



Rama Judicial
República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Henry Díaz Osorio
Demandado: Municipio de Ibagué
Expediente No.: 73001-33-33-003-2017-00146-00

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 promovido por Henry Díaz Osorio contra el Municipio de Ibagué.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo 0609 de 21 de noviembre de 2016, por medio de la cual se niega la existencia de vinculación laboral entre el demandante y la parte demandada, y en consecuencia se niega el reconocimiento del auxilio de cesantías, intereses sobre cesantías, prima de servicios, vacaciones, afiliación a E.P.S. y A.R.P., caja de compensación familiar y afiliación a fondo de aportes a pensión y cesantías.

1.2. Que se ordene al Municipio de Ibagué, pagar al demandante las prestaciones señaladas en el numeral anterior, de conformidad con el régimen salarial contemplado para los conductores hasta la fecha en la cual se profiera el fallo respectivo, además de los interés legales y moratorios que correspondan, todo esto de acuerdo con lo ordenado en el artículo 192, 193 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

1.3. Que se condene en costas a la parte demandada.

2. HECHOS

En la demanda se afirman y exponen como hechos relevantes, los siguientes:

2.1. Henry Díaz Osorio trabajó para el Municipio de Ibagué como conductor adscrito al comité de prevención y atención de desastres desde el 30 de marzo de 2012 al 30 de septiembre de 2015, fecha en la que fue despedido sin justa causa.

2.2. El demandante se vinculó con el Municipio de Ibagué por medio de contratos de prestación de servicios, mediante los cuales la entidad demandada encubrió la verdadera relación laboral, infringiendo con pleno conocimiento, los derechos y garantías laborales, prestacionales, sindicales y de seguridad social que corresponden a los trabajadores según el ordenamiento jurídico, pues puntualmente nunca lo afilió a una E.P.S.; ni A.R.P. ni a algún fondo de cesantías y de pensiones.

2.3. La figura del contrato de prestación de servicios fue abusada y desfigurada por el Municipio de Ibagué, surgiendo así un contrato de trabajo realidad entre el demandante y el municipio, este como empleador, donde se configuraron los elementos de subordinación, dependencia del demandante como trabajador, ejecución de labores de manera personal, continua e ininterrumpida, pago de salario mensual con recursos propios de la entidad demandada.

2.4. El último salario devengado por el demandante fue de un millón cien mil pesos (\$1.100.000).

2.5. Mediante petición radicada el 1 de noviembre de 2016, Henry Díaz Osorio solicitó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales respectivas, pero esta petición fue denegada mediante Resolución No. 0609 de 21 de noviembre de 2016, comunicada el 2 de diciembre del mismo año.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La apoderada del demandante enuncia como normas violadas los artículos 1, 2, 13, 25, 53 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, el artículo 1 de la Ley 70 de 1998, el artículo 87 de la Ley 443 de 1998 y afirma que se incurrió en lo que la jurisprudencia que cita del Consejo de Estado y la Corte Constitucional ha referido sobre la ocultación de verdaderas relaciones laborales por parte de entidades estatales como empleadores.

Además, para explicar el concepto de violación, agrega que el Municipio vulneró la Ley 809 de 1993, en su artículo 32, como quiera que el acto administrativo demandado se produjo con falsa motivación por cuanto no tuvo en cuenta las verdaderas razones para su fundamentación, estas son, la existencia de la relación laboral que se gestó entre el Municipio de Ibagué y el demandante.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término legal otorgado para el efecto, la entidad accionada contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas deprecadas, bajo el argumento de que carecen de fundamento fáctico y jurídico, toda vez que el demandante no fue contratado para ejercer un cargo que haga parte de la planta de la administración central del Municipio de Ibagué, pues su relación, derivada de un contrato de prestación de servicios, se dio para apoyar la gestión logística con el transporte, y que según tales contratos suscritos, la entidad no estaba en la obligación de pagar las acreencias reclamadas en la demanda, pues no se configuraron los tres elementos de una relación laboral, como

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Henry Díaz Osorio
Demandado : Municipio de Ibagué
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00146-00
Sentencia

quiera que no se estaba pagando un salario sino una remuneración pactada, no hubo una vinculación legal y reglamentaria o laboral contractual ni hubo subordinación y dependencia, sino que, en la medida de sus competencias, el supervisor del contrato de prestación de servicios y otro funcionario del ente territorial le daban las instrucciones requeridas para la buena ejecución del contrato.

Con base en lo anterior argumenta que el acto administrativo se profirió con arreglo a las atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias, y que se fundamentó en los razonamientos pertinentes y aplicables al asunto.

Corolario de lo expuesto, propone como **excepciones de fondo**: “Falta de vicio en el acto administrativo demandado, “Ausencia de los elementos esenciales para la configuración de un contrato de trabajo o relación laboral”, “Inexistencia de relación legal y reglamentaria entre el Municipio de Ibagué y Henry Díaz Osorio” y “Prescripción”, esta última referida a la prescripción trienal de las acreencias desde el 21 de noviembre de 2013 hasta el 21 de noviembre de 2016.

5. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 28 de abril de 2017 (Fol. 1), siendo admitida a través de auto fechado 24 de mayo de 2017, disponiendo lo de Ley (Fol. 133); vencido el término de traslado para contestar la demanda, mediante auto del 23 de marzo de 2018 se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del C.P.A.C.A. (Fol. 177), la cual se llevó a cabo el día 5 de junio del año 2018, con la comparecencia de los apoderados judiciales de las partes; en ella se analizaron los requisitos de procedibilidad, sobre la excepción de prescripción se indicó que la misma será resuelta al decidir el fondo del asunto y en el evento en que prosperen las pretensiones; 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, cuya práctica se hizo en la audiencia del 25 de octubre de 2018 (Fol. 191-194) y a su finalización, se otorgó a las partes el término de 10 días para la presentación por escrito de los alegatos de conclusión.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada judicial de la parte demandante se ratificó en los hechos y pretensiones de la demanda y argumentó que está demostrado la vinculación laboral entre el municipio de Ibagué y su poderdante, al estar probados los elementos del contrato de trabajo: Remuneración, Subordinación, Horario de trabajo y prestación personal del servicio. Para apoyar su tesis trajo a colación jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales; con base en esto solicitó que se despachen favorablemente las

pretensiones de la demanda y en consecuencia se condene al municipio de Ibagué al pago de las prestaciones sociales adeudadas. (F. 196-213),

La parte demandada no presentó alegatos de conclusión.

Surtido el trámite pertinente, al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia conforme a las 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 el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibidem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En armonía con la fijación del litigio, el problema jurídico consiste en determinar si los servicios prestados por el demandante Henry Díaz Osorio, durante el periodo comprendido entre el 30 de marzo de 2012 y el 30 de septiembre de 2015, según se afirma en la demanda, encubrieron una verdadera relación laboral y de ser así, establecer si es procedente el reconocimiento y pago de acreencias laborales, así como los aportes al sistema de seguridad social, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías durante dicho término.

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

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

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Henry Díaz Osorio
Demandado : Municipio de Ibagué
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00146-00
Sentencia

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 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

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)

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

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).

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).

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Henry Díaz Osorio
Demandado : Municipio de Ibagué
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00146-00
Sentencia

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*

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.

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 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".

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena, radicación II 0039-01, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: Maria Zulay Ramirez Orozco.

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 : Henry Díaz Osorio
Demandado : Municipio de Ibagué
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00146-00
Sentencia

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 predicen de dicha vinculación establecidas en la Constitución y la Ley."

c) De la condena en el contrato realidad

Ahora bien, la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado, se ha ocupado de explicar, una vez desenmascarada la figura del contrato de prestación de servicios por la de una relación de origen laboral, cuáles son las condenas a las que eventualmente habría lugar a reconocer a un trabajador de esta índole.

Así en sentencia de 16 de marzo de 2017, se sostuvo:

"De otra parte, al reunir los elementos de juicio para que se declare una relación laboral entre quien prestó el servicio y la entidad que se benefició con el mismo, se debe reconocer el derecho a obtener las prerrogativas de orden prestacional¹⁰. Sobre el punto es dable destacar lo reiterado en diversos pronunciamientos de esta Sección, referente al reconocimiento a título de indemnización reparatoria de las prestaciones sociales dejadas de percibir, en los siguientes términos:

"El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas...

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia¹¹.

Sin embargo, advierte la Sala que, en sentencia de 25 de agosto de 2016, la Sección Segunda de esta Corporación unificó el criterio de interpretación sobre el título en virtud del cual se reconocen las prestaciones sociales derivadas de un contrato realidad, en los siguientes términos:

¹⁰ Sentencia de 15 de Junio de 2006. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", radiación No. 2603-05. C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, en esta ocasión se expuso que: "cuando existe contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional".
(...)

"En consecuencia, se reconocerá una indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir, para cuya liquidación se tomará como base el valor del respectivo contrato u orden de prestación de servicios".

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

"Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial (...)

Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo"¹² (Subraya la Sala).

Ahora bien, con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.

En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral.

Dentro de las prestaciones que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas y las cesantías; por otra parte, las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.

Así, que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público, la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud, deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso. La cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.

Teniendo claro lo anterior, se advierte que la Sección Segunda de esta Corporación ha sostenido que es viable condenar y liquidar las prestaciones ordinarias, pero que

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de agosto de 2016. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

225

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Henry Díaz Osorio
Demandado : Municipio de Ibagué
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00146-00
Sentencia

no sucede lo mismo con las prestaciones que se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social en los siguientes términos:

“En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, esta Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización”¹³.

Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la entidad tendrá que aportar la cuota parte que dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista y no por la totalidad de la cotización que debía efectuar el actor.”

4. PRUEBAS PRACTICADAS

Pruebas documentales:

✓ Los contratos aportados con la demanda, dan cuenta que Henry Díaz Osorio tuvo las siguientes vinculaciones mediante contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión con el Municipio de Ibagué:

CONTRATO	OBJETO	PLAZO	FECHA SUSCRIPCIÓN	FOLIO
1.) 0359	Prestación de servicios de apoyo a la gestión de carácter logístico de un auxiliar para transportar a los comités de prevención y atención de desastres de la zona rural y urbana en el municipio de Ibagué	7 meses a partir del acta de inicio. Plazo adicional 001: 30 días calendario	30/03/2012	40-44, 24-25.
2.) 198		180 días	06/02/2013	54-59
3.) 1675	Prestación de servicios de apoyo a la gestión de carácter operativo para el fortalecimiento al GPAD (Grupo de atención y prevención de desastres) en el municipio de Ibagué.	90 días	19/09/2013	70-78

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia del 27 de febrero de 2014. Rad. 1994-13. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez (E).

4.) 1007		120 días	23/01/2014	62-69
5.) 1587		156 días	18/07/2014	31-39
6.) 1097	Contrato de apoyo a la gestión institucional en procesos de actualización del grupo SISBEN de la Secretaria de Planeación Municipal.	180 días	05/03/2015	47-52

✓ Se determinó que por el tiempo de prestación de servicios, el actor recibió una consecuente remuneración, así:

CONTRATO/AÑO	VALOR
359/2012	\$ 8.599.500 Adicional: \$ 1.228.500
198/2013	\$ 7.776.000
1675/2013	\$ 3.888.000
1007/2014	\$ 6.204.000
1587/2014	\$ 8.530.500
1097/2015	\$ 6.600.000

✓ Mediante petición presentada por intermedio de apoderada judicial el 1 de noviembre de 2016 (Fol. 3-5), el demandante solicitó al municipio de Ibagué que reconociera la existencia de un contrato realidad a raíz de la vinculación con el ente territorial mediante contratos de prestación de servicios, y como consecuencia de ello, que ordenara el pago de prestaciones sociales, tales como auxilio de cesantías e intereses a las mismas, prima de servicios, vacaciones, afiliación de EPS y ARP (hoy ARL), caja de compensación familiar, afiliación al fondo de pensiones, dotaciones, y sanción moratoria por el pago tardío de cesantías e indemnización, así como horas extras, dominicales y festivos intereses corrientes y moratorios, todo esto reajustado de acuerdo con la pérdida de poder adquisitivo de la moneda.

✓ Por medio de **oficio de fecha 21 de noviembre de 2016** la entidad territorial demandada denegó el reconocimiento de lo solicitado.

Pruebas testimoniales:

Dentro del plenario se recaudaron los testimonios de Yesid Guzmán Rodríguez, Marleny Torres Ramírez, y Rubelio Gómez Figueroa, quienes, bajo juramento, refirieron las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que desarrolló la labor del demandante en la Alcaldía del Municipio de Ibagué; labores de las que fueron

226

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Henry Díaz Osorio
Demandado : Municipio de Ibagué
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00146-00
Sentencia

testigos presenciales como compañeros de trabajo de aquel por el período indicado en la demanda. Señalaron que tales labores debía cumplirlas el demandante de manera personal, en un horario que iniciaba a las siete de la mañana y finalizaba en horas de la noche, pasadas las siete de la noche, y que este horario se lo impartía, así como otras órdenes, la Alcaldía Municipal a través del jefe de la oficina del GPAD.

Puntualmente señalaron:

- ✓ **Yesid Guzmán Rodríguez:** Manifestó que el demandante entró a trabajar en marzo de 2012 como conductor de la oficina del GPAD, adscrito a la Secretaría de Salud Municipal, que empezaba sus labores a las siete de la mañana y no tenía hora de salida, pues a veces terminaba a las siete u ocho de la noche; contó que en ocasiones había recorridos de una semana completa a lugares como el Cañón del Combeima y el sector del Volcán Machín y que el demandante debía estar presto para realizar sus funciones las 24 horas del día en casos de deslizamientos o incendios, o para traslado de personal en días de eventos, lo que incluía los fines de semana. Señaló que conoce toda esta información porque también laboró en el GPAD, desde el año 2008 hasta el año 2015, como asesor de esta oficina en el manejo de desastres, emergencias manifiesta, eventos de afluencia masiva, manejo de la cuenca del Cañón del Combeima y actividad del Volcán Machín, y que en esa medida conocía las horas de entrada y salida del aquí demandante por cuanto, el día anterior o con una semana de anticipación se reunían con los ingenieros a programar los recorridos, incluyendo los que debía realizar el demandante. Contestó que al igual que Henry Díaz Osorio, tiene una demanda en contra del municipio de Ibagué por una situación similar, y respondió que la vinculación del demandante fue continúa, indicando que este trabajaba hasta un mes gratis para mantenerse. Manifestó que la programación de los horarios la realizaba el jefe director que nombraba la Alcaldía.

- ✓ **Marleny Torres Ramírez:** Señaló que Henry Díaz Osorio laboró desde el 30 de marzo de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2015, y que tiene presente tal fecha porque aquella también empezó a trabajar en la misma época como encargada del aseo, y terminó su vinculación poco antes de septiembre de 2015, pero seguía yendo a la oficina a arreglar asuntos y seguía en contacto con el demandante. Manifestó que el demandante se desempeñaba como conductor GPAD, que su horario de entrada era temprano en la mañana, y ella tenía conocimiento porque era la primera que ingresaba a la oficina y a veces él ya se encontraba ahí limpiando el carro, agregando que a veces llamaban al accionante antes del horario de entrada. Contó que Henry Díaz Osorio trabajó todo el tiempo como conductor, pero que también ayudaba en otras actividades en la oficina, y que cuando se cumplía un contrato, este seguía trabajando común y corriente. Respondió que el horario era muy estricto, pues el demandante prácticamente trabajaba más horas de las

pertinentes, y que el horario lo programaban en el GPAD, según órdenes de la Alcaldía o el ingeniero Félix Salgado. Agregó que el demandante prestaba el servicio de manera personal, es decir él mismo.

- ✓ **Rubelio Gómez Figueroa:** Indicó que se desempeñó como funcionario del GPAD en calidad de ingeniero, y que por esto conoció al demandante; afirmó que este último realizaba las diligencias de la oficina en veredas o eventos y de acuerdo con las necesidades que se presentaran, y dentro de esas diligencias se encontraba transportar a los ingenieros. Indicó que el demandante comenzó sus labores en marzo de 2012, y que su horario de trabajo era entre las 7:15 de la mañana y las horas de la noche, que podían ser las 8pm, 10 pm u 11 pm, de lunes a viernes y a veces sábados o domingos; al respecto respondió que ese horario lo ordenaba el director del GPAD como jefe, al cual identificó como Ingeniero Félix Salgado. Y por último contestó que si el demandante necesitaba un permiso para ausentarse, debía pedirselo al jefe de la Oficina, ya identificado, y que las labores por parte de Henry Díaz Osorio fueron prestadas de manera personal por él mismo y de forma ininterrumpida.

5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Con base en el marco jurídico y de cara a las pruebas practicadas, es del caso descender sobre el examen de cada uno de los elementos necesarios a partir de los cuales se configura una relación laboral y se desfigura de contera el vínculo contractual presuntamente enmascarado.

5.1. *De la Continuidad – Permanencia de la Función.*

Con las pruebas practicadas, se encuentra que Henry Díaz Osorio se vinculó con la entidad territorial demandada a través de sendos contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión desde el 30 de marzo de 2012 y hasta el 5 de septiembre de 2015, como fue relacionado en el acápite de hechos probados.

Específicamente las partes suscribieron seis contratos de apoyo a la gestión, siendo el objeto de cinco de estos, el apoyo a la gestión institucional del GPAD del Municipio de Ibagué con el transporte del personal, equipos, maquinaria, ayudas humanitarias con el fin de prevenir y atender a las familias en riesgo o damnificados tanto en la zona rural y urbana del municipio de Ibagué y del equipo de manejo de desastres, y el objeto del contrato restante, el apoyo a la gestión institucional en los procesos de actualización del grupo SISBEN de la secretaría de planeación del municipio de Ibagué.

Estos contratos se suscribieron así: el 1) el 30 de marzo de 2012 para un período de siete meses, adicionado en 30 días calendario, el 2) fue suscrito el 6 de febrero de 2013 por seis meses, el 3) se celebró el 19 de septiembre de 2013 para un plazo de tres meses, el 4) se suscribió el 23 de enero de 2014 para un periodo de cuatro meses, el 5) fue suscrito el 18 de julio de 2014 para un plazo de cinco meses y el

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Henry Díaz Osorio
Demandado : Municipio de Ibagué
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00146-00
Sentencia

6) fue celebrado el 5 de marzo de 2015 para un periodo de seis meses; es decir por más de 30 meses, con interrupciones entre uno y otro que oscilan entre uno y dos meses, como se describe a continuación:

- Contrato 1) finalizado el 30 de noviembre de 2012 y contrato 2) Iniciado el 6 de febrero de 2013, **interrupción de dos meses 7 días.**
- Contrato 2) finalizado el 6 de agosto de 2013 y contrato 3) iniciado el 19 de septiembre de 2013, **interrupción de un mes y 14 días.**
- Contrato 3) finalizado el 19 de diciembre de 2013 y contrato 4) iniciado el 23 de enero de 2014, **interrupción de un mes y 5 días.**
- Contrato 4) finalizado el 23 de mayo de 2014 y contrato 5) iniciado el 18 de julio de 2014, **interrupción de un mes y 26 días.**
- Contrato 5) finalizado el 23 de diciembre de 2014 y contrato 6) iniciado el 5 de marzo de 2015, **interrupción de dos meses y 13 días.**

Así, como entre todos los contratos suscritos entre las partes, se aprecian interrupciones de más de un mes, se considera que cada uno debe tomarse como un período sin solución de continuidad distinto así:

- Del 30 de marzo al 30 de noviembre de 2012.
- Del 6 de febrero al 6 de agosto de 2013.
- Del 19 de septiembre al 19 de diciembre de 2013.
- Del 23 de enero al 23 de mayo de 2014.
- Del 18 de julio al 23 de diciembre de 2014 y
- Del 5 de marzo de 2015 al 5 de septiembre de 2015.

5.2. De la Prestación Personal del Servicio.

Verificadas las pruebas documentales 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, allí mismo se indicó que el objeto era la prestación de servicios de apoyo a la gestión de carácter logístico de un auxiliar para transportar a los comités de prevención y atención de desastres de la zona rural y urbana en el municipio de Ibagué, luego la prestación de servicios de apoyo a la gestión de carácter operativo para el fortalecimiento al GPAD (Grupo de atención y prevención de desastres) en el municipio de Ibagué y finalmente el apoyo a la gestión institucional en procesos de actualización del grupo SISBEN de la Secretaria de Planeación Municipal, que debía realizar de forma personal.

Aunado a lo anterior, todos los testimonios recibidos sin excepción, dan cuenta de que el señor Henry Díaz Osorio laboró en el municipio de Ibagué, prestando sus servicios de forma personal e ininterrumpida, como quiera que era el conductor de la oficina del GPAD, encargado de transportar a los ingenieros de la dependencia, debiendo estar presto para realizar sus funciones las 24 horas del día en casos de deslizamientos o incendios, o para traslado de personal en días de eventos entre otros.

De los anteriores elementos de juicio, reluce que la labor desempeñada por el "contratista" se cumplía 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 o eventualmente a distancia. Por ello, no cabe duda al Despacho acerca del cumplimiento de este ítem en cuanto al caso sub examine.

5.3. De la Remuneración.

Frente al particular basta con observarse el valor pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos sucesivamente con la demandante, para verificar que efectivamente aquella, 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 asignadas.

5.4. 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 los declarantes traídos al proceso, el señor Henry Díaz Osorio efectivamente se encontraba bajo subordinación de la Administración Municipal y específicamente del Director del GPAD, que no podía ausentarse de sus labores sin permiso de aquel, y que para el desarrollo del contrato debía cumplir con un horario que empezaba a las 7:00 am y finalizaba en horas de la noche, según lo ordenado desde el GPAD y por el Director de esta dependencia.

En ese sentido, se advierte que Henry Díaz Osorio no gozaba de independencia y autonomía en la prestación de sus servicios, sino que se encontraba bajo la dependencia y subordinación de la parte demandada, con respecto al cumplimiento de horario y al seguimiento de órdenes y actividades, tanto así que acataba órdenes de un jefe inmediato y cumplía con las que impartiera la entidad municipal, tal como se desprendió de las pruebas testimoniales, sin que le fuera posible delegar sus tareas en otro.

228

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Henry Díaz Osorio
Demandado : Municipio de Ibagué
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00146-00
Sentencia

Respecto de estas, debe señalarse que si bien uno de las declarantes respondió tener un proceso judicial por similares hechos a los aquí debatidos, esto no resta credibilidad, pues este solo ratifica la versión del demandante y de los otros testigos.

Al apreciar las tres declaraciones recibidas en la etapa de pruebas, se aprecian coincidentes aspectos fundamentales para la observancia del elemento de la subordinación, en principio atinan los declarantes frente al periodo laborado por el actora: desde marzo del año 2012 hasta septiembre del año 2015. Un segundo aspecto relevante está soportado en cuanto sostuvieron que las funciones realizadas por el demandante y que se describen con exactitud se dirigen a las labores de conductor de la oficina del "GPAD" debiendo transportar a los ingenieros y demás personal de acuerdo con la programación que hiciera la misma entidad, destacándose que él *cumplía un horario*. Sumado a lo expuesto, se refieren al tipo de órdenes recibidas y que eran directas y de parte del jefe del GPAD, las cuales solo era posible cumplir en horarios laborales y mediante los insumos aportados por la entidad.

Con lo dicho en líneas que anteceden, y habiéndose verificado la concurrencia de los elementos ya precitados, no cabe duda que lo que se enmascaró bajo un nexo de carácter contractual, llevó oculto un vínculo de naturaleza y características laborales, de acuerdo con los supuestos establecidos por la Corte Constitución y el Consejo de Estado, que desarrollan el principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades, por tanto es menester de este Despacho declarar la nulidad del acto acusado.

6. DE LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA DE CONTRATO REALIDAD

Teniendo en cuenta que la parte demandada propuso la excepción de prescripción de factores prestacionales frente a las pretensiones de la demanda y que como se señaló en la audiencia inicial, esta sería resuelta al desatar el fondo del asunto, debe emitirse pronunciamiento al respecto.

De acuerdo con lo señalado en múltiples fallos proferidos por el Consejo de Estado¹⁴, el contratista interesado en la obtención de la declaratoria del contrato realidad debe hacer uso de la reclamación administrativa correspondiente dentro del prudencial término otorgado, de manera general a los servidores públicos, cual es el de tres años, contados a partir del último contrato estatal suscrito, es decir, desde cuando se hizo exigible la obligación¹⁵.

El Consejo de Estado en sentencia de unificación del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) proferida dentro del expediente Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, con ponencia del Consejero

¹⁴ Dentro de los cuales se puede reseñar por ejemplo las sentencias de tutela del 6 de septiembre de 2013 de la Sección Segunda, Subsección A, radicación No. 11001-03-15-000-2013-01662-00, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón, y del 16 de diciembre de 2013 de la Sección Cuarta, radicado No. 11001-03-15-000-2013-01015-01, CP Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, entre otras.

¹⁵ El Decreto 3135 de 1968 en su artículo 41 estableció la regla general de los tres (3) años de prescripción frente a los derechos laborales, al ser reglamentada por el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 102, estableció que los derechos laborales prescriben en tres (3) años contados desde que la respectiva obligación se hizo exigible.

Carmelo Perdomo Cuéter, consideró que el reconocimiento de tales prestaciones se deberá a hacer a título de restablecimiento del derecho por ser una consecuencia lógica de la declaratoria de nulidad del actor acusado.

Ahora bien, con relación a la prescripción de los derechos derivados del contrato realidad, en la misma sentencia señaló:

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

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

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

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

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

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados."

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Henry Díaz Osorio
Demandado : Municipio de Ibagué
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00146-00
Sentencia

También indicó la sentencia de unificación que se cita, que "(...) 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", en el entendido que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio.

Dicho lo anterior y teniendo en cuenta que el señor Henry Díaz Osorio elevó reclamación administrativa el 1º de noviembre de 2016, debe precisar el Juzgado que están prescritas todas las reclamaciones en los periodos anteriores al 1º de noviembre de 2013, lo que ocurre en los periodos que van del 30 de marzo al 30 de noviembre de 2012 y del 6 de febrero al 6 de agosto de 2013, siendo a partir del contrato iniciado el 19 de septiembre de 2019 y terminado el 19 de diciembre de 2013, que resulta idóneo hacer la reclamación, pues en los dos contratos iniciales transcurrió un plazo superior a tres años a partir de su terminación sin que se hiciera la respectiva reclamación, en contra de la disposición del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, para solicitar por vía administrativa el reconocimiento de la relación laboral y por ende el pago de los salarios y prestaciones, interrumpiendo el fenómeno jurídico de la prescripción, no así, los aportes a pensión que por su naturaleza no son susceptibles de dicho fenómeno en caso de ser probados como ocurrió en este caso, los elementos de la relación laboral.

En consecuencia, se le ordenará a la entidad demandada que reconozca y pague a Henry Díaz Osorio, las prestaciones sociales a que tenía derecho por los tiempos laborado del 19 de septiembre al 19 de diciembre de 2013, del 23 de enero al 23 de mayo de 2014, del 18 de julio al 23 de diciembre de 2014 y del 5 de marzo de 2015 al 5 de septiembre de 2015; propiamente le deberá reconocer el pago del auxilio de cesantías, la prima de navidad y vacaciones y todas las demás que tenga derecho por las funciones que desempeñó, tomando como base los honorarios pactados en cada contrato.

7. Imprescriptibilidad de las cotizaciones a seguridad social en pensiones

Aparejada con la declaratoria de irregularidad de la situación contractual establecida entre el demandante y el demandado en virtud de lo establecido en el artículo 53 constitucional, es menester dar aplicación al principio consagrado igualmente en dicho precepto normativo denominado "*irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales*", en virtud del cual la relación laboral que se configura da lugar al nacimiento de todos los derechos que de suyo le son propios.

Sobre este aspecto la Sección Segunda del Consejo de Estado sostuvo esta posición al permitir el otorgamiento de los derechos implícitos a la relación laboral que se declara, en manifestaciones que son del siguiente tenor:

“Así las cosas, el Estado infractor no puede entonces beneficiarse de su conducta irregular y pretender trasladar la responsabilidad de su actuación a quien ha sido de esa manera contratado, pues el verdadero sentido del principio de la realidad sobre la formalidad lo que impone es que se le reconozca con certeza y efectivamente todo derecho que deviene del despliegue de su actividad laboral. (...)

*Por lo anterior, los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el **consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación...**”*

Por tanto, teniendo en cuenta que todas las personas con vínculo laboral (de derecho privado o servidores públicos) tienen la obligación de afiliarse al Sistema General de Seguridad Social Integral en sus componentes de salud y pensiones, el demandante, en igualdad de derechos con aquellos docentes que prestaron sus servicios en virtud de una relación legal y reglamentaria con el Estado, tiene derecho a que éste le reconozca las cotizaciones dejadas de realizar en la proporción respectiva conforme a lo prescrito en los artículos 20 y 204 de la Ley 100 de 1993.

Nótese en este punto que tal obligación de afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral trasciende incluso la esfera de derechos subjetivos de las partes involucradas y permea todo el núcleo social en la medida en que es deber de quienes se hayan obligados a ello, el de contribuir a la concreción del **principio de solidaridad en esta materia**, capitalizando el sistema con sus aportes¹⁶ y apalancando de esta manera la cobertura de las contingencias que pretende cubrir el referido sistema.

En la sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16 el Consejo de Estado señaló: “vii) *El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador*”.

Conforme lo anterior, se ordenará igualmente a la entidad accionada tomar como ingreso base de cotización pensional del demandante, los honorarios pactados, mes a mes, durante los tiempos laborados del 30 de marzo al 30 de noviembre de 2012, del 6 de febrero al 6 de agosto de 2013, del 19 de septiembre al 19 de diciembre de 2013, del 23 de enero al 23 de mayo de 2014, del 18 de julio al 23 de diciembre de

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C- 529 de 2010.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Henry Díaz Osorio
Demandado : Municipio de Ibagué
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00146-00
Sentencia

2014 y del 5 de marzo de 2015 al 5 de septiembre de 2015 y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador, de acuerdo con las cotizaciones que haya acreditado la actora ante la entidad durante sus vínculos contractuales.

Se declarará igualmente que el tiempo laborado por el demandante en el ente territorial del 30 de marzo al 30 de noviembre de 2012, del 6 de febrero al 6 de agosto de 2013, del 19 de septiembre al 19 de diciembre de 2013, del 23 de enero al 23 de mayo de 2014, del 18 de julio al 23 de diciembre de 2014 y del 5 de marzo de 2015 al 5 de septiembre de 2015, se debe computar para efectos pensionales.

Las sumas resultantes deberán ser actualizadas conforme lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y con la siguiente fórmula:

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

Donde el valor presente @ se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por la cifra que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente al momento de causación de cada uno de los haberes adeudados).

Los intereses serán reconocidos en la forma prevista en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A., y las sumas causadas deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del ibidem.

8. Conclusión

De acuerdo con lo expresado en líneas precedentes, el despacho declarará la existencia de una relación laboral entre el demandante y el Municipio de Ibagué, la cual se extendió por seis periodos comprendidos del 30 de marzo al 30 de noviembre de 2012, del 6 de febrero al 6 de agosto de 2013, del 19 de septiembre al 19 de diciembre de 2013, del 23 de enero al 23 de mayo de 2014, del 18 de julio al 23 de diciembre de 2014 y del 5 de marzo de 2015 al 5 de septiembre de 2015, por lo que es procedente declarar la nulidad del acto administrativo demandado de fecha 21 de noviembre de 2016, debiendo declararse prescripción frente a los derechos prestacionales anteriores al vínculo que inició el 19 de septiembre de 2013 y, con respecto al periodo no prescrito, se ordenará a título de restablecimiento del derecho el pago de prestaciones sociales devengadas por los empleados públicos mediante relación legal y reglamentaria a favor del demandante.

Frente al Sistema de Seguridad Social en pensión, se ordenará tomar como ingreso base de cotización pensional del demandante, los honorarios pactados, mes a mes, durante el periodo comprendido entre el 30 de marzo al 30 de noviembre de 2012, del 6 de febrero al 6 de agosto de 2013, del 19 de septiembre al 19 de diciembre de 2013, del 23 de enero al 23 de mayo de 2014, del 18 de julio al 23 de diciembre de 2014 y del 5 de marzo de 2015 al 5 de septiembre de 2015, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador, de acuerdo con las cotizaciones que haya acreditado el actor ante la entidad durante sus vínculos contractuales, y se declarará igualmente que el tiempo laborado por el demandante en el ente territorial se debe computar para efectos pensionales.

9. Costas

Respecto de la condena en costas, el Juzgado se abstendrá de imponerla, habida consideración que han prosperado pero de forma parcial las pretensiones de la demanda y se ha reconocido de forma parcial a favor de la entidad demandada la excepción de mérito de prescripción. Lo anterior de conformidad con el artículo 365 numeral 5º del C.G.P., por remisión expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la existencia de una relación laboral entre Henry Díaz Osorio y el Municipio de Ibagué, que se extendió por los siguientes periodos: Del 30 de marzo al 30 de noviembre de 2012, del 6 de febrero al 6 de agosto de 2013, del 19 de septiembre al 19 de diciembre de 2013, del 23 de enero al 23 de mayo de 2014, del 18 de julio al 23 de diciembre de 2014 y del 5 de marzo de 2015 al 5 de septiembre de 2015.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad del Oficio No. 0609 de 21 de noviembre de 2016, por medio del cual el Alcalde del Municipio de Ibagué resuelve una petición del demandante.

TERCERO.- DECLARAR no probadas las excepciones de "Falta de vicio en el acto administrativo demandado, "Ausencia de los elementos esenciales para la configuración de un contrato de trabajo o relación laboral", "Inexistencia de relación legal y reglamentaria entre el municipio de Ibagué y Henry Díaz Osorio".

CUARTO.- Como consecuencia de la anterior declaratoria de nulidad y a título de Restablecimiento del Derecho, **CONDENAR** al municipio de Ibagué a reconocer y pagar a Henry Díaz Osorio, el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados públicos mediante relación legal y reglamentaria a

231

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Henry Díaz Osorio
Demandado : Municipio de Ibagué
Expediente : 73001-33-33-003-2017-00146-00
Sentencia

dicha entidad, durante el periodo comprendido entre el 19 de septiembre al 19 de diciembre de 2013, del 23 de enero al 23 de mayo de 2014, del 18 de julio al 23 de diciembre de 2014 y del 5 de marzo de 2015 al 5 de septiembre de 2015, sumas que deberán ser liquidadas conforme a los honorarios pactados en cada contrato de prestación de servicios.

QUINTO.- A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** al municipio de Ibagué, que realice el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral de Pensiones, por los periodos laborados por el demandante y no cotizados del 30 de marzo al 30 de noviembre de 2012, del 6 de febrero al 6 de agosto de 2013, del 19 de septiembre al 19 de diciembre de 2013, del 23 de enero al 23 de mayo de 2014, del 18 de julio al 23 de diciembre de 2014 y del 5 de marzo de 2015 al 5 de septiembre de 2015, aportes que se liquidarán tomando como referente los honorarios pactados en cada relación contractual, y además teniendo en cuenta la proporción debida por el empleador, conforme se decantó en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO.- DECLARAR que en el presente asunto operó de manera parcial la prescripción frente a los derechos prestacionales que se reclamaban, de cara a los contratos ejecutados con anterioridad al que inició el 19 de septiembre de 2013, en atención a las consideraciones expuestas; excepción propuesta por el Municipio de Ibagué.

SÉPTIMO.- Las sumas resultantes deberán ser actualizadas conforme lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

OCTAVO.- DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

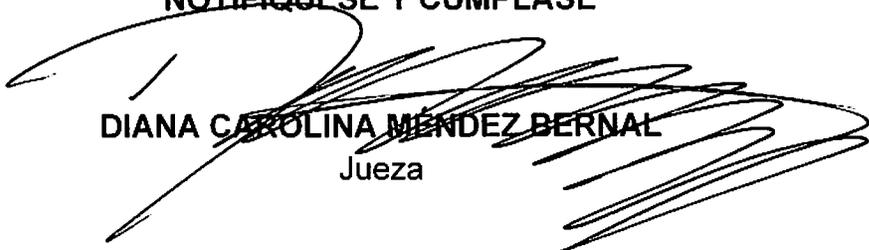
NOVENO.- Se dará cumplimiento a éste fallo en los términos de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

DÉCIMO.- No hay condena en costas.

UNDÉCIMO.- En aras del acatamiento de éste fallo, expídase al extremo demandante copia con constancia de ser la primera, la cual prestará mérito ejecutivo.

DÉCIMO SEGUNDO.- De no ser apelada esta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previo las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL
Jueza