



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, nueve (9) de octubre de dos mil veintidós (2022)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: DIEGO FERNANDO SUARIQUE BALLESTEROS
DEMANDADO: MUNICIPIO DE IBAGUÉ
RADICADO 73001-33-33-006-2020-00215-00
ASUNTO: CONTRATO REALIDAD – RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en el artículo 179 y 187, del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió **DIEGO FERNANDO SUARIQUE BALLESTEROS** en contra del **MUNICIPIO DE IBAGUÉ**.

1. PRETENSIONES

- 1.1. Declarar nulo el acto administrativo de la reclamación administrativa No. 1030-14512 del 3 de abril de 2020, mediante el cual se niega la demandada a dar aplicación al principio constitucional de la realidad sobre las formas y se abstiene de declarar la existencia de una relación legal y reglamentaria de carácter laboral desde el 28 de abril de 2017 hasta el 23 de octubre de 2019 y al pago de conceptos prestacionales e indemnizatorios solicitados.
- 1.2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los siguientes conceptos, durante la época comprendida entre el 28 de abril de 2017 hasta el 23 de octubre de 2019
 - 1.2.1. Pagar las cesantías durante todo el vínculo y de forma retroactiva
 - 1.2.2. Pagar los intereses a las cesantías durante todo el vínculo
 - 1.2.3. Pagar la prima legal anual y semestral de servicios durante todo el vínculo
 - 1.2.4. Pagar las vacaciones o indemnización de vacaciones que se causaron durante todo el vínculo laboral
 - 1.2.5. Pagar la bonificación por servicios durante todo el vínculo laboral
 - 1.2.6. Pagar la prima de Navidad durante todo el vínculo laboral
 - 1.2.7. Pagar la prima de Vacaciones a que tiene derecho
 - 1.2.8. Devolución de los aportes a seguridad social integral realizados
 - 1.2.9. Pago del incremento de la asignación básica
 - 1.2.10. Pagar en incremento la nivelación salarial con referencia al trabajador de planta que desarrolla iguales o similares funciones del reclamante
 - 1.2.11. Pago del auxilio de transporte durante todo el vínculo
 - 1.2.12. Pago de bonificación por servicios prestados
 - 1.2.13. Pago de bonificación especial de recreación
 - 1.2.14. Pago de dotaciones.

1.2.15. Pagar la indemnización moratoria por no consignación de cesantías en fondo de cesantías;

1.2.16. Indexación o corrección monetaria.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos:

2.1. El señor DIEGO FERNANDO SUARIQUE BALLESTEROS, se vinculó con el Municipio de Ibagué – Secretaría de Gobierno mediante la indebida aplicación de contratos de prestación de servicios.

2.2. El Municipio de Ibagué – Secretaría de Gobierno, suscribió con el señor SUARIQUE BALLESTEROS, las siguientes órdenes o contratos de prestación de servicios: No. 1104 del 28 de abril de 2017, 1126 del 25 de enero de 2018, No. 2281 del 02 de octubre de 2018, No. 1014 del 23 de febrero de 2019.

2.3. El cargo desempeñado por el demandante, fue el de operario y desarrolló las siguientes funciones: 1) Brindar acompañamiento a las inspecciones de policía y al personal uniformado de la METIB y/o Policía Nacional con el fin de salvaguardar el espacio público y bienes del mismo. 2) Apoyar en la defensa del espacio público en el Municipio de Ibagué de acuerdo al cronograma que será establecido por el supervisor del contrato. 3) Apoyar en los eventos de afluencia masiva las cuales serán coordinadas con el supervisor del contrato. 4) Brindar apoyo al profesional que requiera acompañamiento en temas de recuperación por obras o por invasión de espacio público. 5) Brindar apoyo logístico en los eventos que se requiera por parte de la Dirección de espacio público y control urbano. 6) Asistir a las reuniones y/o capacitaciones a las que sea citado y mantenerse informado sobre los temas relacionados con el propósito de garantizar el mejoramiento de la dirección de espacio público y control urbano. 7) Entregar informe con registro fotográfico y documental de las actividades realizadas. 8) Presentar un informe mensual al supervisor del contrato sobre el cumplimiento de las obligaciones pactadas para la realización del respectivo pago. 9) Guardar la debida reserva de los asuntos de los cuales conozca con ocasión al desarrollo contractual. 10) Las demás que le sean requeridas por el supervisor en relación al objeto contractual.

2.4. Las labores desempeñadas por el señor DIEGO FERNANDO SUARIQUE BALLESTEROS, adicional a las mencionadas anteriormente, eran de carácter especial y fueron las siguientes: a) Atender todos los requerimientos que el municipio realice respecto del servicio contratado; b) Actuar con eficacia y responsabilidad en la ejecución de las actividades objeto del contrato y conexas al mismo; c) Responder por los elementos, bienes, información, etc. que se pongan a su disposición para la ejecución del presente contrato, propendiendo, en todo caso, por su conservación y uso adecuado; d) Rendir oportunamente los informes que sobre la ejecución y estado del contrato le solicite el municipio por conducto del supervisor y acatar las instrucciones e indicaciones que éste le imparta; e) Informar oportunamente al municipio sobre cualquier eventualidad que pueda sobrevenir y que afecte el desarrollo del contrato; f) No aceptar presiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley y comunicar oportunamente al municipio y a la autoridad competente, si ello ocurriere, so pena de que el municipio declare la caducidad del contrato.

2.5. Que la vinculación laboral se mantuvo vigente desde el 28 de abril de 2017 hasta el 23 de octubre de 2019, sin solución de continuidad, ya que se debía asistir sin que existiera contrato.

2.6. En cumplimiento de la relación laboral, el actor recibía órdenes del personal del Municipio de Ibagué - Secretaría de Gobierno.

2.7. A la terminación de la relación como remuneración mensual recibió la suma de un millón cien mil pesos (\$1.100.000).

2.8. Para cumplir las funciones encomendadas por el Municipio de Ibagué - Secretaría de Gobierno debía cumplir el horario de lunes a domingo de 05:00 a.m. hasta las 07:00 p.m., pero la hora de salida se extendía más allá de las 07:00 p.m. por el cumplimiento de las actividades desarrolladas.

2.9. Las labores desempeñadas por el actor fueron desarrolladas en las instalaciones de la Secretaría de Gobierno, con todas las herramientas, equipos, espacios, y medios de producción para el desarrollo de las funciones propias.

2.10. Estando en cumplimiento de la jornada laboral, no podía abandonar las actividades, salvo cuando se obtenía autorización del personal de planta del Municipio de Ibagué – Secretaría de Gobierno.

2.11. Dadas las circunstancias irregulares de la vinculación, se tiene que el señor DIEGO FERNANDO SUARIQUE BALLESTEROS, tiene la categoría de empleado público y como tal tiene derecho a devengar el sueldo que la ley señala, junto con todas las prestaciones legales.

2.12. El demandante estaba subordinado, sin que pudiese disponer libremente de su tiempo en la actividad contractual u otra alterna, vigilada en la forma, tiempo y modo de ejecutar y supeditada a las exigencias constantes y reiterativas del Municipio.

2.13. A la terminación de la relación legal y reglamentaria, no se han cancelado los conceptos referidos en la presente acción.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El municipio de Ibagué no contestó la demanda.¹

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante²

El apoderado judicial de la parte demandante en sus alegaciones finales sostiene que de acuerdo con el material probatorio recaudado se estableció que el señor Suarique Ballesteros cumplía un horario, recibía órdenes directas del secretario de gobierno y no era un contratista independiente, lo cual configura plenamente los 3

¹ Archivos [027ConstanciaVenceTrasladoContestacion20210722](#) del expediente electrónico

² Archivo [051AlegatosConclusionParteDemandante20211126](#) del expediente electrónico

elementos de una vinculación legal y reglamentaria. Igualmente, aduce que con fundamento en la normatividad que rige el contrato administrativo de prestación de servicios, en este caso concreto su utilización constituye un actuar abusivo que contraría lo que en realidad acaeció entre las partes. Por lo anterior, solicita que se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda declarando nulo el acto atacado y reconociendo los derechos laborales reclamados.

4.2. Parte demandada³

El municipio de Ibagué en la etapa de alegaciones se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda por considerar que carecen de fundamento de hecho y de derecho y por lo tanto solicita se nieguen las mismas, como quiera que no se demostró que el ente territorial hubiese tenido relación laboral alguna con el actor, toda vez que de acuerdo con los hechos obró ajustado al ordenamiento jurídico y con total legalidad de un contrato de prestación de servicios, sin que dentro de la prestación del mismo se constituyeran los elementos esenciales de una relación laboral.

Refiere que si se dieron los contratos de prestaciones de servicios ello ocurrió por cuanto el municipio no contaba con personal suficiente de planta que pudiera cumplir con el programa, siendo esta situación uno de los requisitos legales para la realización de estos contratos con personas naturales.

Indica que de las pruebas testimoniales no se logran desprender elementos probatorios necesarios y/o suficientes para la declaratoria de responsabilidad que se pretende, como quiera que los declarantes TOBAR MEDINA y VARGAS TELLEZ se limitaron a señalar funciones propias del contrato de prestación de servicios que en su momento tenían con la administración.

Atendiendo entonces lo anterior, concluye señalando que no se cumplieron los requisitos del contrato de trabajo, pues los mismos no fueron debidamente demostrados; adicionando que es claro e indiscutible el hecho de que el accionante fue coproductor del contrato de prestación de servicio del cual pretende ahora derivar prestaciones laborales.

Por todo lo anterior, reitera su solicitud de que se nieguen las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5. Problema Jurídico planteado

Procede el despacho a determinar si, ¿debe declararse la nulidad del acto administrativo demandado y como consecuencia la existencia de una verdadera relación laboral entre el señor DIEGO FERNANDO SUARIQUE BALLESTEROS y el municipio de Ibagué por los periodos laborados mediante contratos de prestación de servicios, y como consecuencia de ello, si es procedente condenar a la demandada al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, de los aportes a seguridad social integral y las indemnizaciones que se hubiesen causado durante

³ Archivo [050AlegatosConclusionMunicipioIbague20211126](#) del expediente electrónico

el tiempo contratado, o si, por contrario el acto administrado acusado, se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico?

6. Tesis que resuelven el problema jurídico planteado

6.1. Tesis de la parte accionante

Considera que el Municipio de Ibagué, utilizó el contrato de prestación de servicios para ocultar la naturaleza real de la labor desempeñada por el demandante, la cual exigía que sus servicios se prestaran bajo la continuada subordinación y dependencia, fungiendo como operario al servicio de la secretaría de gobierno del ente territorial, por tanto, tiene derecho al reconocimiento y pago de todos los emolumentos salariales dejados de percibir y la devolución de los factores salariales.

6.2 Tesis de la entidad accionada

Señala que deben negarse las pretensiones de la demanda como quiera que la entidad territorial actuó con total apego a la normativa que regula y permite la vinculación por medio de contratos de prestación de servicio, sin que el actor hubiese podido demostrar a lo largo de la actuación los elementos de una verdadera relación laboral.

6.3. Tesis del despacho

Deberá accederse parcialmente a las pretensiones de la demanda, como quiera que durante el periodo en que el demandante prestó sus servicios en el municipio de Ibagué, se demostró que lo hizo bajo una continuada dependencia y subordinación, pese a haber sido ocultada bajo la figura del contrato de prestación de servicios y, por tanto, se declarará la nulidad del acto administrativo enjuiciado y se ordenará el pago de las prestaciones sociales, las cesantías, los intereses a las cesantías y los aportes a seguridad social en pensiones que se le adeuden, en las mismas condiciones de un empleado de la planta de la entidad accionada, por todo el tiempo de vinculación por no haber operado el fenómeno de la prescripción.

7. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
<p>1.- Que el señor Diego Fernando Suarique Ballesteros prestó sus servicios al municipio de Ibagué, a través de contratos de prestación de servicios suscritos entre el 28 de abril de 2017 hasta el 23 de octubre de 2019. El objeto de dichos contratos consistió en:</p> <p><i>“PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE APOYO A LA GESTIÓN SALVAGUARDAR EL ESPACIO PÚBLICO EN EL MARCO DEL PROYECTO: “IMPLEMENTACIÓN DEL CONTROL URBANO Y ESPACIO PÚBLICO EFICIENTE EN EL MUNICIPIO DE IBAGUÉ”.</i></p>	<p>Documental: Certificación de los contratos celebrados por las partes del año 2017 al 2019. (Archivos 002 y 038 del expediente electrónico).</p>

<p>Los mencionados contratos fueron los siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Contrato No. 1104 del 28 de abril de 2017, por 6 meses y valor 6.600.000, adicionado por 1 mes y 29 días y valor de 2.163.333. (Fl. 23). • Contrato No. 1126 del 25 de enero de 2018, por 6 meses y valor 6.600.000. (Fl. 30). • Contrato No. 2281 del 2 de septiembre de 2018, por 90 días y valor 3.300.000. (Fl. 35). • Contrato No. 1014 del 23 de febrero de 2019, por 8 meses y valor 8.800.000. (Fl. 36). • 	
<p>2.- Que el día 13 de marzo de 2020, el señor Suarique Ballesteros presentó reclamación ante el municipio de Ibagué para el reconocimiento de salarios y prestaciones sociales derivadas del reconocimiento de la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes, la cual fue despachada negativamente según Oficio 1030-14512 del 3 de abril de 2020</p>	<p>Documental: Copia de reclamación administrativa y del Oficio del 3 de abril de 2020. (Folios 17 a 22 del archivo <u>002 del expediente electrónico</u>).</p>
<p>3.- Que el demandante se encuentra afiliado a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) desde julio de 2009 y en los años 2017 a 2019, realizó aportes al sistema de seguridad social en pensiones como independiente.</p>	<p>Documental: Historia laboral de Diego Fernando Surique Ballesteros (Archivo 040 del expediente electrónico).</p>
<p>4.- Que el accionante en desarrollo de la actividad contratada, cumplía horario, acataba órdenes estrictas, debía acudir a las instalaciones de la dirección de espacio público, adelantar demoliciones, desalojos, operativos de recuperación del espacio público, todo ello bajo las órdenes del coordinador de espacio público de la alcaldía y por ordenes directas del Secretario de Gobierno del Municipio de Ibagué.</p>	<p>Declaración de parte: Interrogatorio de parte del señor DIEGO FERNANDO SUARIQUE BALLESTEROS.</p> <p>Testimoniales: Declaraciones de los señores Jorge Antonio Tobar Medina y Patrocinio Vargas Vélez. (Minutos 12:18 al 23:05, 25:49 al 50:15, 52:08 al 1:06:54 del archivo <u>046VideoAudienciaPruebas20210923</u> del expediente electrónico).</p>

8. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En primer lugar, ha de señalarse que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se haya celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral.

Así las cosas, 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, haciéndose valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla¹.

Pues en efecto, el artículo 25 de la Constitución Política señala que el trabajo es un derecho fundamental que goza de especial protección del Estado, de ahí que debe proteger a todas las personas de vinculaciones diferentes a un contrato laboral, en donde efectivamente se cumplan funciones y se desarrollen actividades en las mismas condiciones que otros empleados vinculados a las mismas entidades, a fin de garantizar todas las prestaciones de seguridad social a que tengan derecho.

De modo que, la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, al definir el contrato estatal, señaló que el mismo corresponde a un acto jurídico generador de obligaciones celebrado por entidades públicas en ejercicio de la autonomía de la voluntad, y que, entre otros, puede celebrarse con el objeto de obtenerse la prestación de servicios personales particulares, en tal sentido consagró la norma:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...)

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. (...).” (Negrilla fuera de texto).

Al respecto, es su estudio de exequibilidad de la norma, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, señaló en cuanto al contrato de prestación de servicios, que estos solo pueden ser celebrados por el Estado, en aquellos eventos en que las funciones no sean desarrolladas por personal vinculado a la entidad o cuando se requiere conocimientos especializados.

En tal orden, definió el Tribunal Constitucional como características del mismo, **i)** que el **objeto contractual** hace relación a la ejecución temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad, en cabeza de una persona con experiencia y formación profesional en una materia determinada, **ii)** asimismo, que goza el contratista de **autonomía e independencia** desde el punto de vista técnico y científico, disponiendo de un amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del objeto contractual dentro del plazo y bajo las condiciones acordadas, **iii)** y que, su vigencia es **temporal**, pues se da solo por el plazo indispensable para ejecutar el objeto contractual.

En efecto manifestó el máximo órgano constitucional que, si bien por regla general la función pública es prestada por el personal perteneciente a la entidad oficial, solo en los eventos en que las actividades de la administración no puedan ser realizadas por los empleados adscritos a la planta o se requieren de conocimientos especializados, podrán ser ejercidas bajo el contrato de prestación de servicios. De manera que su duración se encuentra limitada al tiempo requerido para el cumplimiento del objeto contractual, pues en la medida en que dichas actividades se tornen permanentes e indefinidas, se desvirtúa su carácter excepcional, y lo que

antes era una labor temporal se hace necesaria, obligando a la adopción de medidas que los incluyan en la respectiva planta, en cumplimiento del mandato constitucional².

Por lo que el carácter excepcional de la función solicitada por la administración, es lo que justifica la celebración del contrato de prestación de servicios por la entidad estatal, en tanto que la autorización dada por la Ley 80 de 1993, corresponde precisamente a la necesidad de suplir la ausencia de personal que se ocupe de tareas no contempladas dentro de la planta o frente a las que se requiere conocimientos especialísimos.

Conforme a ello, la prestación de servicios de personal ajeno a la entidad, solamente opera a fin de no interrumpir la función pública cuando no se cuenta con empleados que posean el conocimiento profesional, técnico o científico solicitado para una labor específica, que no siendo de aquellas que contemple el manual de funciones, es necesaria para cumplir con sus actividades, sin dejar de ser temporal.

9. CONTRATO REALIDAD: PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS.

Ahora bien, ha reconocido la jurisprudencia que en efecto el contrato de prestación de servicios se distingue del contrato laboral, porque quien es contratado dispone de un amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del objeto contractual, y su vigencia se limita al tiempo indispensable para su cumplimiento; pues, por el contrario, es propio de la relación laboral el desarrollo de una actividad personal subordinada y dependiente.

Al respecto, la Corte Constitucional³ expuso:

*“Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, 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.**”*

Así, indicó el órgano de cierre constitucional que dicha autorización dada por la ley 80 de 1993, para contratar bajo la modalidad de prestación de servicios, personas naturales con conocimientos específicos necesarios para cumplir con una actividad temporal dentro de la administración, es válida, siempre y cuando la administración no la utilice para ocultar la existencia de una verdadera relación laboral personal subordinada y dependiente⁴.

En relación a ello, el Consejo de Estado⁵ precisó que demostrada la existencia de los tres elementos propios de la relación laboral, como son la prestación personal del servicio, la presencia de una remuneración a cambio, pero, sobre todo, la subordinación y dependencia del trabajador al empleador; dicha presunción legal de que goza el contrato de prestación de servicios dada por la ley 80 de 1993, se desdibuja, al haber nacido en realidad un contrato laboral.

Entonces, aun cuando la Ley 80 de 1993, estableció de forma enfática la negativa de una relación laboral entre el contratista y la entidad en virtud del contrato de prestación de servicios, dicha presunción admite prueba en contrario, pudiendo el afectado demandar el reconocimiento de la existencia del vínculo laboral, y por ende el pago de las prestaciones sociales a que haya lugar.

Así, acreditada la existencia de una actividad subordinada, a partir de la imposición de horarios a quien presta el servicio, y la fijación de órdenes o directrices con respecto a la ejecución de la labor contratada, se tipifica el contrato de trabajo, aun cuando en su formalidad sea distinto a la realidad jurídica, es decir que se le haya dado denominación distinta; pues no estando facultada la entidad para exigir dependencia, no puede requerir algo distinto al cumplimiento de la actividad contratada en los términos pactados.

En efecto, en sentencia del 29 de enero de 2015, con ponencia de la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, la Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado, en proceso con radicación 25000-23-25-000-2008-00782-02 (4149-13) indicó:

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

De modo que bastará con probarse los tres elementos de una relación de trabajo, en especial la subordinación en actividades propias de un funcionario público, para declarar la existencia del contrato realidad, y en consecuencia el reconocimiento de las prestaciones sociales causadas durante el periodo servido, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.⁶

10. DE LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA EL DESEMPEÑO DE FUNCIONES PÚBLICAS.

Ahora bien, de acuerdo con el Decreto 2400 de 1968, por medio del cual se estableció el régimen de administración de personal de la Rama Ejecutiva, en la parte final del artículo 2º se indicó: *“para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, **y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.**”* (Negrilla fuera de texto)

En el mismo sentido, el artículo 7º del Decreto 1950 de 1973, dispuso: *“Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, **en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente**, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional. (...)*” (Negrilla y subrayas fuera de texto)

Posteriormente, el Decreto 3074 de 2007, por medio del cual se modifica el decreto 2400 de 1968, consagró:

“Artículo 1o. Modifícase y adiciónase el Decreto número 2400 de 1968, en los siguientes términos:

El artículo 2º quedará así:

(...)

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.

(...)”.

Así, no puede excusarse la administración en razones sustentadas en la necesidad del servicio, para evadir la vinculación legal de personal para el desempeño permanente de funciones públicas, desconociendo las formas sustanciales del derecho público, las modalidades previstas en la Constitución y la Ley para el ingreso al servicio público y las garantías laborales de quienes resultan vinculados a partir de un contrato de prestación de servicios.

11. DE LOS ELEMENTOS DE LA RELACIÓN LABORAL.

Son elementos de la relación de trabajo, la subordinación, la prestación personal del servicio y la remuneración por el trabajo realizado; no obstante, lo anterior, el reconocimiento de una relación laboral en estas condiciones no implica conferir la condición de empleado público, según lo expresado por el Consejo de Estado en sentencia de 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda.

Respecto de los elementos constitutivos de la relación laboral el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción ha señalado que deberán demostrarse los elementos esenciales de aquella, indicando⁴:

“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 laborales⁵”.

⁴ C.E. Sección Segunda, 25 de agosto de dos mil dieciséis (2016), C.P CARMELO PERDOMO CUÉTER. radicación número: 230012333000201300260 01 (0088-15) CE-SUJ2-005-16.

⁵ 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).

En igual sentido, la sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de Jurisprudencia del 09 de septiembre de 2021⁶, señaló las manifestaciones que le permiten al juez contencioso administrativo tener los parámetros para identificar la existencia de una relación laboral encubierta, a decir:

“...2.3.3.1 Los estudios previos:

98. La Administración Pública debe dar aplicación a un plan en cada uno de sus procesos de selección, en especial, en los que lleva a cabo de forma directa. Así lo consideró el legislador al redactar el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, donde, en este último, bajo la figura denominada «maduración de proyectos»,⁷ dispuso la exigencia de elaborar estudios, diseños y proyectos, y los pliegos de condiciones, según corresponda, con anterioridad a la apertura de un proceso de selección o a la firma de un contrato si la modalidad de contratación es la directa.⁸ En la práctica, al conjunto de estas exigencias se le ha designado «estudios previos».

...

101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente.”

2.3.3.2. Subordinación continuada

102. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación dependencia del trabajador constituye el elemento determinante que distingue la laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.⁹

103. La reiterada jurisprudencia de esta corporación –que aquí se consolida- ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

*104. i) **El lugar de trabajo.** Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades ... el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.*

⁶ C.E. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Rad. SUJ – 025 -CE -S2-2021 del 09 de septiembre de 2021

⁷ Artículo 87 de la Ley 1474 de 2011.

⁸ Luis Alonso Rico Puerta: «Teoría general y práctica de la contratación estatal». 11 ed. Bogotá: Leyer, 2019. p. 338.

⁹ C.E., Sección Segunda, Subsección A; sentencia de 24 de abril de 2019; radicado 08001-23-33-000-2013-00074-01(2200-16); C.P. William Hernández Gómez.

105. ii) **El horario de labores.** Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

106. iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar. Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*,¹⁰ la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

107.iv) Que **las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.** El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

2.3.3.3 Prestación personal del servicio: Como persona natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este,¹¹ pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no puede delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.¹²

2.3.3.4 Remuneración: Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado.”

¹⁰ A este respecto: Guerrero Figueroa Guillermo: Manual del derecho del trabajo. Bogotá, Leyer, 1996, págs. 54 y 55.

¹¹ Código Sustantivo del Trabajo, literal b) del artículo 23: [Es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo] «La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo».

¹² Al respecto, véase, entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

Asimismo, y en cuanto al reconocimiento de lo adeudado en casos de contrato realidad, nuestro máximo órgano de cierre en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, señaló:

“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”⁹

11.1. Subordinación.

De las pruebas allegadas al plenario, se observan los siguientes contratos de prestación de servicios celebrados entre el Municipio de Ibagué y el señor DIEGO FERNANDO SUARIQUE BALLESTEROS:

1. **Contrato No. 1104 del 28 de abril de 2017.** Plazo: 6 meses, adicionado 1 mes y 29 días.¹³
2. **Contrato No. 1126 del 25 de enero de 2018.** Plazo: 6 meses.¹⁴ (Interrupción mayor de 30 días con el siguiente contrato)
3. **Contrato No. 2281 del 2 de septiembre de 2018.** Plazo: 90 días.¹⁵ (Interrupción mayor de 30 días con el siguiente contrato)
4. **Contrato No. 1014 del 23 de febrero de 2019.** Plazo: 8 meses.¹⁶

La anterior documental da cuenta de la vinculación del demandante con el municipio de Ibagué, cuyo objeto consistía en prestar sus servicios de apoyo operativo con el fin de salvaguardar el espacio público en esta ciudad, en el marco del proyecto “Implementación del control urbano y espacio público eficiente en el municipio de Ibagué”.

De acuerdo con los mentados contratos de prestación de servicios personales y de apoyo a la gestión, el demandante debía presentar informes semanales y mensuales al supervisor del contrato, por lo que el cumplimiento contractual se encontraba supeditado al visto bueno de aquel, lo cual implícitamente conlleva el elemento subordinación, pues, es claro que, en desarrollo de esta labor se le indicaba el tiempo y lugar en que debía ejecutar sus labores, en el entendido que no era solamente en la sede de la dirección de espacio público y control urbano de la alcaldía de Ibagué, sino que habitualmente tenía que desplazarse a otros lugares para desarrollar sus actividades, conforme las órdenes del Coordinador o del

¹³ Folios 23 al 28 Archivo 002 del expediente electrónico

¹⁴ Folio 30 Archivo 002 del Expediente electrónico

¹⁵ Folio 35 Archivo 002 del Expediente electrónico

¹⁶ Folio 36 Archivo 002 del expediente electrónico

director de Espacio Público y Control Urbano; tal es el caso que el señor Suarique Ballesteros frecuentemente debía realizar actividades de recuperación del espacio público, participar en desalojos, en demoliciones, visitas a bares y casa de lenocinio.

En efecto, a partir de la prueba testimonial, se tiene que las labores desarrolladas por el demandante no eran autónomas e independientes, sino que requería de las instrucciones del coordinador, -quien a su vez las recibía del director de Espacio Público y Control Urbano de Ibagué y se las transmitía al actor- para ejecutar las tareas que semanalmente eran programadas por la administración central y que debían ser ejecutadas, entre otros, por el hoy accionante.

Así, el demandante, sostuvo con respecto de las funciones que desempeñaba y de quien provenían las instrucciones para el desarrollo de las mismas que cada lunes se reunían en la sede de espacio público en donde se les daban el cronograma semanal de las actividades que debían ejecutar, esto todo ordenando por el Coordinador de Espacio Público, Carlo Varón, quien les daba además el horario en que debían ejecutar las labores, ya fuera de 7:00 a.m a 1:00 p.m o de 1:00pm a 7:00 p.m; además de estar disponibles cualquier día de la semana para realizar los desalojos o las demoliciones que fueran ordenadas desde la secretaria de gobierno, y que en su mayoría, refiere el demandante, eran a partir de las 5:00 a.m, función para la cual eran recogidos por el camión de la entidad demandada y trasladados a los lugares en donde se realizaba dicha labor.

Además, refiere el actor que las labores diarias consistían en la recuperación del espacio público, movimiento de carretilleros, por la carrera 3ra de la ciudad, la Plaza de Bolívar, el Parque Murillo Toro y la calle 15 con 3ra.

Por su parte, el señor Jorge Antonio Tobar Medina, al rendir su declaración dentro del presente asunto manifestó que era compañero del señor Suarique en la oficina de espacio público y que por ende conoce las funciones que tenía pues eran las mismas que las suyas y las cuales consistían en procurar el mantenimiento del espacio público en la zona céntrica de la ciudad, además de ejecutar los desalojos y demoliciones, todo conforme lo definía en el cronograma semanal, el Coordinador de la oficina a la que pertenecían, reitera que era el señor Carlos Varón, y era la persona quien revisaba que en efectos cumplieran sus turnos en los lugares y las horas definidas al inicio de la semana, y que podían ser ejecutados de lunes a domingo, por lo que debían estar disponibles para ello.

En el mismo sentido, el señor Patrocinio Vargas Vélez, quien también hacía parte del grupo de contratistas que ejecutaban las labores de recuperación de espacio público, y quien era compañero del acá demandante, refirió que el señor Carlos Varón era quien les daba las ordenes como Coordinador de la oficina, y quien realizaba el cronograma semanal a ejecutar por parte de las cuadrillas o grupos que el definiera y en el horario que se escogiera para ejecutar las labores de recuperación de espacio, en la carrera 3ra, en la Plaza de Bolívar, en el Parque Murillo Toro en el Galarza y en las plazas de mercado de las ciudad en donde en ocasiones ejercían la labor para la que fueron contratados, y en los desalojos o demoliciones que fueran programadas, reiterando que todo era supervisado y revisado por el mencionado señor Varón, quien pasaba a revisar que en efecto cumplieran el horario que les había sido asignado.

Bajo el anterior contexto, se tiene acreditado que el demandante pese a su calidad de contratista de prestación de servicios no contaba con independencia y autonomía, sino que su labor estaba supeditada a las instrucciones que le impartiera el coordinador de la Dirección de Espacio Público, respecto del lugar y el horario en que debía prestar el servicio. A lo anterior, se suma que la actividad de operario de espacio público resultaba tan demandante que envolvía el cumplimiento estricto del horario y la permanencia en los lugares que designaba el coordinador.

Lo anterior, se reitera, se corrobora con las afirmaciones que fueron hechas por el accionante al absolver el interrogatorio de parte, cuando indicó que tenían 3 horarios entre ellos de 7:00 a.m a 1:00 p.m y de 5:00 am en adelante, y en esas horas su labor era ejercer funciones de mantenimiento del espacio público en la Plaza de Bolívar, en la carrera 3ra y en la 15 con 3ra, además hacían operativos de desalojos y demoliciones, todo acompañado de los miembros de la Policía Nacional.

De igual modo, este sometimiento irrestricto al horario también fue corroborado por los testigos Jorge Antonio Tobar Medina y Patrocinio Vargas Vélez en sus respectivas declaraciones.

Por lo anterior, se hace evidente que las labores desarrolladas por el accionante no fueron transitorias, como lo sugieren los contratos de prestación de servicios celebrados, pues dicho acto jurídico lo que busca es atender una actividad temporal para la cual es necesario de personal de apoyo, sin que ello se vuelva indeterminado en el tiempo; situación que por el contrario no se vislumbra en el presente caso, toda vez, que está acreditado que el vínculo con la entidad se extendió desde el 28 de abril de 2017 hasta el 23 de octubre de 2019, período que fue distribuido en medio de distintos contratos celebrados de forma prácticamente sucesiva aunque con las excepciones puntuales que se acotarán.

Así, de acuerdo con el objeto contractual y, las obligaciones a su cargo, se colige que, la labor que desarrolló el demandante era subordinada, toda vez, que su discrecionalidad para ejecutar la actividad no existía, en el entendido que debía acudir y permanecer en la dirección de espacio público de la alcaldía municipal o donde dispusiera el contratante, y prestar sus labores a diario, de manera continua; labor, la de operario de espacio público, que presupone cumplimiento de horario y, acatar órdenes de un superior, ya sea del coordinador o del director de espacio público y control urbano.

A lo anterior se agrega, que la labor desarrollada por el demandante era de aquellas que le sirven de apoyo a la entidad, en tanto facilitan la preservación del espacio público de la ciudad, atribución de competencia de la secretaría de gobierno del municipio, y que por sí misma se infiere que no gozaba de autonomía, sino que recibía órdenes relacionadas con las actividades a ejecutar. En tales condiciones se tiene por acreditado el primer elemento de un contrato realidad.

11.2. Remuneración

Conforme las documentales aportadas se tiene que al accionante se le pagaron las siguientes sumas de dinero durante el tiempo que estuvo vinculado en la entidad accionada así:

Contrato No.	Fecha inicio	de	Plazo	Forma de pago
1104 del 28 de abril de 2017	2 de mayo de 2017		6 meses	Monto total del contrato \$6.6000.000 m/cte.
Adicionado			1 mes y 29 días	\$2.163.333
1126 del 25 de enero de 2018	25 de enero de 2018		6 meses	Monto total del contrato \$6.600.000 m/cte.
2281 del 2 de septiembre de 2018	1 de octubre de 2018		90 días	Monto total del contrato \$3.300.000 m/cte.
1014 del 23 de febrero de 2019	28 de febrero de 2019		8 meses	Monto total del contrato \$8.800.000 m/cte.

De modo entonces que este elemento de la relación laboral también fue acreditado.

11.3. Prestación personal del servicio

Finalmente, de lo antes discurrido surge con claridad que de acuerdo con los contratos de prestación de servicio antes relacionados, en concordancia con las documentales relacionadas, y las declaraciones recaudadas, sin lugar a dudas el demandante prestó de forma personal sus servicios a la entidad demandada, pues tal y como lo señalan los testigos ya referidos, el demandante asistía de lunes a domingo a la dirección de espacio público de la alcaldía municipal, lugar del cual era direccionado a distintas localidades con el fin de desarrollar sus actividades de recuperación del espacio público, participar en actividades de demolición y desalojos, e incluso en algunas oportunidades, por solicitud del contratante debió ir en días inhábiles y festivos.

También debe tenerse en cuenta que la ARL del señor Suarique Ballesteros era pagada directamente por la entidad demandada, y por lo tanto se infiere que la prestación del servicio era personal e intransferible; además, como se probó con las declaraciones recaudadas los actores, los empleados que ejecutaban las labores de recuperación de espacio público estaban debidamente identificados con chalecos y carnés que señalaban que los mismos eran parte de esa Dirección de Espacio Público, demostrándose entonces este último elemento de la relación laboral.

En orden a lo anterior, se declarará que tuvo lugar una verdadera relación laboral entre el municipio de Ibagué – Tolima en calidad de empleador, y el señor DIEGO FERNANDO SUARIQUE BALLESTEROS como empleado, pese a haber sido ocultada bajo la figura de contrato de prestación de servicios, configurándose un verdadero contrato realidad traído en virtud de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 constitucionales, relación laboral que considera el despacho se encuentra demostrada desde el 2 de mayo de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2017, del 25 de enero al 25 de julio de 2018, del 1 de octubre al 31 de diciembre de

2018 y del 28 de febrero al 27 de octubre de 2019, en virtud de los acuerdos contractuales suscritos.

Lo anterior, se reitera, como quiera que los contratos se celebraron en contra de lo dispuesto en la ley, pues se firmaron para llevar a cabo funciones permanentes, habida cuenta que, las actividades de recuperación del espacio público en una entidad, no son algo esporádico o eventual, por el contrario, dicha función se genera a diario y de manera sucesiva, puesto que la entidad debe velar por el respeto y mantenimiento del espacio a su cargo, lo que permite concluir que su contratación no encuadraba para hacerla a través de contratos de prestación de servicio, generándose de manera clara la calidad de empleador del ente territorial.

12. PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES SOLICITADAS

En primer lugar, se dirá que desvirtuada la presunción de legalidad que revestía la situación contractual bajo la que prestaba sus servicios el accionante, ante la primacía de la realidad sobre las formas, habrá lugar a ordenar el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas por el ente territorial demandado, en virtud de los principios constitucionales reconocidos en el artículo 53 superior, que consagra la “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”.

Conforme a ello, debe señalarse que las prestaciones sociales, han sido clasificadas, dependiendo al cargo de quien está la obligación de efectuar el aporte, así, unas serán a cargo del empleador, y tal es el caso de las primas, cesantías, riesgos profesionales, etc.; y otras compartidas con el trabajador como ocurre con pensión y salud.

De manera que, en relación con aquellas prestaciones comunes u ordinarias, esto es aquellas que corresponden en exclusiva al empleador, ha advertido la jurisprudencia del órgano de cierre que no existe dificultad para su condena, pues deberá acudirse a las normas especiales que rigen dicha situación.

En tal sentido, se ordenará el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales adeudadas, además de las cesantías y los intereses a las mismas, que devengue un empleado público del nivel al que correspondería al del accionante en su calidad de operario de la alcaldía municipal, teniendo en cuenta para su liquidación los honorarios contractuales.

Finalmente, en lo que respecta al pago de dotaciones se ordenará su compensación en dinero, habida cuenta que se encuentra acreditado que el demandante durante los años que prestó el servicio, devengó menos de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

13. PRESCRIPCIÓN

Como quedó visto, en este caso las pretensiones del demandante se encaminan a la declaratoria de nulidad del acto administrativo por medio del cual se le negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, por haber sido vinculado

mediante contratos de prestación de servicios, lo cual ocultó una verdadera relación laboral.

Conforme a las previsiones del artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 1968, los derechos laborales prescriben en un término de tres (3) años, contados a partir del momento en que los mismos se hicieron exigibles.

En el caso del contrato realidad y según la sentencia de unificación SUJ 2-005-2016 del Consejo de Estado¹⁷, el término para reclamar los derechos surgidos de la relación laboral en cuanto a prestaciones sociales por contrato realidad, se empieza a contar a partir de la fecha de terminación de cada uno de los contratos ejecutados.

En igual sentido, la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021, estableció el término de solución de continuidad en aquellos contratos de prestación de servicios que presenten interrupciones entre uno y otro; precisó su alcance, aclarando que cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación de servicios, mientras que la no (sin) solución de continuidad equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpida causándose.

En ese sentido, consideró adecuado establecer “*un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios*”, señalando que debía atenderse la siguiente regla:

“152. Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.

153. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse”.

¹⁷ “Si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador. Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales”.

Así las cosas, como quiera que se verifica que el señor DIEGO FERNANDO SUARIQUE BALLESTEROS prestó sus servicios al Municipio de Ibagué, y elevó petición de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales el 13 de marzo de 2020, teniendo en cuenta que se trata de vinculaciones interrumpidas al servicio público, el término para contabilizar la prescripción debe contar a partir de la finalización de cada uno de los periodos laborados así.

FECHA DEL CONTRATO y su FINALIZACIÓN	SOLICITUD DE RECLAMACIÓN	ACAECIMIENTO DEL FENÓMENO PRESCRIPTIVO
1104 del 2 de mayo al 31 de diciembre de 2017	23/03/2020	No
1126 del 25 de enero al 25 de julio de 2018	23/03/2020	No
2281 del 1 de octubre al 31 de diciembre de 2018	23/03/2020	No
1014 del 28 de febrero al 27 de octubre de 2019	23/03/2020	No

Quiere decir lo anterior que, no opero el fenómeno prescriptivo como quiera que la solicitud de reconocimiento de lo adeudado fue presentada dentro de los 3 años que señala la ley, por lo tanto deberá accederse a lo pedido desde el 28 de abril de 2017 y en adelante.

14. DEVOLUCIÓN DE LOS APORTES A SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIÓN

Ahora bien, de acuerdo con la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, durante la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones al régimen de seguridad social, tanto por el empleador como por el empleado, en tratándose de salud y pensión, y a cargo del primero cuando se está frente a riegos laborales.

De acuerdo, con la historia laboral allegada por Colpensiones,¹⁸ el señor DIEGO FERNANDO SUARIQUE BALLESTEROS durante el período que prestó sus servicios a la entidad territorial, efectuó las siguientes cotizaciones:

Periodo Inicial	Periodo final	Ingreso base de cotización
02/05/2017	31/12/2017	\$781.000 (239 días)
25/01/2018	31/01/2018	\$781.000 (5 días)
01/02/2018	28/02/2018	\$1.100.000 (30 días)
01/03/2018	25/07/2018	\$781.242 (145 días)
01/10/2018	31/12/2018	\$781.000 (90 días)
28/02/2019	27/10/2019	\$828.116 (240 días)

En virtud de lo anterior y con respecto a esta pretensión de devolución de dineros, solo es procedente respecto de la cuota parte legal que la entidad demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones durante la ejecución de los contratos de prestación de servicios.

¹⁸ Archivo 040 del expediente electrónico

Así entonces, deberá la entidad accionada conforme a las disposiciones contempladas en el régimen general de seguridad social –ley 100 de 1993, pagar al demandante, la cuota parte que le correspondía cancelar en calidad de empleador, al encontrarse acreditado que los montos **cotizados a pensión** fueron realizados exclusivamente por él, durante el periodo de 2017 al 2019.

Para la liquidación de las sumas adeudadas debe tenerse en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = \frac{\text{Rh índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice inicial (vigente para la época en que se causaron las sumas adeudadas).

Frente a la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud que sufragó bajo el régimen contractual, de acuerdo con las reglas de unificación establecidas en la sentencia SUJ-025-CE-S2-2021 no es procedente su devolución.

15. DE LA SANCIÓN MORATORIA

En lo que tiene que ver con la pretensión de reconocer la **sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías**, la misma se negará, toda vez que esta sentencia es constitutiva de derecho y es a partir de ella que nacen las prestaciones en cabeza del beneficiario, por lo cual no hay viabilidad para reconocer esta sanción por incumplimiento, de conformidad con lo señalado reiteradamente por el Consejo de Estado.

Con respecto al asunto que nos ocupa en este acápite nuestro máximo órgano de cierre, en sentencia del 13 de agosto de 2018, radicación 81001233300020130011801 (0973-2016) ha señalado:

“En ese orden, para el caso bajo estudio no resulta procedente su reconocimiento y pago a partir de la ejecutoria del fallo que declara la existencia de la relación laboral como lo pretende la parte actora, por cuanto, la relación entre las partes se rituó bajo los designios de la Ley 80 de 1993 y solo a partir de la presente sentencia se genera la obligación a cargo de la entidad accionada de proceder en los términos de ley al reconocimiento de las cesantías, en consecuencia, al no acreditarse el presupuesto necesario para que se genere la sanción como es la mora, resulta improcedente su reconocimiento.

En ese sentido, solo a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, se determina la existencia de una verdadera relación laboral y en consecuencia, se hacen exigibles los derechos laborales y prestacionales para la demandante. En efecto, el derecho al reconocimiento de las cesantías solo es exigible después de la ejecutoria de la sentencia que así lo ordena y a la entidad solo le surge la obligación de pagarlos desde ese momento, luego la morosidad en el cumplimiento del pago de dicha prestación no puede contarse sino a partir de dicha fecha en que la administración tiene claridad acerca de la obligación que se reconoce judicialmente.

(..)”

No es posible ordenar el pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a favor del demandante porque la demandada no ha incurrido en mora, pues, es a partir de la ejecutoria de la sentencia que declara la existencia de un contrato realidad que surge para la entidad la obligación de pagar las prestaciones sociales.

16. RECAPITULACIÓN

Así las cosas, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, como quiera que los elementos de prueba obrantes en el plenario, dan cuenta que en el presente asunto se configuró una verdadera relación laboral entre el demandante y el municipio de Ibagué a pesar de haber sido ocultada bajo la figura del contrato de prestación de servicios, configurándose el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 constitucionales.

Por lo tanto, se declarará la nulidad del acto administrativo enjuiciado y como consecuencia se ordenará al municipio de Ibagué que le reconozca y pague al señor DIEGO FERNANDO SUARIQUE BALLESTEROS, los siguientes conceptos: *i)* cesantías e intereses a las cesantías; *ii)* la compensación de las vacaciones en los porcentajes que correspondan de acuerdo con los tiempos laborados por cada contrato; *iii)* la porción correspondiente a las primas que legalmente perciben los empleados públicos del municipio de Ibagué en el tiempo efectivamente laborado *iv)* la bonificación por servicios prestados y; *iv)* la compensación en dinero de las dotaciones de vestido y calzado de labor, y que hubiesen sido devengadas por personal de planta del municipio, durante el periodo en que el demandante laboró bajo las órdenes y prestando el servicio a dicha entidad, teniendo en cuenta el monto mensual pagado según lo pactado en los contratos de prestación de servicios, durante los siguientes períodos:

- Del 2 de mayo al 31 de diciembre de 2017
- Del 25 de enero al 25 de julio de 2018.
- Del 1 de octubre al 31 de diciembre de 2018.
- Del 28 de febrero al 27 de octubre de 2019.

Así mismo, se ordenará al ente demandado, reintegrar, en la proporción que le corresponde como empleador, las sumas canceladas por el accionante al Sistema de Seguridad Social por concepto de los aportes a pensión efectuados durante el período en que prestó sus servicios, y por las sumas por él cotizadas, como quiera que de las pruebas allegadas, se concluye que los mismos fueron asumidos por el demandante.

17. CONDENA EN COSTAS.

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la misma, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C.G.P. dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones fueron despachadas **favorablemente**, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la accionada, **en la suma equivalente al 4% de lo pedido**.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad del oficio No. 1030-14512 del 3 de abril de 2020, expedido por la Jefe de la Oficina Jurídica del municipio de Ibagué, a través del cual se negó la existencia de la relación laboral con el demandante y el consecuente pago de las prestaciones sociales reclamadas.

SEGUNDO: CONDÉNESE al municipio de Ibagué a reconocer y pagar al señor DIEGO FERNANDO SUARIQUE BALLESTEROS, identificado con cédula de ciudadanía No. 93.337.885, el valor proporcional de las prestaciones sociales adeudadas, esto es, cesantías e intereses a las cesantías; compensación de las vacaciones en los porcentajes que correspondan de acuerdo con los tiempos laborados por cada contrato; porción correspondiente a las primas que legalmente perciben los empleados públicos del municipio de Ibagué en el tiempo efectivamente laborado; bonificación por servicios prestados; y; compensación en dinero de las dotaciones de vestido y calzado. Lo anterior por los periodos del 2 de mayo al 31 de diciembre de 2017, del 25 de enero al 25 de julio de 2018, del 1 de octubre al 31 de diciembre de 2018, del 28 de febrero al 27 de octubre de 2019, **teniendo en cuenta para ello los honorarios contractuales fijados y devengados mensualmente por el demandante en los términos expuestos en la parte considerativa de la demanda**.

TERCERO: Condenar al ente territorial accionado para que proceda a realizar la devolución de las sumas de dinero aportadas por el accionante, y que le correspondían como empleador por concepto de pensión en los términos dispuestos en la ley 100 de 1993, durante el período en que prestó sus servicios (del 2 de mayo al 31 de diciembre de 2017, del 25 de enero al 25 de julio de 2018, del 1 de octubre al 31 de diciembre de 2018, del 28 de febrero al 27 de octubre de 2019) y por lo efectivamente cotizado.

CUARTO: Las sumas que arrojen los numerales **anteriores** deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

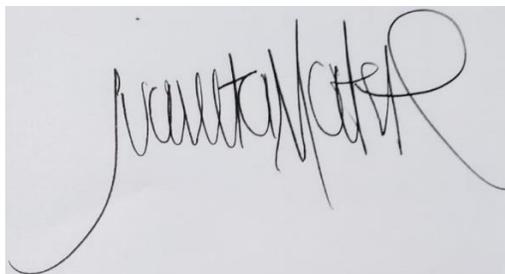
SEXTO: Las entidades demandadas darán cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: CONDÉNESE en costas a la parte accionada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, para lo cual se fija la suma equivalente al 4% de lo pedido, como agencias en derecho.

OCTAVO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme lo disponen los artículos 203 y 205 del C.P.A.C.A. modificado por la Ley 2080 de 2021.

NOVENO: En firme este fallo, archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático correspondiente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Juanita del Pilar Matiz Cifuentes', is centered on a light gray rectangular background.

**JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES
JUEZ**