

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CINCUENTA Y CINCO (55) ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

PROCESO N°.	11001-33-42-055-2016-00146-00
DEMANDANTE:	MEDARDO LIÉVANO BEJARANO
DEMANDADO:	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - FUERZA AÉREA COLOMBIANA
TEMA:	FUNCIONARIO DE HECHO - CONTRATO REALIDAD – DOBLE ASIGNACIÓN
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA N°. 048

Procede el despacho a dictar la sentencia que corresponde, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentado por el señor Medardo Liévano Bejarano, a través de apoderado judicial, en contra de Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Fuerza Aérea Colombiana, en la que se formularon las siguientes:

I. PRETENSIONES

“PRIMERA: Se declare la nulidad del acto administrativo distinguido con el No.20157090868883 de fecha 23 de octubre de 2015, proferido por el Director del Casino Central de Oficiales de la Fuerza Aérea.

SEGUNDA: A título de Restablecimiento del Derecho, se declare que entre el señor Medardo Liévano Bejarano y la demandada, **se dio la existencia de un contrato bajo la figura de empleado de hecho vinculado irregularmente** a la administración entre el 1 de septiembre de 2009 hasta el 20 de Diciembre de 2010 (sic).

TERCERA: Efectuadas las anteriores declaraciones, **se condene a la demandada a liquidar y pagar a favor del señor Medardo Liévano Bejarano todos y cada uno de los factores económicos causados con ocasión a la existencia del contrato laboral a término indefinido entre las partes en el periodo constante e ininterrumpido del 01 de septiembre de 2009 y el 20 de diciembre de 2013** por concepto de: Cesantías, sanción por no consignación de las cesantías al fondo a más tardar los 15 de febrero de cada año durante los cuales perduró la relación laboral, por concepto de intereses a las cesantías, por concepto de sanción por no pago de los intereses a las cesantías.

CUARTO: Teniendo en cuenta que mi poderdante devengaba como salario el equivalente a un mínimo según la época y teniendo en cuenta la demandada quien al tener conocimiento la clara y evidente existencia del laboral existente, **se condene a la demandada a reconocer y pagar los causados por concepto de la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo consistente en un día de salario** desde el momento que termina la relación laboral en comento hasta cuando se haga efectivo el cumplimiento de la sentencia que determine el presente litigio.

QUINTO: Las demás acreencias o derechos que de forma ultra y extra petita considere a bien reconocer el respetable Despacho.

SEXTO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones, las sumas que resulten a favor de mi poderdante se ajusten en su valor como lo tiene definido el Honorable Consejo de Estado hasta la fecha de ejecutoria del fallo, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente en la fecha en que deberá efectuarse el pago).

SEPTIMO: Por ser viable al tenor de lo dispuesto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 (también podrá solicitar que se repare el daño), se condene en costas y agencias a la demandada.

OCTAVO: Que se ordene a la Entidad demandada, dar cumplimiento a la sentencia en el término señalado en el Art. 192 del C.C.A (Ley 1437 de 2011.)”

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos fueron estudiados y señalados, en la audiencia inicial de 18 de marzo de 2019, como consta en acta y CD visibles a folios 177 a 179 y 184 del expediente, así:

- 1.- El señor Liévano Bejarano Medardo, presentó petición el 10 de diciembre de 2013, ante la Fuerza Aérea Colombiana (fl. 2).
- 2.- La entidad dio respuesta con el Oficio N°. 20157090868883 de 23 de octubre de 2015, suscrito por el Director del Casino Central de Oficiales de la Fuerza Aérea Colombiana (e), negando lo solicitado (fls. 3 y 4).

III. NORMAS TRANSGREDIDAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante manifestó como normas trasgredidas:

De orden constitucional: los artículos 13, 25, 48, 53 y 122.

De orden legal: Convención 111 de 1958 de la OIT; artículo 14 del Decreto 1792 de 2000, artículo 11 del Decreto 092 de 2007 y el artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

Señaló que, la omisión de la demandada en suscribir un contrato o de llevar a cabo la expedición de un acto administrativo posesionando al demandante, no es óbice, para que no se establezca que entre el accionante y la demanda, existió una relación laboral con efectos jurídicos.

Precisó que, la demandada pretendiendo evadir obligaciones derivadas de la vinculación irregular del demandante, entre el 1 de septiembre de 2009 y el 20 de Diciembre de 2013, sostuvo que lo que se dio en la práctica fue un contrato de prestación de servicios, sin que dicho contrato jamás se elevara a documento.

IV. CONTESTACION DE LA DEMANDA

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - FUERZA AÉREA COLOMBIANA

Dentro del término de traslado, Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Fuerza Aérea Colombiana, contestó la demanda (fls. 128 a 135), y se opuso a las pretensiones.

Señaló que, el servicio contratado no puede ser ajeno a las políticas institucionales, por ende, la institución no se puede acomodar a las horas y condiciones que escoja el contratista, sino que se ajustan a las necesidades que motivaron la contratación.

Indicó que, el demandante pretende que se declare existencia de una relación laboral, en igualdad de condiciones que los empleados públicos vinculados con la entidad, y se le paguen las prestaciones sociales a los cuales no tiene derecho, pues, las modalidades de vinculación de unos y otros son diferentes, como distintas son las fuentes de derechos y obligaciones.

Afirmó que, la modalidad de vinculación a través de contratos de prestación de servicios, no es de naturaleza laboral. Aclaró que, estos contratos se celebran para desarrollar actividades relacionadas con el funcionamiento de la entidad, cuando dichas actividades no puedan ser desarrolladas con personal de planta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

V. AUDIENCIA INICIAL

El 18 de marzo de 2019, fue llevada a cabo audiencia inicial, en la que se verificó la asistencia de las partes, se resolvieron excepciones, se establecieron los hechos probados, se fijó el litigio, se agotó la etapa de conciliación, se decretaron pruebas y se fijó fecha para llevar a cabo audiencia de pruebas. (fls. 177 a 179 y 184)

VI. AUDIENCIA DE PRUEBAS

El 13 de mayo de 2019, fue llevada a cabo audiencia de pruebas, en la que se confirmó la asistencia de las partes, se incorporó el recaudo probatorio, se requirió nuevamente a la entidad y se practicó el testimonio del señor Jaime Néstor Ramos Marreros. (fls. 264 a 266 y 268)

VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Fuerza Aérea Colombiana: presentó alegatos de conclusión, visibles a folios 292 a 295, se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestó que dentro del acervo probatorio allegado, no obra prueba que indique que éste era subordinado o dependiente, es decir, que la parte contratante impartiera órdenes sobre el contratista, elemento para que pudiera desfigurar el contrato de prestación de servicios y transformarlo en un contrato realidad.

La parte demandante: precisó que no es cierto que desde el punto de vista formal y real, entre las partes hubiese nacido un contrato de prestación de servicios, toda vez que jamás existió contrato por escrito que así lo estableciera, y menos aún, se dieron los elementos esenciales para que dicho contrato se surtiera.

Ministerio Público: no emitió concepto.

VIII. CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

Tal como se estableció en la fijación del litigio, en la audiencia inicial de 18 de marzo de 2019 (fls. 177 a 179), consiste en determinar: si entre el señor Medardo Liévano Bejarano y la entidad accionada, existió una relación de naturaleza laboral del 1 de

septiembre de 2009 al 20 de diciembre de 2013; en consecuencia, determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, primas, cesantías, vacaciones, sanción moratoria, debidamente indexadas.

Acervo probatorio

1. Documentales

Del expediente se resaltan:

- Petición de 10 de diciembre 2013, se solicitó liquidación de prestaciones sociales, indicando que laboró desde el 1 de septiembre de 2009 hasta el 20 de diciembre de 2013 (fl. 2)
- Respuesta del Director del Casino Central de Oficiales FAC (E), mediante el Oficio E-4082/2015 de 28 de agosto de 2015, en el que se indicó:

*“...una vez revisados los registros de personal que posee en la actualidad el CASINO CENTRAL DE OFICIALES FAC, se pudo constatar que el señor MEDARDO LIEVANO BEJARANO, prestó sus servicios a favor de la Fuerza Aérea Colombiana desde el día 18 de junio de 1985 hasta el día 01 de julio del año 2005 y **mediante Resolución No 1148 del 13 de Septiembre de 2005, se le reconoció y ordenó el pago con cargo al presupuesto de la Nación - MDN - Fuerza Aérea, sus cesantías y la Pensión de Jubilación.***

*Posteriormente, **prestó sus servicios mediante la modalidad de contrato de prestación de servicios desde el 01 de septiembre de 2009 hasta el 20 de diciembre de 2013.***

2. Me permito informarle que no existe registro alguno en donde se pruebe que estuvo laborando por medio de contrato laboral con el CASINO CENTRAL DE OFICIALES FAC, en las fechas por usted mencionadas.

3. Por las razones fácticas expuestas, no sería procedente liquidar las prestaciones sociales solicitadas en el escrito de fecha 10 de diciembre de 2013, teniendo en cuenta que fungió una relación totalmente contractual con el Casino Central de Oficiales FAC, mediante Contrato de Prestación de Servicios.

...

En este orden de ideas, se concluye que el contrato de prestación de servicios se encuentra regulado por disposiciones comerciales y civiles, cuando se suscriben con personas de derecho privado, bien sean naturales o jurídicas, por ende, en ningún caso generan relación laboral ni prestación social alguna.

...” (fls. 3 a 4 del expediente) Negritas y subrayas fuera de texto

- Copia de extractos de Bancolombia, de la cuenta de ahorros del demandante de los años 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 (fls. 16 a 57)
- Copia de certificados de retención en la fuente, correspondiente a los años 2012 y 2013. (fls. 150 a 153 del expediente)
- Facturas y planillas de control personas eventos del Casino Central de Oficiales Fuerza Aérea Colombiana de 2013, (fls. 157 a 171 del expediente).
- Acta de posesión Adjunto Tercero de la Fuerza Aérea Colombiana de fecha 18 de junio de 1985 (fl. 12 del CD visible folio 190A)
- Formulario CP-5 de 18 de junio de 1985, cargo y grado D3 Mesero y evaluaciones como mesero Grado D3 y Barman Grado D2 en la Unidad u Organización CCOFA desde el año 1985 a 2003 (fls. 13 a 175 del CD visible folio 190A)

- Solicitud radicada el 3 de mayo de 1990, solicita al Coronel Jefe Departamento EMA-1 Personal, la autorización del cambio de especialidad de mesero a la de Barman, precisando que hace un año se desempeña en ese cargo en el Casino Central de Oficiales FAC. (fl. 82 del CD visible folio 190A).
- Solicitud de retiro radicada el 19 de mayo de 2005, dirigida a la Fuerza Aérea Colombiana, por tener derecho a la pensión. (fl. 176 del CD visible folio 190A)
- Solicitud del accionante radicada el 23 de abril de 1991, en la que solicita subsidio familiar. (fl. 89 del CD visible folio 190A)
- Certificado del Director de Personal FAC, en el que se indica que el accionante del tiempo de servicios liquidado hasta el 21 de junio de 2005, tiene un tiempo de servicios de 20 años y 3 días. (fl. 181 del CD visible folio 190A).
- Oficio de 2 de abril de 2019, proferido por el Director Casino Central de Oficiales FAC, en el que indica que el Casino Central de Oficiales de la Fuerza Aérea Colombiana, nació a la vida jurídica como instalación militar y como organismo desconcentrado que depende de la Jefatura de Desarrollo Humano de la Fuerza Aérea desde el 21 de diciembre de 2011, mediante Resolución N°. 861 proferida por el Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana, precisa que el casino inicio sus operaciones el 1 de julio de 2012. (fl. 196)
- Copia de planillas de cuentas de los años 2012 y 2013 (fls.220 a 222)
- Resolución N°. 861 del 21 de diciembre de 2011, "*por la cual se expide el reglamento del Casino Central de Oficiales de la Fuerza Aérea Colombiana*" proferida por el Comandante de la Fuerza Aérea Colombia (fls. 225 a 232)
- Resolución N°. 3701 de 26 de octubre de 2005, proferida por el Ministerio de Defensa Nacional, por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual de jubilación a favor del demandante (fls. 253 a 254)
- Oficio de 5 de diciembre de 2019, expedido por el Director de Casino Central de Oficiales FAC del Ministerio de Defensa Nacional, en la cual se precisó que una vez revisados los archivos físicos y los sistematizados del Casino Central de Oficiales FAC, no se pudo encontrar contratos de prestación de servicios entre la entidad y el demandante, para el periodo de 1 de septiembre de 2009 hasta el año 2011.(fl. 278)

2. Testimoniales

Se recepcionó el testimonio del señor:

- **Jaime Néstor Ramos Marreros**, identificado con cédula de ciudadanía N°. 6.220.290¹

IX. NORMAS Y JURISPRUDENCIA

El despacho debe señalar que la demanda implica el estudio de diferentes aspectos, así: *i.)* funcionario de hecho y características, *ii.)* vinculación laboral y contractual con el Estado, *iii.)* prohibición de doble asignación de recursos del erario y eventos en que se permite, y *iv.)* caso concreto.

1. Funcionario de Hecho

Se denomina funcionario de hecho, a la persona que ejerce funciones irregulares en un cargo, creado de conformidad con las normas legales, sin haberse vinculado al servicio público con el lleno de los requisitos y ejerce funciones públicas, ahora bien, para que surja vinculación legal y reglamentaria, debe existir la anuencia de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones.

¹ Fls. 264 vlto. y CD fl. 268 del expediente.

Por su parte, el Consejo de Estado², aclarando cuándo se presenta este tipo de relación, ha indicado:

[...]

Pese a lo expuesto en líneas anteriores, existe otra forma de vinculación a la administración, excepcional, y que se configura en virtud de una investidura irregular, esto es, cuando una persona, sin cumplir con los requisitos previstos por la Ley, desempeña funciones públicas como si fuese un verdadero funcionario.

*Frente a tal situación, esta Corporación ha sostenido que los requisitos esenciales para que se configure una relación laboral con un funcionario de hecho son: i) que existe de iure el cargo; y ii) que la función ejercida irregularmente, se haga de la misma forma y apariencia como la hubiera desempeñado una persona designada regularmente.*³

(...)

*Para esta Subsección, el ejercicio de las funciones de manera irregular, debe entenderse en el sentido de que la persona que las cumple no se vinculó al servicio público con el lleno de los requisitos para que surja la vinculación legal y reglamentaria, es decir, **cuando no existe ni nombramiento, ni elección según el tipo de cargo, ni tampoco la posesión. También opera cuando tales requisitos, pese a que existieron, ya no están vigentes.***⁴

Además, se requiere probar que su actividad en la entidad haya sido personal, permanente 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, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo⁵.

Por otra parte, es claro que para que una persona natural desempeñe un empleo en calidad de empleado público (relación legal y reglamentaria), es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en la ley, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones propias de dicho empleo. Así, es dable concluir que no por el hecho de haber laborado para el Estado se adquiere la calidad de empleado público, dada las condiciones especiales que se predicen de dicha vinculación establecidas en la Constitución y la Ley.

Posteriormente, la alta corporación⁶, indicó:

² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "A", CP. Doctor Rafael Francisco Suárez Vargas; sentencia de 21 de enero de 2021²

³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. CP. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sentencia de 9 de junio de 2011. Radicación: 85001-23-31-000-2005-00571-01 (1457-08).

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Subsección A. CP. William Hernández Gómez. Sentencia de 5 de mayo de 2016. Radicación 85001-23-31-000-2012-00032-02 (2119-14).

⁵ Véase la sentencia del 24 de enero de 2019, expediente 1150-14, consejero Ponente: Cesar Palomino Cortes

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B", CP. Doctor César Palomino Cortés; mediante sentencia de 15 de julio de

[...]

*En conclusión, para que se configure la existencia de una relación de hecho es necesario que el cargo esté creado de conformidad con las normas legales y la función sea ejercida irregularmente, pero, también puede darse cuando un empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso, debe ser objeto de protección a través del principio de la realidad frente a las formas previsto en el artículo 53 Constitucional. Además, de que el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado designado regularmente (...)*⁷
Negrillas y subrayas fuera de texto

(...)

*En el caso de los funcionarios de hecho, cabe advertir que cuando se hace mención a funciones ejercidas de manera irregular, ello hace referencia, a que la persona que las cumple no se vinculó al servicio con el lleno de los requisitos para que se cree una relación legal o reglamentaria, o no existe nombramiento ni elección según el tipo de cargo, ni tampoco existe posesión. De lo anterior, es dable concluir que para que se configure el funcionario de hecho, es necesario que: **i) exista el empleo dentro de la planta de personal de la entidad; ii) que las funciones sean ejercidas irregularmente; iii) que el cargo se ejerza en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente⁸; y iv) también puede darse cuando el empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones** que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso debe ser objeto de protección en aplicación del principio constitucional de la prevalencia de la realidad frente a las formas.*

(...)

*Además, se requiere probar que su actividad en la entidad haya sido personal y permanente 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, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo⁹.***

[...]” Negrillas y subrayas fuera de texto

2. Vinculación Estatal

2021⁶, expuso las características necesarias para que se configure el funcionario de hecho, así:

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia de junio 9 de 2011, CP. Bertha Lucia Ramírez de Páez, Radicación número: 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08).

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Subsección "A". CP. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 15 de marzo de 2007, Exp. N°. 25000-23-25-000-1996-41885-01(6267-05).

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B, sentencia de 24 de enero de 2019, C.P. César Palomino Cortés , número de Rad. 50001-23-31-000-2005-00492-01(1150-14)

En lo referente a los tipos de vinculación que conforme a las normas se pueden realizar por parte del Estado, debe indicarse, que: el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, acorde con la Constitución Política, precisa que las personas se vinculan de manera laboral con este, a través de una relación legal y reglamentaria, como ocurre, con: empleos de carrera administrativa, libre nombramiento y remoción, provisionales y periodo fijo, siendo llamados empleados públicos.

A su vez, existe otro tipo de vinculación que corresponde al contrato laboral, siendo este el caso de los trabajadores oficiales.

Finalmente, se presenta relación contractual con la administración, cuando se realiza a través de contratos u órdenes de prestación de servicios.

2.1. Contrato de Prestación de Servicios

En lo referente a los contratos de prestación de servicios, el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, precisó:

*“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.
[...]*

3o. Contrato de Prestación de Servicios. *<Apartes subrayados
CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES> 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.
[...]*”

2.2. Contrato Laboral

Los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señalan la definición del contrato de trabajo y sus elementos esenciales, veamos:

“ARTICULO 22. DEFINICION

1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, {empleador}, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.”

“ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

- a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;*
- b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle 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 contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

*2. Una vez **reunidos los tres elementos** de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”* Negrillas fuera de texto

De lo anterior, se precisa que la diferencia entre contrato de prestación de servicios y contrato laboral, es la existencia de tres elementos: prestación personal del servicio, continua subordinación laboral y remuneración.

Atendiendo lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997, estableció diferencias, así:

“[...]

*b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que **el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.***

*Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.”*Negrillas fuera de texto

Por consiguiente, quien celebra contrato de prestación de servicios, tiene la condición de contratista independiente, sin derecho a prestaciones sociales, por su parte, quien celebra un contrato de trabajo, tiene el derecho al pago de éstas.

Es así como, el contrato de prestación de servicios desaparece cuando se demuestra subordinación o dependencia respecto del empleador, dando paso a la configuración del derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, de conformidad con el principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.

En desarrollo de lo anterior, la Corte Constitucional¹⁰, precisó que la administración no puede considerar que los contratos de prestación de servicios, son para desempeñar funciones de carácter permanente, por esto, indicó:

*“[...] **la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal.** Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace*

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-171 del 7 de marzo de 2012.

alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”; (ii) *al criterio de igualdad, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”;* (iii) *al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”;* (iv) *al criterio de excepcionalidad, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”;* y (v) *al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.”* Negrilla fuera de texto

De otra parte, el Consejo de Estado¹¹, al analizar esta figura, señaló:

[...]

La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido. Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado. A Juicio de la Sala, la labor desarrollada por la actora durante varios años, advierte la necesidad de sus servicios y la vulneración del artículo 53 de la Constitución que establece una “estabilidad en el empleo”, que jamás pudo ostentar en igualdad de condiciones a los empleados públicos del establecimiento demandado, configurándose la existencia del contrato realidad, pues se dieron los tres elementos que tipifican la relación laboral como son la subordinación, el salario como retribución y la actividad personal del funcionario.

[...]¹²

Ahora bien, para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público.

En ese camino, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han sido claros al precisar que, para que se configure la relación laboral en el contrato de prestación de servicios, se requiere demostrar los tres elementos arriba citados: *i.)* prestación personal del servicio, *ii.)* continua subordinación y dependencia laboral y *iii.)* remuneración, una vez probada la relación laboral, se tiene derecho al pago de las prestaciones sociales por el tiempo laborado, atendiendo al principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, contenido en el artículo 53 de la Constitución Política.

3. Características del Contrato Estatal

¹¹ Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05)

¹² Resaltado por el Despacho.

En la citada sentencia de unificación, el Consejo de Estado¹³, sobre los elementos que deben tenerse en cuenta para establecer si se configura contrato de prestación de servicios, señaló:

“[...] se pueden considerar como características del contrato estatal de prestación de servicios las siguientes:

87. (i) Solo puede celebrarse por un «término estrictamente indispensable» y para desarrollar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», y no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes de esta.

88. (ii) Permite la vinculación de personas naturales o jurídicas; sin embargo, en estos casos, la entidad deberá justificar, en los estudios previos, porqué las actividades «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados». 25

89. (iii) El contratista conserva un alto grado de autonomía para la ejecución de la labor encomendada. En consecuencia, no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia. De ahí que el artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 determina que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales». 26

90. A este respecto, conviene aclarar que lo que debe existir entre contratante y contratista es una relación de coordinación de actividades, la cual implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente del objeto contractual, como puede ser el cumplimiento de un horario o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados.27

91. En definitiva, los contratistas estatales son simplemente colaboradores episódicos y ocasionales de la Administración, que vienen a brindarle apoyo o acompañamiento transitorio a la entidad contratante, sin que pueda predicarse de su vinculación algún ánimo o vocación de permanencia.

[...]

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

¹³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de Unificación. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), sentencia del 9 de septiembre del 2021.

verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente.

[...]

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

104. i) **El lugar de trabajo. Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades.** Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

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

106. iii) **La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*,³⁵ la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es **su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.**

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

interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

108. A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. **En cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral**
[...]

120. Mediante el contrato de prestación de servicios, **el legislador pretendió atender situaciones especiales o contingentes relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades, por lo que estableció su celebración por un periodo temporal.** Así lo consagra el inciso segundo del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que a letra transcrita, señala lo siguiente: «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable». En ese sentido, **la temporalidad y excepcionalidad de la contratación son la esencia de este tipo de contratos. Por consiguiente, con ellos no pueden suplirse, de manera definitiva, las funciones permanentes o misionales de las entidades, pues su ejercicio solo corresponde a vinculaciones legales y reglamentarias.**

121. Pero ¿qué debe entenderse por término estrictamente indispensable? La Ley 80 no lo señala, ni tampoco da más elementos para conocer el significado de esa expresión, con lo cual pareciera haberse dejado al arbitrio de la Administración determinar cuándo un contrato de prestación de servicios se ajusta a ese requisito y, consecuentemente, si lo que se pacta es una vinculación para satisfacer una necesidad temporal (el fin de la norma) o una contratación con ánimo laboral disimulada. **El problema, entonces, radica en que esta indefinición ha permitido a distintos órganos del Estado contratar, indefinidamente, a personas naturales para cubrir funciones que claramente no son transitorias, contingentes o eventuales, sino que forman parte de su giro ordinario y necesariamente requieren ser atendidas por personal de planta.**

[...]

134. En ese orden de ideas, la Sala unifica el sentido y alcance del «término estrictamente indispensable» como aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, **representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento.**

135. Para la Sala, la anterior interpretación unifica el significado y alcance del «término estrictamente indispensable» del numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, **el cual se acompasa plenamente con la interdicción de prolongar indefinidamente la ejecución de los contratos estatales de prestación de servicios.**

[...]

148. En la misma providencia, más adelante se señaló lo siguiente:

[...] quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual. (Negrillas fuera del texto)

149. En suma, la tesis que actualmente impera en la Sección Segunda, en materia de prescripción de derechos derivados del contrato realidad (o relación laboral encubierta o subyacente), es que esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral.

150. Como se indicó en el apartado anterior, aunque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, sin que este, se itera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral.

151. Adicionalmente, como complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones:

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

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

[...]

3.4. Síntesis de las reglas objeto de unificación

167. La primera regla define que el «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los

*estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en **la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal u ocasional y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.***

*168. La segunda regla **establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del plenario.***

*169. La tercera regla determina que frente a la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, **es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.*** Negrillas fuera de texto

4. Doble Asignación del Erario

Es necesario tener en cuenta que, de acuerdo con la Constitución Política de 1991, no está permitida doble asignación del tesoro público, en efecto, el artículo 128 de la Constitución Política, consagra:

“ARTICULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

*Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las **descentralizadas.*** Negrillas y subrayas fuera de texto

A su vez, el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, indica:

“ARTÍCULO 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

Exceptúense las siguientes asignaciones:

(...)

b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

*(...)*¹⁴ Negrillas fuera de texto

Sobre este tema, el Consejo de Estado¹⁵, precisó: en el caso del literal b) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992, relacionado con los militares y policías, que perciben asignación de retiro, son aquellos desvinculados de la institución con derecho asignación de retiro, quienes puedan laborar y percibir otro emolumento derivado del erario a título de remuneración, en el entendido que por su condición, ya no estaría

¹⁴ Negrillas del Despacho

¹⁵ el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, Subsección A CP. William Hernández Gómez, en sentencia de 11 de noviembre de 2021

en servicio activo como uniformados, al punto de habilitarse el ejercicio de cualquier otra actividad en relación con el Estado, así:

[...] se permite excepcionalmente percibir de manera simultánea dos asignaciones provenientes del erario, e incluye entre ellas las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública. (...)

[...] dentro de esta prohibición ha de entenderse no solo la percepción de más de una asignación proveniente de varios empleos públicos, sino la de otras remuneraciones o asignaciones que tengan la misma fuente, tales como las pensiones o asignación de retiro en el caso de las Fuerzas Militares y de Policía. Se resalta entonces que, la prohibición de percibir doble asignación que provenga del tesoro, salvo las expresas excepciones de la Ley 4.^a de 1992, según la jurisprudencia incluye todo tipo de haberes, emolumentos, remuneraciones, salarios y prestaciones originados en virtud de uno o más vínculos con el Estado

[...]

Incompatibilidad de la asignación de retiro con el pago de salarios y prestaciones recibidos por orden judicial. Línea jurisprudencial aplicable

Inicialmente, resulta necesario precisar que los conceptos de asignación de retiro y salario son diferentes. En efecto, el primero goza de una naturaleza prestacional que tiene como objetivo principal beneficiar a los miembros de la Fuerza Pública con un tratamiento diferencial que obedece a la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares, susceptible de reconocimiento por el retiro del servicio activo, al igual que la pensión de vejez que se le otorga a los trabajadores que se rigen bajo la normativa del Sistema General de Seguridad Social. El segundo, es toda remuneración ordinaria, habitual y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio, conforme lo ha definido la jurisprudencia de este juez colegiado¹⁶.

Como se indicó anteriormente, la Constitución Política en el artículo 128 instituyó la prohibición de recibir más de una asignación proveniente de varios empleos públicos y de otras remuneraciones o asignaciones que tengan la misma fuente, situación que configura la incompatibilidad de salarios y pensiones reconocida pacíficamente en el ordenamiento jurídico.

No obstante, frente a dicha regla, legalmente se contempló una serie de excepciones taxativas y específicas a las que le son inherentes ciertos fines y causas. Puntualmente en el caso del artículo 19, literal b) de la Ley 4.^a de 1992, relacionado con los militares y policías que perciben asignación de retiro, la teleología de dicha norma es que un miembro de la Fuerza Pública desvinculado precisamente por retiro de la institución y con derecho a la mentada prestación, pueda laborar y percibir otro emolumento derivado del erario a título de remuneración, únicamente en el entendido de que por su condición, ya no estaría en servicio activo como uniformado, al punto de habilitarse el ejercicio de cualquier otra actividad en relación con el Estado.

(...)

¹⁶ Ver, entre otras, la Sentencia del 9 de febrero de 2017. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B.

Asimismo, también es necesario tener en cuenta que en un eventual caso en que se acogieran las pretensiones de la demanda, la sentencia conllevaría efectos posteriores, esto es, la permanencia de un statu quo que le permitiría al libelista en un mismo período, percibir sueldo y asignación de retiro, pero no bajo el supuesto excepcional de la Ley 4.ª de 1992 que habilita lo propio, sino en razón de la misma causa que sería la vigencia de un solo vínculo legal y reglamentario con el Estado, cuya consecuencia es la retribución del servicio a través del salario y no el pago de la prestación destinada a contener el riesgo del retiro de la institución.

[...]

5. Ley 68 de 1963

De otra parte, es preciso tener en cuenta que para la época existe una diferenciación entre aquellas personas que prestan sus servicios a la fuerzas militares, en condición de militares y las que lo hacen en condición de civiles, en ese camino, la Ley 68 de 1963, indica:

Artículo 2º Es empleado Civil del Ramo de Guerra la persona civil a quien legalmente se le nombre para desempeñar un cargo en las dependencias del Ministerio de Guerra, de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, y tome posesión del mismo, sea cual fuere su remuneración que le corresponde. Negrillas fuera de texto

A su vez, estos civiles que prestan sus servicios a las fuerzas militares, presentan clasificación al interior de la entidad, así:

Artículo 6º Los Adjuntos tendrán las siguientes categorías:

Adjunto Jefe

(...)

Adjunto Tercero

(...)

Caso Concreto

En la demanda, el señor Medardo Liévano Bejarano, pretende que se declare que entre él y el Casino Central de la Fuerza Aérea Colombiana, existió una relación bajo la figura de funcionario de hecho, vinculado irregularmente a la administración, entre el 1 de septiembre de 2009 hasta el 20 de Diciembre de 2013, y que como consecuencia, se condene a la entidad, a liquidar y pagar las prestaciones causadas en dicho periodo.

Del material probatorio, se advierte que el demandante: ***i.)*** trabajó para el Casino Central de la Fuerza Aérea Colombiana, tomando posesión del cargo de Adjunto Tercero, mediante acta de fecha 18 de junio de 1985¹⁷; ***ii.)*** según el formulario CP-5 de 18 de junio de 1985, el accionante se desempeñó en el cargo de mesero Grado D3 y Barman Grado D2, entre el año 1985 al 2003.¹⁸, ***iii.)*** prestó sus servicios en la entidad, hasta el 21 de junio de 2005, para un total de 20 años y 3 días¹⁹, y ***iv.)***

¹⁷ Fls. 12 CD visible a folio 1902A

¹⁸ fls. 13 a 175 del CD visible folio 190A

¹⁹ fl. 181 del CD visible folio 190A

mediante Resolución N°. 1148 de 13 de septiembre de 2005, se le reconoció y ordenó el pago de pensión de jubilación.

De otra parte, al estudiar si efectivamente se presentó la relación de funcionario de hecho, que afirma comprende desde el 1 de septiembre de 2009 al 20 de Diciembre de 2013, en condición de mesero; se avizora que el cargo existía dentro de la entidad.

Ahora bien, no se allegaron las pruebas que permita evidenciar órdenes o llamados de atención de un superior, minutas o control de turnos, entre otros, que demostraran las funciones que el demandante desempeñó. En igual sentido, no existe prueba en el expediente que demuestre que un superior o algún funcionario de la entidad: le impartiera órdenes, horarios y tareas referidas al cargo, lo que lleva a que no se evidencie el elemento de subordinación.

A su vez, del testimonio del señor Jaime Néstor Ramos Marreros, no se establecieron las funciones que indica fueron desarrolladas de manera irregular, puesto que, el declarante no fue preciso en su declaración, pues si bien, indicó que conoce al demandante desde el año 1985 y que éste se pensionó, y volvió a trabajar en el Casino Central de Oficiales de la Fuerza Aérea, a finales de 2009 y luego, se retiró en el año 2013, no tuvo claridad en las fechas y naturaleza del contrato. Igualmente, si bien indicó que había turnos rotativos, iniciando a las 6 de la mañana y terminando a las 2 o 3 de la tarde, y de las 2 de la tarde a las 10 de la noche, no aclaró, cuál fue el turno del demandante.

Por consiguiente, no se demostró la vinculación de manera personal del demandante, a través de la figura de funcionario de hecho, ni tampoco configuración de un contrato realidad.

De otra parte, se debe tener en cuenta que la Constitución Política y la Ley, prohíben recibir dos emolumentos del erario, como es el querer del demandante; quien afirma que desempeñó las funciones de mesero en la misma entidad, entre el 1 de septiembre de 2009 y el 20 de Diciembre de 2013, lapso que solicita le sea tenido en cuenta para que se le paguen dichas prestaciones.

De esta manera, según el artículo 128 de la Constitución Política, y el 19 de la Ley 4 de 1992, está prohibido otorgar a una persona, dos emolumentos por parte del Estado; en el caso estudiado, al tener el demandante la condición de pensionado, no puede reconocérsele como funcionario de hecho y otorgársele las prestaciones pedidas, por cuanto se incurriría en la prohibición, téngase en cuenta que, el demandante no hace parte de las excepciones consagradas en la Ley 4 de 1992, puesto que si bien laboró para una entidad de las fuerzas militares, esto es, el Casino Central de Oficiales de la Fuerza Aérea Colombiana, lo hizo en condición de Adjunto Tercero, es decir, en condición de civil y no militar, lo que lo excluye de la excepción.

Conclusión: *i.)* los presupuestos esenciales para que se configure la condición de funcionario de hecho, no se acreditaron, *ii.)* no se demostraron los elementos para declarar la existencia de un contrato realidad, y *iii.)* al tener el demandante pensión de jubilación para la época que solicita se le reconozca como funcionario de hecho, no puede declarar su reconocimiento, al estar prohibida la doble asignación del erario.

Costas y Agencias en Derecho

No se condenará en costas ni agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado, en los términos del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Cinco (55) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá** - Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda; por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO.- NO CONDENAR en costas ni agencias en derecho; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Ejecutoriada la presente providencia, por la secretaria del juzgado, **DEVOLVER** a la parte interesada el remanente de los gastos del proceso si los hubiere y **ARCHIVAR** el expediente, con las anotaciones pertinentes en el Sistema de Gestión Judicial XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Luis Eduardo Guerrero Torres

Juez

Juzgado Administrativo

055

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3f21065aac64628953dc684fcb1c1ba592c9ee5db81c1ee436ea92cf55e0bb93**

Documento generado en 26/09/2022 03:17:57 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>