



Juzgado Décimo Administrativo Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, primero (1) de junio del dos mil veinte (2020)

Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	FERNANDO ORJUELA BONILLA
Demandado:	MUNICIPIO DE EL ESPINAL TOLIMA
Radicado	73001-33-40-010-2016-00311-00
Tema:	Contrato realidad - reconocimiento de prestaciones sociales
Sentencia:	00036

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en los artículos 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 el señor **FERNANDO ORJUELA BONILLA** en contra del **MUNICIPIO DE EL ESPINAL TOLIMA**.

2. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad del oficio **D/A 083 del 28 de abril de 2014**, por medio del cual el Municipio de El Espinal, negó el reconocimiento y pago de las prestaciones laborales al señor **Fernando Orjuela Bonilla** en razón a que el Municipio mantuvo una relación contractual con la **Cooperativa de trabajo asociado TOLIACTIVOS** y no existe deuda ni acreencia laboral alguna

1.2 Que se declare que entre el señor **Fernando Orjuela Bonilla** y el **Municipio del Espinal Tolima**, existió un contrato realidad entre el 7 de abril de 2009 y el 2 de noviembre de 2011, disfrazado mediante la suscripción de órdenes y contratos de prestación de servicios con terceros intermediarios

1.3 Que se declare que la relación laboral terminó por decisión del municipio

1.4 Que se declare que el Municipio de El Espinal adeuda al accionante, salarios, trabajo suplementario, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, horas extras, recargos por trabajo nocturno y en dominicales y festivos, compensatorios y el porcentaje correspondiente a los aportes patronales para el sistema general de seguridad social

1.5 Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la accionada a pagar al accionante los conceptos laborales mencionados anteriormente debidamente indexados

1.6 Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 187, 192 y 195 del CPACA

1.7 Se condene en costas a la accionada.

2. HECHOS

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

2.1 Que el señor **Fernando Orjuela Bonilla** laboró para el **Municipio del Espinal Tolima**, desempeñando la labor de orientador en el coliseo y polideportivo Justo Guzmán Olaya del corregimiento de Chicoral perteneciente al Municipio de Espinal tal como lo reconoce la demandada en las múltiples constancias expedidas a través de las secretarías de Gobierno y General

2.2 Que las labores desempeñadas por el accionante en el periodo comprendido del **7 de abril de 2009 al 30 de junio de 2009**, fueron las de abrir y cerrar las puertas del Coliseo deportivo Justo Guzmán Olaya, estar pendiente que no se dañara ningún bien del mismo, rociar las plantas (matas), estar pendiente que no se deteriorara la infraestructura de su puesto de trabajo, entregar limpio el sitio de trabajo, es decir barrer, pintar, lavar los baños, arreglo de tubería y guardar una cantidad de elementos

2.3 Que fue vinculado mediante diferentes modalidades de órdenes y contratos de prestación de servicios, para ejecutar las labores mencionadas de manera continua e ininterrumpida todos los días de la semana, incluyendo los domingos y festivos,

2.4 Que el accionante laboró en horarios fijados por el señor Álvaro Cortes Gallego Coordinador orientador y la señora Martha Lucia Triana Feria Secretaria de Gobierno del municipio respectivamente, de las 6:00 am hasta las 6:00 p.m. y luego del cambio de turno de las 6:00 p.m. a las 6:00 a.m., conforme al libro de entrada y salida del puesto de trabajo, que cada empleado debía firmar al momento de recibir y salir del puesto de trabajo y debían, estipular la fecha y las horas indicando quien recibía y quien entregaba

2.5 El señor Orjuela Bonilla recibió como retribución una remuneración mensual, toda vez que el monto fijado como honorarios dentro de los contratos de prestación de servicios. determinaba que el mismo fuera cancelado en cuotas iguales por el término de tiempo causado.

2.6 Que en la actuación de las partes y conforme a la forma de como el accionante prestó la labor, queda acreditado que entre ello jamás existió un contrato de prestación de servicios, regulado por la ley 80 de 1993, como lo pretendía hacer creer el Municipio de El Espinal, pues no se podría decir que el señor Orjuela Bonilla hubiera sido contratista del municipio, en razón a que para ello se requería hubiera tenido (sic) autonomía en la prestación del servicio, situación que no aconteció

2.7 Que el municipio envió circular el 1 de julio de 2009, a todos los aparentes contratistas, para efectos que se asociaran a la cooperativa viéndose el accionante en la obligación de asociarse a la Cooperativa de trabajo asociado Toliactivos a partir del **6 de julio de 2009 celebros contrato de trabajo asociado hasta el 2 de noviembre de 2011** para seguir prestando el servicio de la misma forma, realizando las mismas funciones y en el mismo lugar, pero mediante vinculación de trabajo cooperado

656

2.8 Resalta que el Alcalde del municipio de El Espinal, lo vinculaba por un determinado tiempo con el municipio de El Espinal y luego lo hacía vincular a la Cooperativa de trabajo asociado Toliactivos por una temporada, para continuar desarrollando las mismas funciones en el corregimiento de Chicoral.

2.9 Que la Cooperativa de trabajo asociado Toliactivos no le impartió órdenes al señor Orjuela Bonilla para la prestación del servicio pues el actuar de la misma consistió en ser intermediaria en el pago de los salarios, tal como se acredita con los desprendibles de pago

2.10 Que el accionante y la entidad territorial celebraron contrato de prestación de servicios por el término de 1 mes y 20 días desde el 10 de enero del 2011 hasta el 28 de febrero del 2011 por un valor total de \$1.421.333 pesos

2.11 Que el accionante y Toliactivos celebraron contrato de trabajo ordinario a partir del 16 de marzo del 2011, recibiendo compensación mensual de \$591.527 pesos

2.12 Que el señor Orjuela Bonilla fue despedido del cargo el día 2 de noviembre de 2011, por parte de la cooperativa Toliactivos, sin justa causa

2.13 Que según la declaración de los testigos al momento de la terminación del contrato el accionante percibía la suma de \$742.000 pesos mensuales

2.14 Que a la terminación del contrato la entidad demandada adeuda al accionante los incrementos salariales, las horas extras, los dominicales y festivos, auxilio de transporte legal y extralegal, las cesantías, los intereses a la cesantías, las primas de servicios, las vacaciones, las primas de vacaciones, la indemnización que consagra la ley por no haber liquidado y consignado las cesantías al fondo de pensiones, los aportes parafiscales, los aportes a seguridad social y la indexación o corrección monetaria de las sumas antes mencionadas

2.15 Que el día 27 de febrero de 2014 el señor Orjuela Bonilla solicitó a la entidad accionada el reconocimiento y pago de las acreencias laborales, las prestaciones sociales y el valor correspondiente a los aportes a seguridad social en salud y pensiones por el tiempo comprendido del 7 de abril del 2009 al 2 de noviembre de 2011.

2.16 Que la petición fue negada mediante oficio DIA 083 del 28 de abril del 2014 proferido por el alcalde municipal de El Espinal.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término legal y por intermedio de apoderado judicial la entidad territorial accionada solicitó al despacho mantener incólume el acto administrativo demandado porque los contratos de prestación de servicios suscritos con el accionante se encuentran liquidados y no existe deuda alguna entre las partes y lo pretendido carece de fundamento fáctico y jurídico y el actuar de la entidad siempre fue en derecho.

Agrega que no fue el Municipio de El Espinal quien dio por terminada el contrato con el accionante.

Que se suscribieron con el accionante los contratos de prestación de servicios **No 201** del 14 de marzo del 2009 al 23 de abril del 2009 y **049** del 11 de enero del 2011 al 28 de febrero del 2011.

En cuanto a la decisión del Tribunal Administrativo del Tolima respecto del pago de aportes a seguridad social por ser carácter irrenunciable e imprescriptible, expone que, no se puede predicar que por los 2 contratos celebrados entre el municipio de El Espinal y el accionante, mediante la modalidad de prestación de servicios, la entidad territorial este obligada a cancelar este tipo de erogación debido a la naturaleza jurídica de los contratos, siendo la llamada a responder por el pago de los aportes la Cooperativa de trabajo asociado Toliactivos.

Agrega que los contratos suscritos con el accionante fueron por escasos dos meses y medio de los cuales existen las actas de liquidación y el pago de los honorarios a los cuales estaba obligado y existen los correspondientes paz y salvos, el resto del tiempo de servicio fue contratado con la cooperativa Toliactivos, con la cual tuvo un vínculo laboral y fue esta la que dio por terminado el contrato.

Propuso las excepciones de: *1. Falta de integración del Litis consorte necesario. 2. Falta de legitimación en la causa por pasiva. 3. Genérica*

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte demandante en su memorial de alegaciones finales relaciona lo pretendido ratificando que el vínculo del accionante con el municipio comenzó el 7 de abril del 2009 hasta el 2011, como lo muestra la minuta anexa y las declaraciones de los testigos, en donde existió un verdadero contrato de trabajo y no un contrato de prestación de servicios.

Señaló que la respuesta No D/A083 del municipio a las peticiones fue dada el 28 de abril del 2014 y el accionante fue notificado el 28 de abril del 2014, que la demanda fue radicada en la jurisdicción laboral el 11 de diciembre del 2015 es decir dentro de los 3 años establecidos en la ley para interrumpir el termino de prescripción establecido en el código sustantivo del trabajo.

Que se ha demostrado que la cooperativa fue una verdadera ficción demostrada por el accionante en el interrogatorio de parte y por los testigos los cuales fueron enfáticos al exponer que el municipio a través del alcalde los obligó a afiliarse a dicha cooperativa, pues de lo contrario no continuaría con su contrato, además no existió ni un cambio mínimo en las funciones a desarrollar, el salario y el horario a cumplir, solicitando al despacho se despachen favorablemente las pretensiones.

4.2. Parte demandada.

El apoderado judicial del ente territorial en el escrito de alegatos de conclusión expone que fueron 2 los contratos firmados con el municipio y el resto del tiempo laboró con la

657

cooperativa Toliactivos, la cual debió ser vinculada al proceso por ser un sujeto necesario dentro del proceso.

Expresa la apoderada que el despacho judicial debería acoger la excepción de falta de legitimación, que no fue desvirtuada por la parte demandante pues no está demostrado en el plenario una relación laboral preexistente.

Señala que el accionante recuerda las fechas de inicio y terminación de los contratos más no sus números sin detallar el nombre de la persona que lo obligó a trasladarse a la cooperativa Toliactivos.

Que los testigos declararon que igualmente fueron contratados por la cooperativa Toliactivos encargada de realizar los pagos respectivos y que fue esta última quien dio por terminado el contrato del accionante.

Que entre el accionante y la cooperativa Toliactivos existió una relación directa y que el accionante manifestó que la mencionada cooperativa les hacía el desembolso en lo concerniente a las prestaciones sociales y de la carga salarial, así como las instrucciones básicas de la relación laboral que efectivamente cumplían en la sede de la Alcaldía municipal.

Que el horario de trabajo de 6 a 6 como lo manifestó el accionante para ejecutar la actividad para la que había sido contratado, también puede ser estipulado en un contrato de prestación de servicios con el objeto de custodia y vigilancia de inmuebles de propiedad del municipio, por lo tanto, no es esta la única prueba para demostrar la existencia de una relación laboral

Culmina señalando que para determinar la existencia de un contrato realidad, se hace necesario demostrar todos los elementos constitutivos del contrato de trabajo, indicando que la jurisprudencia que señala que, para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público, solicitando al despacho se sirva exonerar de responsabilidad administrativa al municipio de El Espinal.

4.3. Ministerio Público.

El agente del Ministerio público rindió concepto señalando que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir la condición de empleado público, pues según el Consejo de Estado dicha calidad no se confiere por el solo hecho de trabajar para el Estado.

Ya que la relación de trabajo se encuentra constituida por 3 elementos: i) subordinación, ii) prestación personal del servicio y iii) remuneración por el trabajo cumplido y para ostentar la calidad de empleado público se requiere) que el empleo se encuentre contemplado en la planta de personal de la entidad, ii) que tenga funciones asignadas, iii) emolumentos previstos en el presupuesto correspondiente iv) cumplir con los presupuestos legales de nombramiento y posesión.

Que el fundamento según el cual el contratista que desvirtúa la situación no se convierte en empleado no restringe la posibilidad de que al probar la subordinación se le acceda a la reparación del daño, que no podrá ser el reintegro ni pago de emolumentos dejados de percibir pues el cargo no existe en la planta, pero si el pago de las prestaciones sociales que no fueron sufragadas, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Los medios probatorios dan cuenta que el accionante desempeño sus funciones en un horario determinado y en la sede de la entidad, funciones claramente operativas, de forma continua y que no requerían de un conocimiento especializado propio de los contratos de prestación de servicios, razones que llevan al agente del ministerio público a vislumbrar la existencia de una relación laboral

Por lo expuesto anteriormente el agente del Ministerio público consideró que le asiste razón al accionante para que se le liquiden, reconozcan y paguen las prestaciones sociales dejadas de percibir durante el tiempo que laboro para el Municipio de El Espinal y los aportes a seguridad social que se hubiesen causado durante el tiempo contratado aplicando la prescripción si hubiera lugar.

5. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5.2. TESIS DE LAS PARTES

5.2.1 Tesis de la parte accionante

Se debe acceder a las pretensiones de la demanda porque desde el 7 de abril del 2009 hasta el 2 de noviembre de 2011, fecha en que fue despedido sin justa causa, durante dicho lapso el accionante prestó el servicio de manera directa, personal, continua e ininterrumpida a su verdadero empleador el Municipio de El Espinal, de quien recibía órdenes y remuneración, es decir, se configuró los elementos del contrato de trabajo, aplicando la teoría del contrato realidad, desarrollado por la jurisprudencia en interpretación del artículo 53 de la Constitución Nacional, y por tanto, se le deben cancelar las acreencias laborales adeudadas.

5.2.2 Tesis parte accionada

Se deben negar las pretensiones de la demanda porque no se puede predicar que por los dos (2) contratos celebrados entre el municipio de El Espinal y el accionante, mediante la modalidad de prestación de servicios, la entidad territorial este obligado a cancelar este tipo de erogación debido a la naturaleza jurídica de los contratos, siendo la llamada a responder por el pago de los aportes la Cooperativa de trabajo asociado Toliactivos.

5.3. De las excepciones

Revisado el expediente se tiene que el 18 de abril del 2017, este despacho rechazó de plano la demanda frente a la pretensión relativa al pago de los conceptos laborales tales como salarios debidos, trabajo suplementario, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, horas extras y recargos por trabajo nocturno en días dominicales y festivos y compensatorios por haber operado el fenómeno de la caducidad de la acción. (fl 425- 428)

La sala de decisión del Tribunal Administrativo del Tolima mediante providencia calendada el 6 de octubre del 2017 con ponencia del magistrado Carlos Leonel Buitrago Chávez resolvió el recurso de apelación, revocó el auto apelado y ordenó al a quo realizar un nuevo estudio de la demanda en la cual se solicita declarar existencia de un contrato realidad y como consecuencia de esa declaración se pide una serie de condenas que constituyen el restablecimiento del derecho

Para la Sala razón no existió duda que debe tramitarse la demanda y juzgarse si existió el contrato realidad reclamado y si el acto administrativo demandado se ajusta o no al ordenamiento jurídico, la disposición de las pretensiones derivadas y como debe disponerse el restablecimiento del derecho, lo cual debe hacerse en la sentencia. (fl 438 – 439).

En obediencia a lo ordenado por el superior jerárquico la excepción de caducidad se estudiará una vez sean analizadas la totalidad de las pruebas.

En lo que tiene que ver con las excepciones de falta de integración del Litis consorte necesario, es preciso remitirnos a lo decidido por este despacho en desarrollo de la audiencia inicial del 26 de julio del 2018 en la cual se negó la vinculación al presente proceso de la cooperativa de trabajo asociado Toliactivos.

En la misma diligencia se declaró que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva se resolvería en la sentencia por tener el carácter de mixta una vez se analicen la totalidad de las pruebas.

6. Problema Jurídico

Procede el despacho a determinar si, ¿debe declararse la existencia de una relación laboral entre la señora Sandra Patricia Galicia Barreto y el Municipio de San Luis, por el periodo comprendido entre el 7 de junio del 2012 hasta el 31 de diciembre del 2015, y como consecuencia ordenar a la entidad accionada el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y los aportes a la seguridad social que se hayan causado durante dicho término o declarar que el acto administrativo demandado se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico?

6.1 Tesis del despacho

Deberá accederse parcialmente a las pretensiones de la demanda, como quiera que durante el periodo en que el accionante prestó sus servicios al ente territorial se demostró que lo hizo bajo una continua dependencia y subordinación, pese a haber sido ocultada bajo la figura del contrato de prestación de servicios y contratos asociativos, por lo que se declarará la existencia de un contrato realidad, como consecuencia de ello la nulidad del acto administrativo enjuiciado y se ordenará al Municipio de El Espinal el pago de las prestaciones sociales adeudadas que no se encuentren prescritas y de los aportes a seguridad social en la cantidad que le correspondería como empleador.

7. Marco legal y jurisprudencial

7.1 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.

(...)

30. 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, en 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

¹ Sentencia de 22 de noviembre de 2012. sección segunda. subsección b. expediente: 25000-23-25-000-2008-00822-02. referencia 2254-2011. actor: José Luis Buriticá Bohórquez. demandado: E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación.

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.

8. 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.”

² “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.”

³ Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997

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.

Acreditada la existencia de una actividad subordinada a partir de la imposición de horarios a quien presta el servicio, así como 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 doctora. 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 las 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

9. De la Celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas

⁴ *Ibidem*.

⁵ Sentencia del 23 de junio de 2005, C.P. Jesús María Lemos Bustamante. Expediente No. 0245

⁶ Sentencia del 17 de abril de 2008. Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección A. C.P Jaime Moreno García.

660

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 fuera de texto)

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

“Artículo 10. 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 que 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.

10. ANALISIS DEL CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta lo anterior, procede el despacho a analizar el caso del señor **Fernando Orjuela Bonilla**.

10.1 Hechos probados jurídicamente relevantes

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
<i>1. Que el señor Fernando Orjuela Bonilla y el Municipio de El Espinal suscribieron contrato de prestación de servicios No 201 por el término de 3 meses contados a partir del 24 de marzo del 2009 con el “objeto del contrato fue “apoyo en la parte administrativa de la biblioteca y corregiduría de Chicoral municipio de El Espinal”</i>	<i>Documental. Copia del contrato No 201 del 24 de marzo del 2009 (fl 500 - 509)</i>
<i>2. Que el contrato se prorrogó hasta el 30 de junio del 2009, se adicionó el valor del mismo y se firmó acta de liquidación por mutuo acuerdo el 30 de junio del 2009</i>	<i>Documental. Copia adición y prórroga contrato No 201 del 2009 (fl 528 - 530)</i>
<i>3. Que en el libro de minuta se evidencia turnos rotativos de labores de las 6 de la mañana a 6 de la tarde y de 6 de la tarde a 6 de la mañana en la biblioteca y corregiduría de Chicoral municipio de El Espinal”</i>	<i>Documental. Copias simples hojas de minuta. (fl 40- 209) y del (301 -400)</i>
<i>4. Que la secretaria de gobierno y general del municipio de El Espinal emitió circular citando a</i>	<i>Documental. Copia circular de fecha 1 de julio del 2009 (fl 38)</i>

los contratistas orientadores a reunión informativa nueva cooperativa encargada de la contratación	
5. Que Toliactivos enumero requisitos para ingresar a la cooperativa de trabajo asociado.	Documental. Copia requisitos para el ingreso a la cooperativa de trabajo asociado Toliactivos (fl 39)
6. Que el accionante se asoció a la Cooperativa de trabajo asociado Toliactivos el 6 de julio de 2009 celebrando contrato de trabajo asociado para seguir prestando los servicios en el coliseo de Chicoral y desarrollando las mismas funciones.	Declaración de parte: Audiencia de pruebas realizada el 25 de septiembre del 2018. medio magnético (fl 618)
7. Que el accionante y Municipio de El Espinal suscribieron contrato de prestación de servicios por el término de 1 mes y 20 días liquidándose mediante acta del 28 de febrero del 2011 con el objeto fue "apoyo a la gestión en lo concerniente a orientador de las edificaciones de propiedad del municipio incluyendo el palacio de la alcaldía municipal "por valor de \$1.421.333	Documental. Copia del contrato No 049 del 11 de enero del 2011 (fl 565 - 588)
8. Que el accionante y la Cooperativa de trabajo asociado Toliactivos celebraron contrato de trabajo asociado desde el 16 de marzo del 2011 hasta el 2 de noviembre de 2011 percibiendo compensacion mensual por valor de \$591.527 pesos	Documental. Copia del contrato de trabajo No CTN-FOR 01 16 de marzo del 2011 (fl 35)
9.. Que el coordinador y la secretaria de gobierno y general municipal dispusieron rotación del personal de orientadores en los diferentes lugares de trabajo	Documental. Copia comunicación de fecha 24 de febrero del 2011 (fl 32 -33)
10. .Que el accionante y Toliactivos suscribieron contrato de trabajo asociado en el cargo de auxiliar administración orientador biblioteca de Chicoral	Documental. Copia del contrato CTN-FOR-01 del 16 de marzo del 2011 (fl 35)
11. Que la secretaria de gobierno y general del municipio de El Espinal certificó que el accionante laboró como orientador encontrándose a paz y salvo	Documental. Constancia de fecha 4 de noviembre del 2011 (fl 36)
12. Que Toliactivos no le impartió órdenes al accionante para la prestación del servicio solo actuó como intermediaria en el pago de los salarios, y que el accionante percibía la suma de \$742.000 pesos mensuales.	Testimonial: Testimonio de Alirio Ramirez Guayara, Ademar Montiel Vera, José Darío Zapata Rivera, en la audiencia de pruebas realizada el 25 de septiembre del 2018, medio magnético (fl 618)
13. Que Toliactivos terminó el contrato laboral suscrito con el accionante el día 2 de noviembre de 2011.	Documental. Copia oficio TCC 034 del 1 de noviembre del 2011 proferido por Jefe talento humano Toliactivos (fl 34)
14. Que la entidad accionada no canceló al accionante los incrementos salariales, ni las prestaciones sociales aportes parafiscales ni los aportes a seguridad social	Testimonial: Testimonio de Alirio Ramirez Guayara, Ademar Montiel Vera, José Darío Zapata Rivera, en la audiencia de pruebas realizada el 25 de septiembre del 2018, medio magnético (fl 618)
15. Que el accionante solicito al demandado el pago de las acreencias laborales, prestaciones sociales y los aportes a seguridad social adeudados	Documental. Copia de la solicitud de fecha 27 de febrero de 2014 (fl 28 – 29)
16. Que el municipio accionado negó lo solicitado	Documental. Copia oficio D/A083 de fecha 28 de abril de 2014. (fl 30)
17. Que para el año 2011, el señor Fernando Orjuela Bonilla recibía la suma de \$591.527,00 mensuales	Documental: Copia del contrato de trabajo No CTN-FOR 01 16 de marzo del 2011 (fl 35)

661

10.2. 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 honorable Consejo de Estado ha señalado que deberán demostrarse los elementos esenciales de aquella, indicando:

"Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor 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 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,⁷ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral".⁸

Además, para que se pueda desvirtuar que se presentó un contrato de prestación de servicios debe demostrarse que el cargo desempeñado era de aquellos que se encontraban enlistados o creados en la planta de personal de la entidad accionada, para así poder afirmar y concluir que no se está dando aplicación real al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

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 disfracó 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

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación No. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

⁸ Sentencia Consejo de Estado - Sección Segunda, de 16 de febrero de 2012, Consejero ponente doctor GERARDO ARENAS MONSALVE, Referencia Exp. 1187-11

correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo”⁹

10.2.1. Subordinación.

De las pruebas allegadas al plenario, se observan dos (2) contratos de prestación de servicios firmados por el señor **Fernando Orjuela Bonilla** y el señor **Alcalde de Municipio de El Espinal** accionado, por medio de los cuales se contrataba los servicios de la demandante para “apoyo en la parte administrativa de la biblioteca y corregiduría de Chicoral del municipio de El Espinal” y “apoyo a la gestión en lo concerniente a orientador de las edificaciones de propiedad del municipio incluyendo el palacio de la alcaldía municipal”, y a través de la cooperativa de trabajo asociado Toliactivos se vinculó como auxiliar administración orientador.

Dentro del Estado Social de Derecho, el trabajo goza de plena protección en su triple dimensión como valor, deber y derecho, por lo que se debe declarar la existencia de la relación laboral si durante la ejecución contractual se configuran sus elementos esenciales, es decir, prestación personal, remuneración y subordinación. Lo anterior, significa que en el evento de demostrarse los elementos del contrato de trabajo, surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, aplicando el principio del artículo 53 constitucional, ya referido.

Ahora bien, acorde con la evolución jurisprudencial, se destaca la sentencia proferida el 29 de enero de 2015 por el **Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B"**, dentro del proceso con Rad. Interno No. 4149-13, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el que se precisó lo siguiente:

"El tema del contrato realidad ha generado importantes debates judiciales. Uno de ellos se dio con ocasión del examen de exequibilidad que realizó la Corte Constitucional al numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público. Después de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de establecer las diferencias con el contrato de trabajo, la Corte estableció que el ejercicio de tal potestad es ajustado a la Carta Política, siempre y cuando la administración no la utilice para ocultar la existencia de una verdadera relación laboral personal subordinada y dependiente.

Esta Corporación en fallos como el del 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente No. 0245, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

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. (...)" (Negrita fuera del texto original).

La misma Subsección "A", con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, dentro del proceso con Rad. Interno No. 3160-13, en sentencia del 19 de enero de 2015, dijo:

(...)

⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de agosto de 2016. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUIJ2-005-16. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

Por su parte, esta Corporación en varias decisiones ha reiterado la necesidad de que cuando se trata de una relación laboral, se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

Tal posición se opone a la expuesta en anterior jurisprudencia de esta Sección, en la que se sostuvo, que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada para el desarrollo eficiente de la labor encomendada, que incluía el cumplimiento de un horario y el hecho de recibir instrucciones de los superiores o reportar informes sobre resultados, sin que ello significara necesariamente la configuración del elemento subordinación.

En la actualidad se tiene, que para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos; especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público.

A contrario, se constituye una relación contractual, que se rige por la Ley 80 de 1993 cuando: se pacta la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública; el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; se le pagan honorarios por los servicios prestados; y, la labor convenida no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados.

Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar, que se debe restringir a aquellos casos en los que la entidad pública requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional; porque, si contrata por prestación de servicios, personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente se asignan a los demás servidores públicos, se desdibuja dicha relación contractual.

Entonces, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra, que esa relación laboral que se ocultó bajo el manto solapado de un contrato estatal; ello, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados respectivamente en los artículos 13 y 53 de la Carta Fundamental. Con lo que se superó esa prolongada tesis que prohibía la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.

(...)

Teniendo en cuenta el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a los contratos realidad, se concluye en cuanto a su configuración, que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega, no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito." (Destaca el Tribunal).

Es necesario traer a colación a los criterios que estableció la jurisprudencia según los cuales se determina la imposibilidad de efectuar contratos de prestación de servicios para desarrollar una función permanente en la prestación del servicio al Estado¹⁰.

"La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios, a saber:

¹⁰ C-614 de 2009 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

i) **Criterio funcional:** Si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral. En este sentido, la sentencia del 21 de agosto de 2003^[32], de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expresó:

"...no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento, por mandato constitucional, y que el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes"

ii) **Criterio de igualdad:** Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudir a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia citada del 6 de septiembre de 2008^[33]).

iii) **Criterio temporal o de la habitualidad:** Si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia ya citada del 3 de julio de 2003^[34]). Dicho en otros términos, si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y de esa manera, se encuentra que no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008^[35]).

iv) **Criterio de la excepcionalidad:** si la tarea acordada corresponde a "actividades nuevas" y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudir a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002^[36] a que se ha hecho referencia). Por el contrario, si la gestión contratada equivale al "giro normal de los negocios" de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideró ajustado al ordenamiento jurídico lo expresado por el ad quem en el asunto sometido a su consideración así:

"... existiendo objetivamente la relación de trabajo, esta se presume amparada por el contrato de trabajo, máxime cuando se trata de empresas comerciales o industriales con ánimo de lucro en las mismas condiciones de los particulares, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 4º del D.2127 de 1.945, como quiera que en la actualidad el Sistema de Seguridad Social Integral no está exclusivamente a cargo del estado ni del Instituto de Seguros Sociales, sino que también está siendo prestado por particulares o mejor por empresas privadas. En consecuencia la entidad pública que ejecuta actividades de gestión, cuando contrata personas para cumplir con actividades propias del giro u objeto social comercial, debe estar a lo dispuesto en las normas pertinentes sobre la vinculación de los trabajadores, mediante contratos de trabajo, como quiera que la excepción para ejecutar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, puede la administración pública vincular personas con conocimientos especializados, cuando la planta es insuficiente mediante la aplicación de las normas previstas en la ley 80 de 1.993, esto es con contratos de prestación de servicios, pues de acuerdo con el artículo 6º del Decreto 3130 las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, están sometidas a las reglas del derecho privado, lo que significa que no puede aplicarse en forma general como hizo el Ad-quem, la excepción establecida por el legislador para casos muy especiales y concretos ..."^[37] (subrayas fuera del texto original)

v) **Criterio de la continuidad:** si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral. La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 21 de agosto de 2003^[38], indicó:

"no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a este"

En este orden de ideas, por ejemplo, el Consejo de Estado consideró que para desempeñar funciones de carácter permanente y habituales (no para responder a situaciones excepcionales) no pueden

contratarse mediante prestación de servicios a docentes^[39], a personas para desempeñar el cargo de Jefe de Presupuesto de una entidad pública^[40], a mensajeros^[41] y a un técnico y operador de sistemas^[42]. Y, en el mismo sentido, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia manifestó que no era posible contratar por prestación de servicios la Jefatura del Departamento de Riesgos Profesionales de una empresa^[43]"

Por lo que, se hace evidente que las labores desarrolladas por la accionante no fueron transitorias, como lo sugiere el contrato de prestación de servicios, porque a voces de la jurisprudencia lo que se busca con dicho acto jurídico es atender una actividad temporal para la cual es necesario de personal con conocimientos específicos, sin que ello se vuelva indeterminado en el tiempo, situación que no se vislumbra en el caso del actor, pues por el contrario su vínculo con la entidad se extendió desde el año 2009 hasta el 2011, distribuida dicha relación en diferentes contratos, todos celebrados de manera sucesiva (unos directamente y otros a través de una cooperativa de trabajo asociado).

Además, el señor **Alirio Ramírez Guayara** en su declaración bajo la gravedad del juramento en la audiencia de pruebas realizada el 25 de septiembre del 2018¹¹ sobre la labor realizada por el hoy demandante:

Juez sobre su conocimiento del señor Fernando Orjuela Bonilla, respondió:

(...) es un vecino, vive a 2 cuadras de mi casa y tengo una relación de amistad con los padres de Él, don Rafael, con Fernando, con la esposa, con el hijo somos muy afines en materia de familia y de vecindad. (...) lo conozco desde los años 62 para acá. (...) he trabajado ejerciendo mis labores de policía halla, pero no con el municipio (...) en el momento actual es panadero de profesión. (...) en el 2009 Fernando era orientador del polideportivo de Chicoral (...) entiendo que orientador es la persona que abre el servicio para que la gente entre, si hay algún espectáculo tiene que estar pendiente, o sea el encargado y lo iba a visitar.

(...) lo veía barriendo, lavando la cancha, lavando los baños, cerrando, abriendo el sitio para que la gente entrara. (...) el 7 de abril del 2009 tomo posesión ahí en el sitio y el 2 de noviembre del 2011 me comento que se acabó el trabajo y no tengo que volver a ir. (...) el 7 de abril son 2 días antes del 9 de abril que mataron a Gaitán y la del 2 noviembre la recuerdo porque el 5 de noviembre es la fiesta de la policía nacional y fui a buscarlo porque me habían invitado a la fiesta que se hacía antes, ahora se celebra el día del retirado y como fiesta de policía ya no me tienen en cuenta. (...) de 6 de la mañana a 6 de la tarde y de 6 de la tarde a 6 de la mañana (...) me dijo alguna vez que le pregunte que \$742.000 pesos

(...) un señor venia de Espinal y les pasaba revista venia a ver si estaban cumpliendo con la función. (...) entiendo que el municipio pagaba el sueldo pues trabajaba con el municipio. (...) No me consta ni nunca lo acompañe a cobrar.

(...) había otro señor y en ocasiones nombraban un supernumerario. para darles a Ellos un día de compensatorio, eran eventuales. (...) fijas había Fernando y el que le recibía (...) mi casa queda a 4 cuadras larguitas del polideportivo. (...) no tengo visibilidad el polideportivo queda detrás de la policía (...) me comento que le iban a dar algo temporal y que iba a aceptar porque si no aceptaban las condiciones lo retiraban (...) iba semanalmente a unas reuniones a un comité de fiscalización para corregir lo que estaban haciendo

A las preguntas del apoderado de la parte demandante, sobre a qué entidad pertenecía la persona que supervisaba al señor Fernando Orjuela, respondió

(...) el que les pasaba a ellos revista era de la entidad que los contrataba y era un supervisor que se daba cuenta si estaban cumpliendo o no con las funciones. (...) las funciones siempre fueron las de hacer aseo, abrir y cerrar el polideportivo.

(...) siempre lo encontraba de 6 de la mañana a 6 de la tarde o de 6 de la tarde a 6 de la mañana (...) no tuve conocimiento si el salario cambio de la suma que el me dijo. (...) el coliseo pertenece a la alcaldía de El Espinal (...) yo entiendo que no hubo pago de prestaciones.

¹¹ FI 618-621 cuaderno principal - tomo IV

A las preguntas de la apoderada del municipio respondió:

(...) en ocasiones lo esperaba que terminara el turno y tenían que entregar el sitio limpio aseado entonces lo veía limpiar, barrer. (...) creo que no le liquidaron porque me dijo que tenía que demandar

Así mismo, se recepcionó el testimonio del señor **Ademar Montiel Vera** y a las preguntas de la señora Juez sobre su conocimiento del señor Fernando Orjuela Bonilla, respondió:

(...) porque fue compañero de trabajo en la alcaldía del municipio de El Espinal
(..) lo distingo desde hace 30 años (...) trabajé en el 2008 hasta el 2014 (...) orientador es la vigilancia en portería de unos escenarios deportivos de El Espinal
(...) las funciones eran las de abrir, cerrar, recoger la basura, lavar, trapear.
(...) el señor Fernando desempeñaba las mismas funciones que en el polideportivo que Yo trabajaba. Si en el mismo polideportivo en Chicoral
(...) estuvo desde el 7 de abril del 2009 hasta el 2 de noviembre del 2011
(...) nos reuníamos en el segundo piso cuando nos citaba el alcalde y la secretaria de gobierno para tocar los temas de lo que íbamos a hacer, sobre los turnos una semana de día y una semana noche y horarios de 6 de la mañana a 6 de la tarde o de 6 de la tarde a 6 de la mañana. (...) el señor Fernando se vinculó porque hicimos trabajo político y el alcalde nos llamó y nos dio empleo (...) estuvo vinculado esos dos años y medio. la alcaldía era la que nos pagaba en diferentes bancos o nos pagaba el señor Álvaro Cortes coordinador que iba a visitar los puestos, el que llevaba la minuta, estaba pendiente de nosotros cuando nos pagaban y nos citaban a la alcaldía. (...) muchas veces nos pagaba El y otras veces en las cuentas de Bancolombia, Bogotá, occidente (...) el municipio nos consignaba directamente. (...) siempre estuve vinculado con el municipio desde que entres hasta que salí (...) demandé al municipio porque no nos pagaron las prestaciones, nos violaron los derechos como trabajadores y ciudadanos colombianos (..) las ordenes las daba directamente el municipio a través del coordinador señor Álvaro Cortes. (...) en la minuta se consignaba cuando uno tomaba el puesto, lo que sucedía durante el término que estábamos en el puesto y quien nos recibía. (...) la minuta permanecía en el puesto que nosotros estábamos cuidando en el polideportivo. (...) la vinculación fue directa firmada con el municipio de El Espinal. (..) el señor frenando ganaba \$742.000 pesos. Ganábamos lo mismo (...) nos tocaba pagar a nosotros salud, pensión sea seguridad social.

A las preguntas del apoderado de la parte demandante respondió:

(...) era el mismo horario y las mismas funciones (...) el coordinador pertenecía a la alcaldía municipal
(...) las órdenes que nos imponían eran abrir, cerrar, trapear, recoger basura en el polideportivo de Chicoral, (...) el coordinador nos citaba al segundo piso de la alcaldía, nos reuníamos con el alcalde, el secretario de gobierno y los compañeros orientadores para distribuir los puestos, los turnos y el horario
(...) la alcaldía nos obligó a hacer un vínculo con Toliactivos, nosotros no íbamos a firmar entonces el alcalde nos dijo que si no nos pasábamos a Toliactivos nos sacaban y nosotros siendo muy pobres necesitábamos el trabajito toco pasarnos, pero siguió siendo lo mismo que con la alcaldía. (...) la cooperativa no pagaba salud y pensión nosotros la pagaban. (...) no nos pasamos en forma voluntaria nos pasamos fue obligados (...) el horario funciones y las ordenes continuó siendo lo mismo y las reuniones se hacían en la alcaldía (...) la cooperativa no intervenía en las labores de nosotros, no nos visitaba la cooperativa, lo hacía el supervisor. (...) el señor Fernando me comento que lo habían sacado de allá. (...) no nunca nos pagaron esas prestaciones (...) estuvimos en el polideportivo y en la ventana alterna donde se recogen las aguas para el acueducto de Chicoral y el Espinal.

A las preguntas de la apoderada del municipio, respondió:

(...) el contrato que firmamos como vigilantes y luego como orientadores (...) era un contrato de trabajo (...) nosotros firmamos porque nos dijeron que firmáramos con Toliactivos

Además, se recepcionó el testimonio del señor **José Darío Zapata Rivera** y a las preguntas de la señora Juez sobre su conocimiento del señor Fernando Orjuela Bonilla, respondió:

(...) lo conozco porque fuimos compañeros de trabajo en el polideportivo de Chicoral. (...) lo conozco hace 20 años. (...) éramos orientadores, es el vigilante que abre, cierra y hace los oficios en el polideportivo, tener aseado el escenario. (...) trabaje 9 meses desde el 9 de agosto del 2009 hasta el 9 de mayo del 2010. (...) entro el 7 de abril del 2009 y salió el 2 de noviembre del 2011 (...) conseguimos el trabajo por el municipio (...) en el 2009 nos vincularon a Toliactivos (...) nos obligaron a pasarnos a la cooperativa o si no nos echaban (...) \$742.000 pesos y de ahí nos tocaba pagar a nosotros la pensión y la salud (...) recibí el mismo sueldo sin tener variación en el salario (...) me pagaron solo los 9 meses, no nos pagaron cesantías ni prestaciones (...) **yo no demandé nada**

A las preguntas del apoderado de la parte demandante respondió:

(...) el horario era de 6 de la mañana a 6 de la tarde o de 6 de la tarde a 6 de la mañana. (...) las ordenes las daba el Álvaro Cortes supervisor que trabaja con la alcaldía, nos pasaba revista y nos decía que teníamos que hacer. (...) cada mes nos reunían en el segundo piso de la alcaldía con el alcalde y el coordinador (...) Nos daban orientación sobre el trabajo (...) le pedíamos permiso al coordinador directamente (...) no había supervisor de Toliactivos (...) nos obligaron a pasarnos si no perdíamos el puesto, nos sacaban del puesto. (...) el salario y las funciones siguieron siendo el mismo. (...) cuando nos vincularon a Toliactivos el señor Álvaro Cortes continuó siendo el coordinador (...) \$742.000 pesos (...) le terminaron el contrato (...) a mí no me pagaron nada y creo que a Él tampoco (...) Las cuentas se rendían a don Álvaro y las reuniones eran en la alcaldía

A las preguntas de la apoderada del municipio, respondió:

(...) no recuerdo el número del contrato (...) era un contrato de trabajo (...) nosotros firmamos ahí y me retire voluntariamente (...) nunca leí el contrato, pero si firme

De las declaraciones anteriores se extrae que la labor ejecutada por el demandante era necesaria como quiera que las funciones desempeñadas por el señor Orjuela Bonilla, no son de aquellas que puedan denominarse momentáneas o esporádicas, pues las mismas, estaban dirigidas a lograr el manejo, orientación, la vigilancia y mantenimiento de los inmuebles de propiedad del municipio, demostrándose de forma indiscutible que la contratación del actor o de cualquier otra persona bajo dicho objeto contractual tenía el carácter de permanente y legalmente debería ser realizada por personal de planta del ente territorial.

En el caso bajo estudio, es claro que, aquello que se estimó como una función de mero apoyo a la gestión por parte del ente territorial, en verdad se convirtió o fue desde siempre un servicio que hace parte de la estructura de los municipios, teniendo en cuenta que dicha función es inherente al funcionamiento de la entidad territorial en el cumplimiento de sus competencias del municipio, pues se trata de una función que de ser anulada generaría innumerables trastornos en el funcionamiento de las entidades estatales.

Que el señor Álvaro Cortes coordinador de orientadores de la alcaldía de El Espinal impartía las órdenes para el desarrollo de las labores y también supervisaba el cumplimiento en el sitio asignado, revisaba minuta, citaba las reuniones y concedía los permisos que se le solicitaban

Las reuniones se hacían mensualmente en el segundo piso de la alcaldía de El Espinal con el alcalde, la secretaria de gobierno, el coordinador y los orientadores para distribuir los sitios de trabajo, modificar horarios y ordenar otras labores a realizar

Que la Cooperativa Toliactivos nunca impartió ninguna orden ni supervisó las labores realizadas.

Para este despacho, es claro que, la autoridad municipal actuó contrario a lo establecido por la normatividad, al contratar a través de prestación de servicios de apoyo a la gestión de forma directa e indirecta (a través de una cooperativa) al hoy demandante para el ejercicio de funciones de carácter permanente, frente al que era forzoso la creación del empleo correspondiente, pues resulta un complemento vital para el desarrollo de los programas de gobierno en particular y el logro de los fines del Estado en general.

Aunado a lo anterior, y gracias al testimonio recibido de los señores **Ramírez Guayara, Montiel Vera y Zapata Rivera**, respecto de la labor desarrollada por el señor **Orjuela Bonilla**, durante la relación contractual el demandante se encontraba sujeto a una jornada de trabajo y a las instrucciones del secretario de gobierno y general del ente territorial accionado para el desarrollo de las funciones, lo que permite sostener que no se trató de un vínculo con plena autonomía del contratista, sino que se configuró una relación de subordinación, incluso con circulares y oficios emitidos por la misma secretaría.

Lo anterior, encuentra fuerza probatoria en la minuta aportada al plenario, en la que se consignaba los turnos de los orientadores en el sitio asignado polideportivo de Chicoral, una semana de día de 6 de la mañana a 6 de la tarde y otra semana de noche de las 6 de la tarde a las 6 de la mañana del día siguiente

Así las cosas, se encuentran desfiguradas tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio, como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios, quedando así acreditado el elemento de la subordinación, pues en efecto, la labor realizada por el accionante se dio con sujeción a las directrices impartidas por el señor el coordinador de orientadores y la secretaria de gobierno municipal, en representación del empleador, esto es el municipio de El Espinal.

Que el accionante y su compañero orientador en el polideportivo devengaban \$742.000 pesos y el pago del sueldo lo hacía el señor Álvaro Cortes y muchas veces lo hacía directamente el municipio a las cuentas de los orientadores en los bancos Colombia, Bogotá u occidente.

En lo relacionado con los aportes a seguridad social, el accionante y los testigos declararon que siempre tenían que pagarlos personalmente, que una vez que se le cancelaba el sueldo debía tomar parte de ello para cancelar el porcentaje de aportes a seguridad social.

Aunado a lo anterior, fluye con nitidez que en razón a la labor prestada durante la relación contractual, el señor Orjuela Bonilla se encontraba sujeto a una jornada de trabajo y a las instrucciones impartidas por del ente territorial accionado para el desarrollo de las funciones, lo que permite sostener que no se trató de un vínculo con plena autonomía del contratista, sino que se configuró una relación de subordinación.

10.2.2. Remuneración

El salario o remuneración es la suma de dinero que recibe de forma periódica un trabajador de su empleador por un tiempo de trabajo determinado o por la realización

663

de una tarea específica o fabricación de un producto determinado. El pago puede ser mensual, semanal o diario, y en este último caso recibe el nombre de jornal, del término jornada.

El salario es una contraprestación que recibe el trabajador a cambio del trabajo realizado para un empleador, la cuantía se establece en la relación laboral. El salario se recibe principalmente en dinero, si bien puede contar con una parte en especie evaluable en términos monetarios. Siempre debe existir una remuneración en dinero, la retribución en especie es necesariamente adicional.

Conforme a la documental correspondiente a los contratos de prestación de servicios suscritos entre el accionante con el municipio de El Espinal y la cooperativa Toliactivos, los cuales no fueron objeto de reparos ni de objeciones por las partes en litigio, ni puesta en duda su legalidad por el agente del Ministerio público se tiene que el accionante percibió según los testimonios por los servicios prestados la suma de \$742.000 mensuales, y según el contrato suscrito con Toliactivos percibía \$591.527,00 mensuales¹², de tal modo que el elemento remunerativo de la relación laboral, también se encuentra acreditado en el expediente, en consecuencia es dable predicar que en el presente litigio se encuentra probada la existencia de un contrato realidad, por lo tanto se declarara la existencia de una relación laboral entre el accionante y el municipio de El Espinal.

10.2.3. Prestación personal del servicio

De las pruebas allegadas al plenario, se observan 3 contratos de prestación de servicios:

- i) Contrato del 24 de marzo del 2009 al 30 de junio del 2009 firmado por el señor **Fernando Orjuela Bonilla** y el señor **Alcalde del Municipio de El Espinal**
- ii) Contrato No. 049 del 11 de enero del 2011 al 28 de febrero del 2011 firmado por el señor **Fernando Orjuela Bonilla** y el señor **Alcalde del Municipio de El Espinal**.
- iii) Contrato del 16 de marzo del 2011 hasta el 2 de noviembre del 2011 firmado por el señor **Fernando Orjuela Bonilla** y la Cooperativa Toliactivos
- iv) En el periodo de tiempo del 6 de julio del 2009 al 10 de enero del 2011 no existe en el expediente copia de contrato alguno que acredite la vinculación del accionante, no obstante, se evidencia a través de las copias del libro de minuta, circunstancia que es coherente con los testimonios recibidos.

Resulta claro que la interposición de la relación contractual con la Cooperativa de Trabajo Asociado CTA fue un mecanismo usado para encubrir la relación laboral con el Municipio de El Espinal, pues la aparición de la CTA solo introdujo la intermediación de una personalidad interpuesta, pero el trabajador estuvo antes, durante y después de la expiración del contrato asociativo, al servicio de la accionada, de donde emerge que fue su voluntad retenerla entre su personal.

La prueba testimonial corroboró lo esbozado en la circular obrante a folio 38 del expediente, donde se vislumbra que fue la misma administración municipal les dijo que cambiaba la modalidad de contratación, y les fue entregado la relación de los requisitos para vincularse, de donde deriva que la administración tuvo el manejo efectivo de la asociación y del desempeño de la CTA.

¹² Fl. 35 Contrato No CTN-FOR 01 16 de marzo del 2011

De la documental aportada en relación a cambio del sitio de trabajo, la certificación expedida por la entidad territorial, de lo consignado en la minuta de recibido y entrega del puesto de trabajo, pero sobre todo, dándole plena validez a las declaraciones recaudadas a lo largo de la actuación, se tiene sin lugar a dudas que el demandante prestó de forma personal sus servicios a la demandada realizando las labores del manejo, orientación y resguardo de los bienes que reposan en los inmuebles de propiedad del municipio (abrir y cerrar el portón de acceso, barrer y trapear pisos, recoger la basura, lavar la cancha del coliseo, lavar los baños, cuidar las instalaciones físicas y evitar que los asistentes se subiesen a las instalaciones del polideportivo de Chicoral), concluyéndose entonces que el primer elemento de la relación laboral, se encuentra probado

Como consecuencia a lo anterior, se declara que tuvo lugar una verdadera relación laboral entre el Municipio de El Espinal en calidad de empleador y el señor Fernando Orjuela Bonilla no obstante haber sido disimulada bajo la figura de contratos de prestación de servicios (directa e indirectamente) 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 24 de marzo de 2009 al 30 de junio de 2009, del 06 de julio de 2009 al 10 de enero de 2011, del 11 de enero de 2011 al 28 de febrero de 2011 y del 16 de marzo de 2011 al 2 de noviembre de 2011.

Ahora bien, se ha decantado por la jurisprudencia contenciosa, que aun cuando se hallen los elementos que configuran la relación laboral, en virtud de la primacía de la realidad sobre las formas, tal circunstancia, no confiere a quien demanda la condición de empleado público, en tanto ello requiere el cumplimiento de los requisitos previstos en las normas para el acceso a los cargos públicos, conforme lo señala el art. 122 constitucional.¹³

11. 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, 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 a 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 salud y pensión

De manera que en relación con aquellas prestaciones comunes u ordinarias o sea aquellas que corresponde en exclusiva al empleador, la jurisprudencia del órgano de cierre, ha

¹³ "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público. (...)"

666

advertido que no existe dificultad para su condena, pues deberá acudirse a las normas especiales que rigen dicha materia.

En ese sentido, procedería el ordenar reconocimiento y pago de las prestaciones sociales adeudadas, así como las cesantías y los intereses a las mismas, acorde con el salario que devengó el accionante, sumas debidamente indexadas.

12. 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 y el Tribunal Administrativo del Tolima en diferentes oportunidades.

Con respecto a la negativa al reconocimiento de la sanción moratoria nuestro máximo órgano de cierre, en sentencia del 27 de noviembre de 2014, radicación 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-2013) ha señalado:

“(…) (iii) **¿Es procedente el reconocimiento de la indemnización moratoria a favor del actor?** Se precisa que **no hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales, toda vez que en el sector público la misma sólo se encuentra prevista en la Ley 244 de 1995 cuando se incumple el plazo para pagar el auxilio de cesantías y en el presente caso, dicha prestación tan solo vino a reconocerse mediante la presente sentencia, la cual es constitutiva del derecho y por ende, es a partir de la misma que surgen las prestaciones en cabeza del beneficiario, en tales condiciones, no resulta viable el reconocimiento de la sanción deprecada.** (…)”

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 jurisprudencia reciente del Consejo de Estado¹⁴, 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 del último contrato ejecutado, para lo cual nos permitimos traer a colación en extenso las consideraciones efectuadas en la sentencia de Unificación.

" 3.3.1. **La prescripción del derecho reclamado.** *Prima facie*, se tiene que el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 prevé el fenómeno de la prescripción del derecho, en los siguientes términos:

¹⁴ 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

“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

Asimismo, el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del anterior, en el artículo 102 preceptúa:

“Prescripción de acciones. 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.

Por su parte, la sección segunda de esta Corporación¹⁵ ha precisado que “...la prescripción se define como la acción o efecto de ‘...adquirir un derecho real o extinguirse un derecho o acción de cualquier clase por el transcurso del tiempo en las condiciones prevista por la ley’ o en otra acepción como ‘...concluir o extinguirse una carga, obligación o deuda por el transcurso del tiempo’¹⁶”.

3.3.1 La prescripción del derecho reclamado.

(...)

Así las cosas, se itera, que el fenómeno jurídico de la prescripción encuentra sustento en el principio de la seguridad jurídica¹⁷, en la medida en que busca impedir la perpetuidad de las reclamaciones referentes a reconocimientos de índole laboral, que pudieron quedar pendientes entre los extremos de la relación de trabajo al momento de su finalización, pues *contrario sensu* resultaría desproporcionada la situación en la que se permitiera que el trabajador exigiera de su empleador, o, (ex empleador) la cancelación de emolumentos que con el transcurrir de los años implicarían un desmedro excesivo del patrimonio de este (en atención a las indemnizaciones o intereses moratorios que se podrían causar) y le impediría la conservación de los elementos probatorios tendientes a desvirtuar lo demandado.

Para efectos de dar aplicación a la prescripción trienal de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, según los cuales el término prescriptivo ha de contabilizarse a partir del momento en que el derecho se hace exigible, resulta pertinente estudiar en las controversias conocidas bajo el rótulo de contrato realidad desde cuándo ha de entenderse que el derecho es exigible.

(--)

En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca de su fundamento normativo, es decir, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.

Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría

¹⁵ Consejo de Estado, sala plena contenciosa administrativa, sección segunda, subsección B, sentencia de 9 de mayo de 2013, expediente 08001-23-31-000-2011-00176-01 (1219-12), M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁶ *Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición, Madrid 1992.*

¹⁷ En similares términos, también se pronunció la Corte Constitucional, en sentencia T-084 de 2010, M.P. María Victoria Calle Correa, al afirmar que “En primer lugar respecto de las finalidades de la interpretación, podría decirse que son esencialmente dos: la seguridad jurídica y la recta administración de justicia. Efectivamente, tanto la doctrina universal como la jurisprudencia colombiana han señalado, por una parte, que la prescripción extintiva de las acciones persigue garantizar la *seguridad jurídica*, entendida como la orden que deben cumplir las autoridades de la República de evitar que permanezca abierta indefinidamente la posibilidad de someter los conflictos sustanciales ante los jueces...”.

derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad¹⁸, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales¹⁹ y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales²⁰, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas²¹ e irrenunciabilidad a la seguridad social²².

Por lo tanto, 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." (Negritas fuera de texto)

En consecuencia, de conformidad con la sentencia traída en cita, el interesado debe reclamar la existencia de la relación laboral en un término **no mayor a tres (3) años, contados a partir de la celebración del último contrato**, so pena de verse abocado a la prescripción de los mismos.

Cuando el trabajador demandante ha suscrito varios contratos, para efectos del fenómeno de la prescripción se ha de establecer si entre uno y otro contrato hubo solución de continuidad. Se entiende que hay solución de continuidad cuando entre uno y otro contrato trascurren más de 15 días hábiles²³. Lo anterior ha sido jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado²⁴; en sentencia del 08 de agosto de 2017²⁵, indicó:

"...
Atendiendo a lo probado en el proceso, se tiene que el demandante laboró de forma continua para el municipio de Pereira desde el 26 de julio de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2009, fecha en la cual hubo culminación del vínculo, para posteriormente desempeñarse desde el 1º de julio de 2011 hasta el 30 de mayo de 2013. Es decir, se dio una interrupción de 1 año y medio.

En consecuencia, debe precisarse que el 31 de diciembre de 2009, por haber una solución de continuidad entre las partes, comenzó a operar el fenómeno de la prescripción de

¹⁸ Constitución Política, artículo 53.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C- 1141 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto. "El principio de progresividad y la prohibición de regresividad representa un componente esencial de la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y dentro de ellos los derechos de seguridad social. La exigibilidad judicial de la protección de un derecho social, debe ser complementada con la posibilidad de conformar contenidos o estándares mínimos constituidos por prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar, y de no retorno en cuanto al carácter incuestionable de su satisfacción".

²¹ Constitución Política, artículo 25.

²² *Ibidem*. artículo 48, inciso 2°.

²³ Decreto Ley 1042 de 1978 artículo 45 y Decreto Ley 1045 de 1978 artículo 10

²⁴ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, sentencia de 4 de mayo de 2017, expediente N° 08001233100020070006201 (1736-2015) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

²⁵ Consejo De Estado - Sala De Lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección B; Sentencia 8 de agosto de 2017; Radicación número: 66001-23-33-000-2014-00126-01(3287-17); C. P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez

derechos, lo cual ocurrió, pues en efecto, se observa que la reclamación se elevó el 8 de octubre de 2013, es decir, fuera del trienio con el cual contaba el actor para hacer exigible la relación laboral pretendida, motivo por el cual es aplicable el fenómeno extintivo de la prescripción para el periodo comprendido entre los años 2002 y el 2009, entonces se reconocerán únicamente los periodos causados del 2011 al 2013.

Por lo tanto, analizaremos los tiempos de interrupción entre los contratos suscritos:

Contrato	Fecha de iniciación	Fecha de terminación	Días de interrupción
Contrato No 201 del 24 de marzo del 2009 y adición (Fl. 500-509; 528-530)	24 de marzo del 2009	30 de junio de 2009	5 días
Contrato con Toliactivos (Fl 40-209) y del (301 -400) libro de minuta)	06 de julio de 2009	10 de enero de 2011	0 días
contrato No 049 del 11 de enero del 2011 (Fl 565 – 588)	11 de enero de 2011	28 de febrero de 2011	15 días
Contrato No CTN-FOR 01 16 de marzo del 2011 Fl 35	16 de marzo de 2011	02 de noviembre de 2011	

Conforme al cuadro anterior, es claro que el demandante: i) desde la suscripción del contrato del 24 de marzo del 2009 hasta 2 de noviembre del 2011 laboró ininterrumpidamente, fungiendo como orientador en el Municipio de El Espinal, y en el mismo periodo comprendido entre el **24 de marzo de 2009 y el 02 de noviembre de 2011** no hubo solución de continuidad, pues entre la finalización de un contrato y el inicio del siguiente no transcurrieron más de quince (15) días hábiles.

En el caso bajo estudio, es evidente que la Cooperativa de Trabajo Asociado Toliactivos dio por terminado el contrato laboral el **2 de noviembre del 2011**, entonces el accionante tenía hasta el **1 de noviembre del 2014** para iniciar la acciones legales y teniendo en cuenta que el memorial de solicitud de existencia del contrato realidad y de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que interrumpió la prescripción fue radicado el **27 de febrero del 2014** ante la entidad territorial accionada, es decir dentro del término de los 3 años establecidos por la norma, siendo razón suficiente para señalar que la relación laboral reclamada por el accionante al Municipio de El Espinal **no prescribió** y como consecuencia el despacho declarará la existencia de un relación laboral por aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas entre el señor **Fernando Orjuela Bonilla** y el **Municipio de El Espinal** por el término comprendido entre el **7 de abril del 2009** hasta el **2 de noviembre del 2011**.

A renglón seguido el despacho analizará la solicitud de reconocimiento de las prestaciones sociales y para ello debemos tener en cuenta que el memorial que interrumpió la prescripción fue radicado el **27 de febrero del 2014** ante el Municipio de El Espinal y por lo tanto **se declaran prescritas las prestaciones sociales causadas con anterioridad al 27 de febrero del 2011** ordenándose el reconocimiento y pago del trabajo suplementario, las vacaciones, las cesantías, los intereses a las cesantías, la prima de servicios, las horas extras, los recargos por trabajo nocturno y en dominicales y festivos, durante el periodo comprendido entre el **28 de febrero del 2011 y el 2 de noviembre del 2011** inclusive, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

668

Para efectos de lo anterior, debe advertirse, que ante las dudas sobre el monto que realmente devengaba por el señor Orjuela Bonilla, toda vez que conforme a las declaraciones, se afirma que el actor devengaba \$742.000, según el contrato CTN XXXX suscrito en el 2011 con el municipio equivaldría a \$852.799,8 mensuales por concepto de honorarios y según contrato de trabajo asociado con Toliactivos devengaba \$591.527, así las cosas, se tendrá en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente en el año 2011 debidamente indexado, como salario base para la liquidación de las acreencias laborales reclamadas.

14. De los aportes a seguridad social: salud y 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 riesgos laborales.

De acuerdo con los documentos allegados al presente proceso, durante la prestación de sus servicios a la entidad, el pago de los aportes a salud y pensión estuvieron a su cargo, pues se evidencia que al momento de pasar la cuenta de cobro era exigido el comprobante del pago de los mismos.

En virtud de lo anterior, deberá la entidad accionada conforme a las disposiciones contempladas en el régimen general de seguridad social – ley 100 de 1993²⁶ –, liquidar los aportes a seguridad social que correspondían pagar en vigencia de la relación laboral y si de acuerdo a las normas el demandante pagó en cuantía superior a lo que legalmente le correspondía, la entidad deberá reintegrarle al demandante el mayor valor por él pagado y consignar a órdenes de las entidades de seguridad social a la cual se encontraba afiliado el demandante el mayor valor no pagado oportunamente. Para liquidar los aportes a la seguridad social, se tendrá en cuenta el valor mensual pagado al demandante durante la relación laboral.

Así pues, encuentra este Despacho que los aportes a pensión y salud fueron realizados directamente por el demandante por los periodos que prestó los servicios al Municipio de El Espina, bajo la figura de contratos de prestación de servicios y contratos asociativos con la cooperativa Toliactivos del 24 de marzo del 2009 al 2 de noviembre del 2011 por lo que se ordenará que conforme a las disposiciones contempladas en el régimen general de seguridad social – ley 100 de 1993²⁷ – la entidad accionada pague al actor la cuota parte que le correspondía cancelar en calidad de empleador, al encontrarse acreditado

²⁶ "Artículo 20. Modificado art. 7 la ley 797 de 2003. Monto de las cotizaciones. La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización.

(...)

Los empleadores pagarán el 75% de la cotización total y los trabajadores el 25% restante."

"Artículo 204. Modificado Art. 10 ley 112 de 2007. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. (...)"

²⁷ "Artículo 20. Modificado art. 7 la ley 797 de 2003. Monto de las cotizaciones. La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base de cotización. (...) Los empleadores pagarán el 75% de la cotización total y los trabajadores el 25% restante."

"Artículo 204. Modificado Art. 10 ley 112 de 2007. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. (...)"

que en efecto los montos cotizados a salud y pensión fueron hechos exclusivamente por el señor **Fernando Orjuela Bonilla**.

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

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

15. 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 señor **Fernando Orjuela Bonilla** y el **Municipio de El Espinal**, a pesar de haber sido ocultada bajo la figura del contrato de prestación de servicios y contratos asociativos, configurándose el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 constitucionales y se ordenará al **Municipio de El Espinal** reconocer y pagar los valores correspondientes trabajo suplementario, las vacaciones, las cesantías, los intereses a las cesantías, la prima de servicios, las horas extras, los recargos por trabajo nocturno y en dominicales y festivos el periodo comprendido entre el **28 de febrero del 2011 y el 2 de noviembre del 2011**, teniendo en cuenta para la liquidación de dichas acreencias laborales el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2011, debidamente indexado.

Además, se debe reintegrar las sumas canceladas por el accionante por concepto de los aportes a salud y pensión efectuados durante los periodos antes mencionados y en el monto que le hubiese correspondido como empleador, como quiera que de las pruebas aportadas se concluye que los mismos fueron asumidos en su integridad por el demandante.

16. Condena en Costas.

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán 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 de la demanda fueron despachadas parcialmente favorables, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se

fijarán las agencias en derecho a cargo de la entidad demandada en la suma del cuatro por ciento (4%) de las pretensiones de la demanda.

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

RESUELVE:

PRIMERO. - DECLARAR la existencia de una relación laboral - contrato realidad - entre el señor **Fernando Orjuela Bonilla** y el **Municipio de El Espinal** por el periodo comprendido entre el 24 de marzo del 2009 hasta el 2 de noviembre del 2011 inclusive

SEGUNDO. - DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio **D/A 083 del 28 de abril del 2014**, expedido por el señor Alcalde del Municipio de El Espinal mediante el cual se negó la existencia de la relación laboral entre el accionante y la entidad territorial y el pago de las prestaciones sociales adeudadas.

TERCERO. - DECLARAR la prescripción extintiva para los derechos laborales y prestacionales reclamados por el accionante al Municipio de El Espinal, causados con anterioridad al **27 de febrero del 2011**.

CUARTO. - A título de restablecimiento del derecho CONDENAR al **Municipio de El Espinal** a reconocer y pagar al **Fernando Orjuela Bonilla** identificado con la cedula de ciudadanía No. 17.323.957 los valores dejados de cancelar por concepto trabajo suplementario, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, recargos por trabajo nocturno y en dominicales y festivos y compensatorios en el periodo comprendido entre el **28 de febrero del 2011** y el **2 de noviembre del 2011**, acorde con la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO. - CONDENAR al **Municipio de El Espinal** a reintegrar las sumas canceladas por el señor **Fernando Orjuela Bonilla** identificado con la cedula de ciudadanía No 17.323.957 por concepto de aportes a salud y pensión efectuados durante los periodos antes mencionados y en el monto que le hubiese correspondido como empleador en el periodo comprendido del 24 de marzo del 2009 al 2 de noviembre del 2011.

SEXTO.- Las sumas que arrojen las condenas de los numerales cuarto y quinto deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la providencia.

SÉPTIMO. - La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

OCTAVO. - CONDÉNESE en costas a la parte accionada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C.G.P, para lo cual se para lo cual se fija la suma equivalente al cuatro por ciento (4%) de las condenas impuestas como agencias en derecho.

NOVENO. - NIEGUENSE las demás pretensiones de la demanda

DÉCIMO. - Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme lo dispone el artículo 203 del C.P.A.C.A.

DÉCIMO PRIMERO. - Expídanse copias con destino y a costa de las partes, con las precisiones del artículo 114 del C.G.P. las que serán entregadas a los apoderados judiciales que han venido actuando.

DÉCIMO SEGUNDO. - Liquidense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

DÉCIMO TERCERO. - En firme este fallo, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento y archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS MANUEL GUZMÁN

Juez