Permanencia de la Función.

En procura de absolver tal inquietud, es del caso proceder con la siguiente relación de contratos u órdenes de prestación de servicios suscritos entre las partes y que fueron ejecutados:

Contrato / O.P.P.	Suscrito	Desde	Hasta
No. 002 de 2009	02-01-2009	3-01-2009	Por 6 meses (hasta el 01-07-2009)
Espacio interrupción 15 días			
No. 028 de 2009	16-07-2009	16-07-2009	Por 5 meses y 10 días (hasta el 25-12-2009)

Previo a continuar con el análisis del elemento de la continuidad en el presente asunto, observa el Despacho que, si bien el periodo comprendido entre el 3 de enero y el 25 de diciembre de 2009 es el que alega la parte actora en el presente asunto, aparecen serias inconsistencias entre lo expuesto por el testigo José Emilio Torres Cifuentes en su declaración y lo plasmado en las pruebas documentales, por cuanto el referido testigo, quien asegura haber estado vinculado contractualmente con el I.P.R.D. desde el año 2006 y hasta el 22 de febrero de 2012, afirma categóricamente que el demandante se vinculó con el instituto demandado desde el 2 de enero de 2009 (como se dice en la demanda), pero revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte actora en la demanda inicial incoada ante la jurisdicción ordinaria -especialidad laboral-, se observa que el señor Gilberto Poloche Lozada se vinculó contractualmente con el I.P.R.D., desde el 6 de agosto de agosto de 2008 (fls. 3, 4 y 31), lo cual estaba concatenado con lo allí pretendido; fue una vez que el proceso se remitió a esta jurisdicción, que la parte actora durante la etapa de adecuación de la demanda al presente medio de control, en uso de sus derechos y facultades, modificó los hechos de la demanda y sus pretensiones, empero se reitera, el testigo José Emilio Torres Cifuentes asegura que el hoy demandante solo se vinculó contractualmente con el I.P.R.D. desde el 2 de enero de 2009, citando esta fecha exacta y omitiendo un periodo de casi 5 meses, situación que le resta credibilidad a las afirmaciones del testigo y las hace ver, no como las imprecisiones propias del paso del tiempo entre el hecho y el relato, sino como un afán de empatar los hechos de la demanda de forma exacta con su testimonio.

Regresando a lo que concita el estudio del Juzgado por ser el objeto de la pretensión, está acreditada documentalmente la vinculación del promotor de este debate con el I.P.R.D., en un periodo comprendido entre el **3 de enero al 25 de diciembre de 2009**.

Se precisa que dentro del referido periodo de vinculación contractual pretendido ante ésta jurisdicción, se presentó una pequeña interrupción de 14 días, lapso que aparece como razonable entre la suscripción de uno y otro contrato u orden de prestación de servicios y no cuenta con entidad suficiente para tener por desvirtuada la continuidad en la prestación del servicio, pues como reluce, para dicho periodo se suscriben dos contratos consecutivos a partir del 2 de enero de 2009; siendo el objeto del contrato prestar sus servicios como Auxiliar de servicios generales en el parque recreacional y la villa olímpica del Municipio de Purificación.

De la Prestación Personal del Servicio.

Verificadas las pruebas documentales aportadas en las oportunidades pertinentes y analizadas en conjunto con la prueba testimonial, no queda duda que la labor cumplida por el entonces contratista, lo era de manera personal y como se aprecia del clausulado contractual, siendo el mismo objeto en todos los contratos suscritos para el año 2009, allegados al plenario, en los cuales se indicó:

*“... **CLAUSULA PRIMERA – OBJETO:** (...) prestar sus servicios como auxiliar de servicios generales en el parque recreacional y la villa olímpica de este Municipio. De conformidad con lo estipulado en los términos de referencia y la propuesta presentada. (fl. 234-238).*”

Aunado a lo anterior, el testimonio de José Emilio Torres Cifuentes, da cuenta de que Gilberto Poloche Lozada prestó durante el 2009 sus servicios al I.P.R.D., como vigilante diurno; que sus servicios fueron prestados de forma personal e

ininterrumpida, como quiera que, según lo expuesto por el referido testigo, este era el encargado de revisar los vehículos que ingresaban al parque recreacional del municipio de Purificación, actividad esta que se encuentra muy a la par con una de las obligaciones contractuales pactadas en las órdenes prestación de servicios No. 002 de 2009¹⁷, y No. 028 de 2009¹⁸, esto es, “*Revisión y ubicación del parque automotor que ingresa al parque.*”, así como la de realizar el mantenimiento general y preventivo a las redes eléctricas e hidráulicas de las instalaciones del parque y la villa olímpica.

De los anteriores elementos de juicio, reluce que la labor desempeñada por el “contratista” debía necesariamente cumplirse de manera personal, y en tal sentido no era admisible, como es apenas lógico, que se hiciera de manera libre y espontánea por aquel, en el horario que escogiera motu proprio o eventualmente a distancia, sino que necesariamente tal actividad de revisión y ubicación de los vehículos que ingresaran al parque la debía desempeñar cuando el parque tuviese habilitado el ingreso al público. Por ello, no cabe duda al Despacho acerca del cumplimiento de este ítem en cuanto al caso sub examine.

De la Remuneración.

Frente al particular, basta con observarse el valor pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos sucesivamente con el demandante, para verificar que efectivamente aquel, recibía como contraprestación en el cumplimiento de sus labores, la suma convenida para ese momento como honorarios, con lo que no merece ninguna resistencia, el hecho de que efectivamente se percibió una remuneración económica por la labor prestada en desarrollo de las actividades contratadas.

De la Subordinación.

Ahora, se cifra el presente análisis jurídico en el elemento principal de la relación laboral que se pretende demostrar por la parte actora, pues ciertamente como ya lo adelantaba la Jurisprudencia antes citada, es esta la piedra angular sobre la que se edifica un verdadero vínculo de carácter laboral, y en tal sentido sin la concurrencia de este, de nada sirve la demostración de los demás elementos.

En consecuencia para abordar el examen del mismo, dentro del caso sometido a escrutinio de esta Jurisdicción debe indicarse, que conforme lo depuesto por el declarante señor José Emilio Torres Cifuentes, quien asegura haber sido compañero de trabajo del hoy demandante, se desprende que efectivamente el señor Gilberto Poloche Lozada durante el año 2009 debía revisar los vehículos que ingresaban al parque a cargo del I.P.R.D., empero de tal declaración no se denota que, en principio el hoy demandante tuviera un horario estricto que cumplir, no obstante de las obligaciones contractuales se infiere que al menos la labor contratada de revisión y ubicación del parque automotor debía ser cumplida dentro de los horarios en que el I.P.R.D. atendía al público en el parque recreacional y en la villa olímpica, empero no se estableció la existencia de turnos u horarios en que el señor Gilberto Poloche Lozada debía realizar tal función en cada una de estas dependencias o establecimiento públicos a cargo del Instituto demandado.

Aunado a lo anterior, si bien el señor José Emilio Torres Cifuentes afirma que el jefe directo del hoy demandante señor Gilberto Poloche Lozada, era el Director del I.P.R.D., para el Despacho tal afirmación no pasa de ser una mera especulación de su parte, como quiera que si bien se desempeñó como piscinero

¹⁷ Ver obligación contractual No. 2 – Fol. 234.

¹⁸ Ver obligación contractual No. 2 – Fol. 236.

tanto del parque recreacional como de la villa olímpica del Municipio de Purificación para el año 2009, tampoco se estableció en qué horario este debía estar presente en cada uno de los referidos establecimientos y si siempre o con qué periodicidad coincidía su permanencia en cada uno de estos lugares con el señor Gilberto Poloché Lozada, además, el testigo llega a esa conclusión, basado en el hecho que veía hablar al hoy demandante con el Director del I.P.R.D., pero desconoce cuál era el objeto de tales conversaciones y si en las mismas se le daban órdenes directas o simples directrices como contratista, por cuanto el testigo no las escuchaba y por ende, no dio mayores razones de por qué consideraba que era dicho funcionario el jefe directo del hoy demandante pues como se reitera, simplemente los veía hablar; por tanto, de su narrativa no se desprende que hubiese presenciado si quiera una sola vez que este o algún otro funcionario del I.P.R.D. le hubiese dado una orden, directa o indirecta al señor Gilberto Poloché Lozada.

Fuerza entonces concluir, que en relación con los contratos de prestación de servicios suscritos durante el año 2009, la parte demandante solo logró demostrar la existencia de dos de los tres elementos que configuran la existencia de una relación laboral, toda vez que no demostró la configuración de la subordinación.

Del funcionario de hecho

De la existencia del empleo dentro de la planta de personal de la entidad

Analizado en su conjunto las pruebas, encuentra el Despacho que en el caso *sub examine* no se acreditó, siquiera sumariamente, la existencia del cargo de vigilante o celador dentro de la planta de personal del I.P.R.D., presuntamente ejercido por el demandante, toda vez que no se aportó prueba alguna en tal sentido por ninguna de las partes y en particular por la parte actora, quien tenía la carga de demostrar la existencia del cargo o de demostrar la renuencia de las demandadas para brindar la información, o al menos haber solicitado en la demanda la práctica de la prueba; por ende, la deficiencia en la labor probatoria por parte del demandante, no permite al Despacho negar o confirmar la existencia del cargo en la planta de personal del I.P.R.D., siendo éste requisito necesario para que se configure la forma de vinculación anormal alegada con el instituto demandado.

De las funciones ejercidas irregularmente

En cuanto a la configuración del elemento denominado "ejercicio de las funciones de manera irregular", destaca el Despacho que para acreditar tal presupuesto, era necesario la existencia del cargo dentro de la planta de personal de la entidad, lo cual no se logró demostrar en el presente asunto, y al no estar demostrado la existencia del cargo de celador no se puede hablar del ejercicio de función regular o irregular del cargo; en consecuencia, no se pudieron establecer unas funciones debidamente reglamentadas por la entidad y que de contera, el actor las hubiese desempeñando de manera irregular.

Que las funciones se cumplan de igual forma a como lo haría un funcionario público

Finalmente, frente al ejercicio de las mismas funciones desempeñadas por un empleado de planta, al no existir o al menos no demostrarse, la existencia de cargo alguno dentro de la planta de personal del I.P.R.D. con el cual comparar las funciones desempeñadas por el demandante para determinar si eran iguales a las

desempeñadas por funcionario alguno del instituto demandado, indefectiblemente se debe llegar a la conclusión de que en el caso *sub examine* no se probó que el demandante haya ejercido las mismas funciones realizadas por un funcionario de planta de la entidad demandada, por lo que tampoco se configura este elemento para acceder a declararlo como funcionario de hecho.

Debe decirse que más allá de las afirmaciones de la parte actora, dentro del trámite no se demostró que durante los años 2010 y 2011, ni el Municipio de Purificación, ni el I.P.R.D., le hubiesen pagado al menos en una ocasión los presuntos servicios de celador al señor Gilberto Poloche Lozada, durante éstos años.

Igualmente, analizado el testimonio rendido por el señor José Emilio Torres Cifuentes, encuentra el Despacho que las imprecisiones atrás señaladas, le hacen perder fuerza a sus afirmaciones, que en todo caso tampoco tienen entidad suficiente para superar las falencias en materia probatoria respecto de elementos como la existencia del cargo en la planta de personal de la entidad.

5. CONCLUSIÓN JURÍDICA

Visto la anterior, se concluye que: respecto a la existencia de la **relación laboral - contrato realidad**, en los contratos de prestación de servicios suscritos durante el año 2009, la parte demandante solo logró demostrar la existencia de dos de los tres elementos que configuran la existencia de una auténtica relación laboral, esto es la prestación personal del servicio y la remuneración, mas no así el elemento más importante de todos, la subordinación, por cuanto la única prueba allegada y diferente a los contratos celebrados entre las partes, fue el testimonio rendido por el señor José Emilio Torres Cifuentes, empero si bien el testigo asegura que el jefe directo del señor Gilberto Poloche Lozada era el Director del I.P.R.D., finalmente no aclara de manera alguna en qué consistía las órdenes que supuestamente éste o algún otro funcionario de dicho instituto demandado le impartía al hoy demandante y tampoco afirmó de manera categórica que hubiese visto a algún funcionario del I.P.R.D. impartirle órdenes de algún tipo al señor Gilberto Poloche Lozada, manifestado simplemente que el Director del I.P.R.D. era su jefe porque los veía hablar, empero se reitera, sin explicar de manera concreta y puntual qué clase de órdenes le eran dadas al hoy demandante.

Sumado a lo anterior, en relación a la existencia de un **funcionario de hecho**, dentro del proceso no se logró demostrar la presencia de ninguno de los tres elementos que configuran tal figura jurídica, iniciando por la exista el empleo dentro de la planta de personal de la entidad, del cual se desprende los otros dos elementos, y al no demostrarse que dentro de la planta de personal de instituto demandado existía para la época de los hechos el cargo de vigilante o celador, los dos elementos faltantes indefectiblemente se tornan insalvables, puesto que al no existir el cargo no se puede hablar del cumplimiento de función alguna de manera irregular por parte del demandante en igualdad de condiciones con los demás funcionarios de planta.

Bajo las anteriores precisiones, estima el Despacho que no existe vocación de prosperidad en las pretensiones elevadas por la parte demandante, por cuanto no logro demostrar la existencia del elemento más importante con el que realmente se configura una relación laboral en relación a los contratos de prestación de servicios suscritos para el año 2009, e igualmente no se configuraron los elementos que comportan el funcionario de hecho para el periodo comprendido entre el año 2010 y el 21 de febrero de 2012; por tanto, en el presente asunto no se demostró la existencia de una contrato realidad o el cumplimiento de labores

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: GILBERTO POLOCHE LOZANO
DEMANDADO: INSTITUTO PURIFICENSE PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE – I.P.R.D. Y OTRO
RADICACIÓN: 73001-33-33-003-2016-00060-00

como un funcionario de hecho, lo cual conlleva a denegar las pretensiones de la demanda.

6. CONDENA EN COSTAS

Al resultar imprósperas las pretensiones de la demanda y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público, es menester proveer sobre la correspondiente condena en costas a favor de la parte accionada, conforme lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en artículo 361 del Código General del Proceso.

Tal condena se dispondrá ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018¹⁹, verificando en consecuencia que la parte demandada desplegó actividades, tales como asistencia de su apoderado a la audiencia inicial y de pruebas y la presentación de alegatos de conclusión escritos, más sin embargo, omitió su intervención más importante que era la contestación oportuna de la demanda. Por ende, atendiendo además la condición de “contratista” del demandante y la baja remuneración pactada a título de honorarios en los contratos de prestación de servicios celebrados, se fijará la suma de CIEN MIL PESOS (\$100.000) por concepto de agencias en derecho a favor de las entidades demandadas en partes iguales y se ordenará que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué Tolima**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por Gilberto Poloché Lozada contra el Instituto Purificense para la Recreación y el Deporte y el Municipio de Purificación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandante y a favor de las entidades demandadas en partes iguales. Líquidense, tomando en cuenta como agencias en derecho la suma de CIEN MIL PESOS (\$100.000)

TERCERO: RECONOCER personería al abogado Jaime Useche Leal, como apoderado judicial del Municipio de Purificación, conforme al poder obrante a folio 456.

CUARTO: De no ser apelada esta providencia, una vez en firme la liquidación de costas, se ordena el archivo definitivo del expediente, previo las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIANA CAROLINA MENDEZ BERNAL
Jueza

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).