

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Ibagué, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

RADICACIÓN NÚMERO:	73001-33-33-005-2017-00003-01
INTERNO:	01116/2019
ACCIÓN:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE:	Pedro Luís Lozano Mendoza
APODERADA:	Edilberto Rumbo Brochero
DEMANDADO:	Municipio de Saldaña -Tolima
APODERADA:	Adela Mayerly Devia Daza
REFERENCIA:	Apelación sentencia.

Decide la Sala¹ el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la **Sentencia de fecha 14 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, dentro del proceso promovido por **Pedro Luís Lozano Mendoza** en contra del **Municipio de Saldaña (Tolima)**, que denegó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES.

la demanda (fls. 32 a 39 del cuaderno principal).

El señor **Pedro Luís Lozano Mendoza** mediante representante judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 138 del C de P. A y de lo C.A., pretende se declare la nulidad del oficio de fecha 15 de septiembre de 2016, expedido por el alcalde Municipal de Saldaña -Tolima, mediante el cual se le niega el pago de sus acreencias laborales, del 1 de octubre del año 2013 hasta el 30 de mayo de 2015.

A título de restablecimiento del derecho.

¹ Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del “**Estado de Emergencia económico, social y ecológico**” decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente “**coronavirus**”; y el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue discutida, aprobada y firmada por la Sala a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

- Se condene a la entidad demandada a liquidar y pagar las prestaciones sociales e indemnizaciones que por ley le corresponden.
- Se condene a reconocer las acreencias laborales como cesantías, interés de cesantías, vacaciones, primas, dotaciones, indemnización por no pago de las cesantías a un fondo como lo ordena la Ley 50/90, indemnización moratoria, de conformidad con el artículo 65 del C.S.T y devolución de los aportes a la seguridad social.
- Se condene al pago de las costas y agencias del proceso.

Fundamentos fácticos (fls. 32 a 33 del cuaderno principal).

A través de apoderado judicial, el señor **Pedro Luís Lozano Mendoza**, narró que cumplía un horario de trabajo de 12 horas diarias y 12 horas nocturnas, para un total de 24 horas trabajadas, un día de día y un día de noche.

Señaló que inició labores con la Alcaldía municipal de Saldaña Tolima a partir del 1 de octubre de 2013 hasta el 30 de mayo de 2015, mediante la modalidad de Contrato de Apoyo a la Gestión (contrato de prestación de servicios).

Indicó que recibía un salario como retribución por los servicios prestados por la suma de \$1.1191.178,47 M/cte, su labor se desarrolló en la portería de las instalaciones del Edificio Municipal- Sede de la alcaldía de esa localidad como Celador Diurno y nocturno.

Concluyó que tiene derecho a reclamar sus prestaciones sociales e indemnizaciones que le corresponden, por haber prestado sus servicios como celador diurno y nocturno en las instalaciones de la alcaldía Municipal de Saldaña, estando subordinado recibía órdenes del superior señor alcalde Municipal.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Se señalaron las siguientes disposiciones: Artículos 1, 4, 6, 13, 53 y 90 de la Constitución Nacional, Artículo 23, 55 y SS del CST Ley 50 de 1990, Decreto 3115 de 1968, Decreto 1848 de 1969, Decreto 1042 de 1978 y Ley 5 de 1945.

En lo referente al concepto de la violación, manifiesta el actor que la alcaldía municipal de Saldaña – Tolima, ha violentado todos los principios rectores de la constitución, así como las leyes por el no pago oportuno y reconocimiento de los derechos y emolumentos a que tiene derecho, por cuanto durante el tiempo de duración de su trabajo se configuraron los tres elementos de un contrato, que trata el artículo 23 del CST, subrogado por la Ley 50 de 1990. (Actividad personal, continua subordinación y un salario como retribución).

De igual manera, hace énfasis que el contrato de trabajo se desarrolló ininterrumpidamente, con los tres elementos antes descritos, que desempeñó sus funciones en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que no opera dentro de la relación que trata la Ley 80 de 1993, cuando se trata de una prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de una entidad pública. Dado que, en el contrato de prestación de servicios el contratista es

autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, con conocimientos especializados, los cuales son contratados por la administración cuando se requiere servicios ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional.

Finalmente, indica que las diferentes actuaciones administrativas y necesidades del servicio no se pueden convertir en evasivas o excusas para vincular personal de forma irregular, con el fin de desempeñar funciones en forma permanente, desconociendo las normas sustanciales del derecho público, y la constitución al violentar las garantías laborales y derechos fundamentales.

Contestación de la demanda (fls. 32 a 33 del cuaderno principal).

Corrido el traslado de la demanda al Municipio de Saldaña, de conformidad con lo ordenado por auto de fecha 9 de febrero de 2017 (fls. 41 y vto), el 4 de julio de 2017 se allega escrito de contestación, (fls. 52 a 59 del Cuaderno Principal). Sin embargo, el *a quo* en audiencia inicial del 10 de mayo de 2018, (fl. 68 vto), dio por no contestada la demanda, en razón a que el abogado Jairo Alberto Trujillo, así como el alcalde de Saldaña, no suscribieron el poder, ni hicieron nota de presentación personal, pese de haberse requerido mediante auto del 12 de marzo de 2018. (fl. 64).

LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante Sentencia de fecha 14 de agosto de 2019 (fls. 93 a 100 del cuaderno principal), denegó las súplicas de la demanda, por cuanto no se acreditó la existencia de una relación laboral debido que no se demostró nada más allá de la presentación personal del servicio, la remuneración y la actividad prestada, es decir, no existe prueba que acredite la continua subordinación y dependencia que pretende el demandante. De igual manera, no se logró demostrar el pago de la remuneración pactada en los contratos de prestación de servicios.

Señaló que si bien la Constitución Política garantiza la protección del trabajador y sus derechos, desde la perspectiva de la existencia de un contrato realidad, también lo es que la ley presume que los contratos de prestación de servicios que se celebren con las entidades estatales, se celebren para tal fin, es decir, excluyendo todos los elementos constitutivos de una relación laboral, de modo que corresponde al interesado directo desvirtuar la presunción legal del objeto de los contratos de prestación de servicios, esto es, acreditando con suficiencia los elementos característicos de una relación laboral. Por lo tanto, se invierte la carga de la prueba, y es necesario que la parte interesada acredite la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación o dependencia respecto de quien prestó el servicio, su permanencia en él, y que la actividad desarrollada sea inherente a la entidad y similar a las funciones desempeñadas por los empleados de planta.

Luego de una análisis jurisprudencial del Consejo de Estado², y de efectuar un análisis del acervo probatorio, concluyó afirmando que coincide con el Ministerio Público que el ejercicio de la actividad de vigilancia y celaduría, por la misma forma que se presta puede aparejar el elemento de subordinación, situación que no se aplica al caso en concreto, por cuanto los medios de prueba aportados y practicados al proceso, no son suficientes ni determinantes para establecer que la actividad desempeñada por el señor Pedro Luís Lozano Mendoza fue efectivamente una labor de vigilancia subordinada.

La apelación (fls. 108 a 112 del cuaderno principal).

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial del accionante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, en la que señaló su descontento al manifestar que si se demostró la relación laboral, contrario a lo manifestado por el *a quo*, puesto el señor Pedro Luís Lozano Mendoza era el encargado de darle protección a los bienes de la alcaldía de Saldaña, y de la entrada y salida tanto de funcionarios como de usuarios, además de no tenerse en cuenta que no se dio por contestada la demanda por parte del municipio.

De otro lado, indicó que si bien es cierto se firmó los contratos con el alcalde, las órdenes de turnos que hacía el trabajador fueron recibidos por el jefe de Control de la Alcaldía para hacer su respectivo pago mensual equivalente al salario devengado. Que el municipio de Saldaña no probó que las labores para las cuales contrató al demandante eran temporales, por el contrario, se acreditó con los contratos de prestación de servicios y los turnos prestados por el demandante una relación laboral.

Expresó que, conforme al concepto rendido por el ministerio público, respecto a las formas de vinculación con el Estado, no se puede vincular persona que realicen actividades de carácter permanente, para realizar actividades que estén relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, a acepción de que se presente dos eventos: a) cuando las actividades a contratar no pueden realizarse con personal de planta de la entidad, y b) cuando se requieren conocimientos especializados.

Después de hacer un recuento jurisprudencial tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, el recurrente concluyó, que la teoría de la primacía de la realidad sobre las formalidades se apliquen aquellos casos en los cuales el Estado encubre relaciones laborales en contratos de prestación de servicios, actuación que implica desconocer por un lado, los principios que rigen el funcionamiento de la función pública y por otro lado, las prestaciones sociales que le son propias de la actividad laboral.

Por lo anterior, señaló que se encuentra dentro de la existencia de un contrato realidad, por cuanto hay un cumplimiento del artículo 23 del Código Sustantivo del trabajo y SS, donde se le han trasgredido sus derechos con órdenes de prestación de servicios que configuran los presupuestos jurídicos de un contrato realidad y que la

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER; Sentencia del 25 de agosto de 2016, Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-15) CE-SUJ2-005-16, Actor: L.M.C.C., Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba).

Alcaldía Municipal de Saldaña riñe de manera meridiana con los postulados constitucionales del derecho al trabajo.

Concluyó indicando que, si existió una relación contractual donde se constató los elementos que configuran una relación laboral, por cuanto se prestó un servicio personal, se pactó una subordinación que imponía un incumplimiento de horarios de 6:00 a.m. a 6:00 p.m. y de 6:00 pm a 6:00 am, horario que existió durante el tiempo que se prestó sus servicios en la Alcaldía Municipal de Saldaña como portero, y se acordó una contraprestación reconocida por el oficio prestado.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 30 de octubre del 2019 (fl. 121), se admitió el recurso de apelación impetrado por la parte demandante; mediante auto de fecha 28 de febrero siguiente, obrante a folio 128, se ordena correr traslado para que el Ministerio Público emita su concepto y las partes presenten sus alegatos de conclusión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

De la parte demandante (fls. 135 a 138 del cuaderno principal).

Indicó que la relación del señor Pedro Luís Lozano Mendoza con el Municipio de Saldaña, fue de prestar los servicios de portería en las instalaciones del edificio Sede Alcaldía Municipal de Saldaña, como se puede apreciar en los contratos de prestación de servicios, en un horario de trabajo de 12 horas diurnas y 12 horas nocturnas, 6:00 a.m. a 6:00 p.m. y de 6:00 pm a 6:00 am, como se puede apreciar con prueba documental aportada, informes de actividades de los días laborados y las horas trabajadas dirigidos a la Dra. Luisa Fernanda Fonseca Guarnizo, Asesora de Control Interno del Municipio de Saldaña, y certificaciones de Presupuesto.

De igual forma, recalcó que deben ser valoradas las pruebas que reposan dentro del proceso, dado que existió una verdadera relación laboral, al cumplirse un horario de trabajo, al recibirse órdenes del señor alcalde y sus representantes, atención al público con anuncio de las personas que llegaban a la alcaldía, supervisión de todo paquete que entraba y salía de las precitadas instalaciones; que dicho servicio se prestó de manera personal, continua e ininterrumpida, como elementos propios de una relación laboral. Que debe tenerse en cuenta, que el *a quo* dio por no contestada la demanda.

Finalmente, el recurrente aludió que al presente asunto le es aplicable el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, dado que el demandante se encontraba en las mismas condiciones que otros empleados públicos de la planta de personal de la Alcaldía, en tanto que desempeñaba personalmente la labor en un cargo que resistía las características de permanente y necesarios para el funcionamiento de aquella, motivo por el cual estaba sujeto a subordinación y dependencia, por lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales, máxime cuando la Corte ha sido enfática en prohibir esta clase de contratos en los municipios, departamentos y nación.

De la parte demandada.

Guardó silencio.

Agente del Ministerio Público.

No emitió concepto de fondo.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La competencia.

Este tribunal es competente para conocer de la presente apelación de conformidad con los artículos 104 -Inc. 1º-, 153 y 243 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; pues se cuestiona una sentencia proferida por un Juez del Circuito Administrativo de Ibagué en la que es parte una entidad pública, por causa de una actuación sujeta al derecho administrativo.

Es importante esclarecer que, el límite competencial del *ad quem* en la resolución del conflicto **lo marca el libelo impugnatorio**, como tantas veces se reconoce en la jurisprudencia³ y lo tiene definido el Legislador -artículos 320 y 328 del Código General del Proceso y artículo 306 de la Ley 1437 de 2011-; lo anterior, sin perjuicio de los deberes que se imponen al Juez Especializado de lo Contencioso para aplicar las disposiciones que rigen nuestra jurisdicción.

Considera la Sala que el medio de control de Nulidad y restablecimiento del derecho instaurado (artículo 138, C. de P.A. y de lo C.A.) es el procedente, toda vez que por esta vía se pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral de derecho público, el reconocimiento y pago de acreencias laborales.

Problema jurídico.

En virtud de lo expuesto, la Sala entrará a analizar si confirma o revoca la sentencia del *a quo*, para lo cual, deberá determinar si existe un indebido análisis probatorio por parte del Juez de primera instancia, que trajo por consecuencia la absolución del Municipio de Saldaña (Tolima), respecto de la existencia de una relación legal y reglamentaria, con ocasión de los contratos de apoyo a la Gestión, realizados a el señor **Pedro Luís Lozano Mendoza**, entre el 1 de octubre de 2003 al 30 de mayo de 2015, que tenga como consecuencia el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que no devengó durante el tiempo en que permaneció vinculado contractualmente.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ; Sentencia del 9 de febrero de 2012, Radicación número: 50001-23-31-000-1997-06093-01 (21060), Actor: Reinaldo Idárraga Valencia y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa – Ejército.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ; Sentencia del 22 de noviembre de 2018, Radicación número: 08001-23-33-000-2014-01649-01 (2275-16), Actor: Jennifer Sarmiento Sossa, Demandado: Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Dirección de Sanidad de la Policía y Clínica de la Policía Nacional.

Se trata entonces de establecer en el fondo del asunto y de conformidad con la apelación interpuesta contra la sentencia de instancia, sobre la legalidad del acto administrativo contenido en el oficio de fecha 15 de septiembre de 2016, expedido por el alcalde Municipal de Saldaña (Tolima), mediante el cual se negó el reconocimiento de una relación laboral a raíz de los contratos de apoyo a la gestión, materializada en el Contrato número 135 del 1 de septiembre de 2014 (fls. 15 a 17), 10 del 07 de enero de 2014 (fls. 19 a 22), 4 del 05 de enero de 2015 (fls. 24 a 26), Contrato de prestación de servicios No. 181 -2013 del 01 de octubre de 2013 a 31 de diciembre de 2013 (fls. 27 a 29).

En consecuencia, la controversia planteada radica en determinar **i)** si yerra el Juez *a quo* en determinar que no se acreditó la desnaturalización de la vinculación como portero en las Instalaciones de la Alcaldía pactada entre el **Municipio de Saldaña** y el señor **Pedro Luís Lozano Mendoza**, como paso previo para resolver el tema prestacional, y **ii)** si el vínculo entre el señor **Pedro Luís Lozano Mendoza** y el **Municipio de Saldaña**, constituye una realidad laboral diferente a la prestación de servicios, en el período del **01 de octubre de 2013 al 30 de mayo de 2015**, y por ello, da origen al pago de prestaciones sociales insolutos.

Marco jurídico

De la nulidad y restablecimiento del derecho

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tiene fundamento en el artículo 138 del C. de P. A. y de lo C. A., al alcance de toda persona que considere que con un acto administrativo se infringió agravio a sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, ejercicio con el cual se obtienen, de forma simultánea, tanto la nulidad del acto como el restablecimiento de los derechos personales violados por la decisión contenida en el acto o en los actos objeto de demanda.

Del principio de legalidad enunciado se aprecia, claramente, que la acción se origina en **un acto administrativo** que el demandante considera ilegal; **persigue** (objeto) la nulidad del acto y además el restablecimiento de un derecho, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado. Tal acción se encamina a: 1) **impugnar** la validez de un acto jurídico administrativo y, como declaración consecencial, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

El señor **Pedro Luis Lozano Mendoza** ha ejercido la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de cuestionar el Oficio de fecha 15 de septiembre de 2016, expedido por el alcalde Municipal de Saldaña -Tolima, mediante el cual se le niega el pago de sus acreencias laborales, del 1 de octubre del año 2013 hasta el 30 de mayo de 2015.

Al respecto se observa que se trata de un acto que impone una decisión administrativa proferida en una entidad pública que afecta, por no satisfacer o atender un derecho o interés subjetivo, individual o concreto; por consiguiente, es susceptible de control por esta jurisdicción mediante la pretensión que se ha promovido, y la Sala es competente para conocer de ello.

El Consejo de Estado⁴ ha advertido al respecto:

“Conforme lo ha precisado la doctrina y la jurisprudencia, el acto administrativo es una especie dentro del género de los actos jurídicos, caracterizado por ser expresión del ejercicio de la función administrativa del Estado, independientemente del órgano que lo expide o produce⁵, entendida ésta como aquella actividad estatal que cumplen o desarrollan los agentes del Estado y los particulares expresamente autorizados por la ley⁶, la cual, a diferencia de la función legislativa, se ejerce en el plano sublegal⁷, y, que excepto las supremas autoridades administrativas, por esencia, participa de la presencia de un poder de instrucción⁸.

Por lo tanto, desde el punto de vista de su contenido, el acto administrativo consiste entonces en la expresión de la voluntad, generalmente unilateral⁹, de la administración o de los particulares -expresamente autorizados para hacerlo-, en cumplimiento de función administrativa, dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas particulares o generales, entendidas éstas a su vez, como las distintas posiciones que pueden tener las personas frente a determinadas normas o formas de derecho, como por ejemplo, las situaciones de servidor público, contribuyente, usuario de un servicio público, contratista, oferente, etc.

En ese contexto, desde el punto de vista de su estructura, los elementos del acto administrativo son los siguientes: a) El objeto (una decisión); b) la competencia (facultad o capacidad para producir el acto); c) los motivos (razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión); d) las formalidades (conjunto de requisitos sucesivos que integran un procedimiento para la expedición del acto), y e) la finalidad (objetivo o propósito que se busca alcanzar con el acto, la cual comprende una común de todo acto, que es el interés general, y las específicas de cada acto en particular), los cuales, desde una perspectiva metodológica de su presentación, podría decirse que corresponden, en su orden, a los siguientes interrogantes: qué, quién, por qué, cómo y para qué.”. El acto demandado pues,

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR; Sentencia del 7 de septiembre de 2.000, Ref: Expediente No. 12244 – Contractual, Actor: María del Consuelo Herrera Osorio, Demandada: La Nación - Ministerio de Comunicaciones, Referencia: Contractual.

⁵ GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo - El Acto Administrativo”, 1ª Ed. Colombiana, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Santafé de Bogotá, 1999, pág. I-14.

⁶ Como es el caso por ejemplo de las Cámaras de Comercio, a quienes la ley les ha encomendado el manejo del registro mercantil (arts. 26 y 27 del Código de Comercio) y el registro de proponentes para la contratación estatal (art. 22 de la ley 80 de 1993), o la función notarial confiada a particulares (art. 1º del decreto 960 de 1979), o las entidades bancarias en cumplimiento del encargo de recaudación de tributos, etc.

⁷ Es decir, con una doble subordinación normativa: la primera a la Constitución Política y, la segunda, la ley; en tanto que la función legislativa se ejerce con arreglo a la primera de tales sujeciones.

⁸ Esta es precisamente una de las notas tipificadoras que permite distinguir la función administrativa de la función jurisdiccional. Sin embargo, por orden lógico de organización y de colocación de las cosas, de ese poder de instrucción se exceptúan las supremas autoridades administrativas, como acontece por ejemplo con el Presidente de la República, los gobernadores departamentales y los alcaldes municipales (con excepción de algunas precisas materias en las que éstos, por expresa disposición constitucional, constituyen agentes del Presidente, v. gr. en el manejo del orden público, art. 296).

⁹ Aunque hoy en día, en desarrollo de la participación de los administrados en la gestión de las tareas del Estado en general y de la actividad administrativa en particular, lo mismo que, como producto del fenómeno de la concertación como estrategia de gobierno, el acto administrativo ha dejado de ser exclusivamente expresión de la voluntad “unilateral” de la administración pública, para dar paso a la participación del gobernado en la producción de los actos administrativos, como por ejemplo, en la adopción de medidas como la fijación de los incrementos salariales, la liquidación consensual de los contratos estatales, la adopción de planes y programas de desarrollo, etc.

cumple con todos estos requisitos y por ello es un acto administrativo digno de ser juzgado.

Del principio de primacía de la realidad sobre las formas

La Constitución Política de 1991, en su artículo 53 consagra el principio de la «*primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*», como una garantía de los trabajadores a que se reconozca su relación laboral más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. La referida norma es del siguiente tenor:

*“Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.* Negrilla y subrayado fuera de texto.

Por lo anterior, se advierte que la finalidad es la de exigir al legislador la materialización uniforme, en los distintos regímenes, de los principios mínimos sustantivos que protegen a los trabajadores. En consecuencia, toda relación jurídica que implique conductas o actividades laborales, incluidas, aquellas donde el Estado es el empleador, deberá ser analizada con base en dichos principios y bajo una perspectiva ampliamente garantista.

A su turno, el Código Sustantivo del Trabajo en sus artículos 23 y 24 estableció los elementos para estructurar una relación laboral en los siguientes términos: **i)** La actividad personal del trabajador; **ii)** 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 **iii)** un salario como retribución del servicio, presupuestos que han servido de sustento a esta corporación para determinar la existencia de un vínculo laboral.

Por otra parte, el Consejo de Estado¹⁰ desarrolló los elementos de la relación laboral así: **(i)** la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE; Sentencia del 4 de febrero de 2016, Radicación número: 81001-

público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y, (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.

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

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

Así las cosas, para demostrar la desnaturalización del contrato de prestación de servicios, la parte demandante debe comprobar la actividad personal, la permanencia, la continua 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 la duración del contrato- y una retribución del servicio.

Es por ello, que de desfigurarse el contrato de prestación de servicios, cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación, surge

el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

El Contrato de Prestación de Servicios y el Contrato de Apoyo a la Gestión

En el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, indica los elementos de los que se debe disponer para que se configure un contrato de prestación de servicios, así, en cuanto tiene que ver con la contratación de personas naturales, la norma exige que solo se celebraran tratándose de estas, cuando: **i.** no puedan realizarse con el personal de planta o se **ii.** requieran de conocimientos especializados.

Posteriormente, este artículo fue modificado por los Decretos 165 de 1997, 2209 de 1998 y 2170 de 2002, que precisaron que *“solo se realizarán para fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar”*.

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

Cabe indicar que, la exigencia de que el contrato estatal de prestación de servicios solo pueda celebrarse cuando la entidad no posea el personal de planta o se requieran conocimientos especializados, ha sido precisada por las posteriores reformas legales al estatuto de contratación pública, particularmente las introducidas por la Ley 1150 de 2007 (artículo 2 – numeral 4 – literal h¹¹.), norma que subdividió el género *“contrato de prestación de servicios”* en dos especies: de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. La Sala Plena de la Sección¹², en sentencia de unificación, precisó las diferencias entre una y otra categoría, así:

(...) El contrato propiamente dicho de prestación de servicios profesionales.
... En este sentido, y efectuando un análisis exclusivamente sobre los fundamentos legales expuestos, serán entonces contratos de “prestación de servicios

¹¹ Ley 1150 DE 2007: ARTÍCULO 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

(...)

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos.

(...)

h) **Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión**, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales

(...)”

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA; Sentencia del 2 de diciembre de 2013, Radicación número 11001-03-26-000-2011-00039-00 (41719), Actor: Juan Carlos Castaño Posada, Demandado: Presidencia de la República y otros.

profesionales" todos aquellos cuyo objeto esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, al igual que a desarrollar estas mismas actividades en aras de proporcionar, aportar, apuntalar, reforzar la gestión administrativa o su funcionamiento con conocimientos especializados, siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas catalogadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico como profesionales. En suma, lo característico es el despliegue de actividades que demandan la aprehensión de competencias y habilidades propias de la formación profesional o especializada de la persona natural o jurídica, de manera que se trata de un saber intelectual cualificado.

Por consiguiente, el uso de esta concreta figura contractual queda supeditado a las necesidades a satisfacer por parte de la Administración Pública y la sujeción al principio de planeación; lo que encuentra su manifestación práctica en la elaboración de los estudios previos a la celebración del negocio jurídico, pues es allí donde deberán quedar motivadas con suficiencia las razones que justifiquen que la Administración recurra a un contrato de prestación de servicios profesionales.

El contrato de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión.

(...)Por otra parte, con estos mismos fundamentos se entiende entonces por contratos de "apoyo a la gestión" todos aquellos otros contratos de "prestación de servicios" que, compartiendo la misma conceptualización anterior, esto es, el desempeño de actividades identificables e intangibles, el legislador permite que sean celebrados por las entidades estatales pero cuya ejecución no requiere, en manera alguna, de acuerdo con las necesidades de la administración (previamente definidas en los procesos de planeación de la Entidad), de la presencia de personas profesionales o con conocimientos especializados, sean estas naturales o jurídicas.

Se trata entonces de los demás contratos de prestación de servicios, caracterizados por no ser profesionales o especializados, permitidos por el artículo 32 No 3º de la Ley 80 de 1993, esto es, que involucren cualesquiera otras actividades también identificables e intangibles que evidentemente sean requeridas por la entidad estatal y que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento o soporte y de carácter, entre otros, técnico, operacional, logístico, etc, según el caso, que tienda a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento de la correspondiente entidad, pero sin que sean necesarios o esenciales los conocimientos profesionales o especializados para su ejecución, los cuales, como se ha advertido, se reservan exclusivamente para el "contrato de prestación de servicios profesionales", y no para éstos de simple "apoyo a la gestión".

De esta forma el concepto de "apoyo a la gestión" entraña un claro apoyo a la actividad de las entidades estatales que debe entenderse de conformidad con la sistemática expuesta a propósito del contrato de prestación de servicios y que de manera restrictiva tiene relación con la administración o el funcionamiento de la entidad estatal correspondiente, conforme a las prédicas y exigencias del artículo 32 No 3º de la Ley 80 de 1993."

De lo anterior se colige que, en el marco del contrato de simple prestación de servicios de apoyo a la gestión, las necesidades que pretenden ser satisfechas por la Administración no comprometen, en modo alguno las actividades que son propias de conocimientos profesionales o especializados; aun así, ello no excluye que dentro de esta categoría conceptual se enmarquen actividades de carácter técnico las cuales, requiriendo un despliegue intelectual, no recaen dentro del concepto de lo profesional, así como otras necesidades en donde, según las circunstancias, el objeto contractual demanda la ejecución de acciones preponderantemente físicas o mecánicas; es decir, se trata de una dualidad de actividades dentro del concepto “de simple apoyo a la gestión”; unas con acento intelectual y otras dominadas por ejecuciones físicas o mecánicas. Lo distintivo, en todo caso, es que no requiere que sean cumplidas con personal profesional.

Del caso concreto.

En el caso sometido a consideración de la Sala de Decisión, encontramos que el señor Pedro Luis Lozano Mendoza pretende la nulidad del Oficio de fecha 15 de septiembre de 2016, expedido por el Alcalde Municipal de Saldaña -Tolima, mediante el cual se le negó el pago de acreencias laborales del 1 de octubre del año 2013 hasta el 30 de mayo de 2015. Asimismo, a título de restablecimiento del derecho, pretende se condene a la entidad demandada a liquidar y pagar las prestaciones sociales e indemnizaciones que por ley le corresponden, y se condene al reconocimiento de acreencias laborales como cesantías, interés de cesantías, vacaciones, primas, dotaciones, indemnización por no pago de las cesantías a un fondo como lo ordena la Ley 50/90, indemnización moratoria, de conformidad con el artículo 65 del C.S.T y devolución de los aportes a la seguridad social.

En audiencia inicial celebrada el 10 de mayo de 2018 (fl. 68 vto), el *a quo* dio por no contestada la demanda, en razón a que el abogado Jairo Alberto Trujillo, así como el Alcalde municipal de Saldaña no suscribieron el poder, ni hicieron nota de presentación personal pese de haberse requerido mediante auto del 12 de marzo de 2018 (fl. 64).

Posteriormente, el Juez Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia del 14 de agosto de 2019 negó las pretensiones de la demanda, argumentando que no se acreditaron los extremos temporales y los horarios en que la parte demandante ejecutó la actividad, que si bien allegó una relación de horarios de las actividades ejecutadas, lo cierto es que estas se ajustan más a las relaciones de coordinación, propias del contrato de prestación de servicios, que además no cuentan con alguna instrucción o directriz impuesta por parte de la entidad territorial para el cumplimiento del mismo, como memorandos, llamados de atención, reglamentos etc, o con alguna aceptación o admisión por parte de la administración municipal del mismo.

Por último, concluyó que para el caso en concreto los medios de pruebas aportados y practicados en el proceso no son suficientes ni determinantes para establecer que la actividad desempeñada por el señor Pedro Luis Lozano Mendoza fue

efectivamente una labor de vigilancia subordinada y, por tanto, no se acede a las pretensiones de la demanda.

Hechos probados.

A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

- a) El actor prestó sus servicios como portero en las instalaciones de la alcaldía del Municipio de Saldaña, así:

Contrato de Prestación de Servicios – Apoyo a la Gestión	Valor	Período	Desde	Hasta
No. 181-2013 (Fl. 27)	\$4.000.000	Tres (03) Meses	01/10/2013	31-12-2013
No. 10 (Fls. 19-22)	\$6.300.000	Seis (06) Meses	07/01/2014	30/06/2014
No. 135 (Fls. 15-17)	\$4.200.000	Cuatro (04) meses	01/09/2014	31/12/2014
No. 4 (Fls. 24 al 26)	\$5.750.000	1.080 horas	05/01/2015	No podrá exceder al 30/05/2015

En los contratos de Apoyo a la Gestión suscritos entre las partes se pactó, entre otras cosas, que el contratista **(i)** prestaría los servicios de portería en las instalaciones del edificio sede de la alcaldía municipal de Saldaña, conforme a la propuesta entregada; **(ii)** que para el pago se debía presentar un informe de actividades ejecutadas, con visto bueno del supervisor del contrato, quien para efectos de este se indicó que era el Secretario General y Gobierno del Municipio.

Conforme a lo anterior, el actor aportó como prueba documental informe que rindió de las actividades de los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2014, (Fls. 6 a 10), febrero, marzo, abril y mayo de 2015 (Fls. 11 a 14) que, en virtud de lo anteriormente descrito, era necesario para efectos del pago del contrato, máxime cuando en algunos de ellos se indicó que se contrataba el servicio por horas.

- b) Conforme a la petición hecha por el actor, con oficio **15 de septiembre de 2016**, (fls. 3 a 4), expedido por el alcalde del Municipio de Saldaña, la administración negó su solicitud de reconocimiento de prestaciones sociales, como cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, dotaciones entre otros, tal como se indica a continuación:

“...Con las pruebas que se allegan en su escrito y las que obran en las instalaciones de la alcaldía Municipal de Saldaña, se establece que el vínculo del señor LOZANO MENDOZA para con el municipio, lo fue a través de la modalidad de contrato de prestación de servicios, que se constituye uno de los mecanismos para que el Estado cumpla con su cometido social y público (...)

Lo anterior en virtud, que en la planta administrativa no existe el cargo de celador, y, la Constitución Política en su artículo 122 establece: “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la 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"

Lo que refleja no puede endilgársele la calidad laboral a la vinculación de señor LOZANO MENDOZA, en virtud de este predicamento de orden supra legal. Aunado a lo anterior, que toda persona que pretenda vincularse a la administración lo debe realizar a través del concurso de méritos, tal y como lo señala el artículo 126 de la Constitución Política de Colombia, al igual que lo predicado en el artículo 5 del decreto 2400 de 1968.

(...)

Luego entonces, no es posible acceder a su petición y se considera ningún derecho le asiste a su poderdante, para reclamar las prestaciones descritas en su derecho de petición, esto es, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, dotaciones, indemnización de la ley 50 de 1990, indemnización moratoria art 65 del C.S del T, devolución de seguridad social".

- b) Dentro de este proceso judicial se recepcionó el **testimonio** del Señor Diego Fernando González Orjuela, en audiencia de pruebas el 4 de septiembre de 2018, donde se puede extraer que, le consta que el demandante se desempeñaba como portero de la Alcaldía de Saldaña, más no indica la subordinación de este, al manifestar que no le consta que recibiera órdenes del señor alcalde (*minuto 15:15 a 16:06*), así como las actividades que desempeñaba, expresando que no le constaba con quien se rotaba el turno (*minuto 18:50 a 19:06*), ni que el accionante revisara maletas y orientara a usuarios (*minuto 24:16 a 24:21*).

Ahora bien, en aras de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte actora 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.

Se encuentra demostrado con la copia de los contratos de apoyo a la gestión y el testimonio recepcionado, la existencia de los siguientes elementos de la relación laboral, por un lado, **i.** la prestación personal del servicio, por cuanto efectivamente el demandante fue contratado por la entidad accionada como portero, según el objeto contractual ya relatado, lo que implica que fue quien prestó el servicio; por otro lado, **ii.** la remuneración por el trabajo cumplido, comoquiera que en dichos contratos se estipuló "VALOR y FORMA DE PAGO" con cargo a los recursos presupuestales de la entidad, es decir, la suma de dinero que tenía derecho a recibir y la modalidad del pago, lo que se entiende como la remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios o salario).

En cuanto a la subordinación, como tercer elemento esencial de toda relación laboral, factor que lo diferencia del contrato de prestación de servicios y/o apoyo a la gestión, para verificar su existencia se deberá analizar el material probatorio que fue recaudado en el proceso, para finalmente determinar si la relación que se suscitó entre las partes cumple con los requisitos para que se configure el contrato realidad a que hace referencia el artículo 53 de la Constitución Política.

La jurisprudencia¹³ ha definido la subordinación como:

“La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.

Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél”.

Así las cosas, para demostrar la subordinación será necesario que se acrediten una serie de sucesos que giran en torno al contrato, los cuales de manera conjunta llevan a la convicción de este elemento esencial, como por ejemplo las condiciones en que se debe ejecutar la labor contratada, el objeto social de la entidad estatal donde se presta el servicio, las necesidades que justifican la contratación, la temporalidad de la prestación del servicio, entre otras. Empero, es importante aclarar, que los criterios fácticos que se deben acreditar para llegar a concluir que una relación contractual estuvo orientada por la subordinación, son disímiles en cada caso, de tal forma que, a modo de ejemplo, no siempre que haya cumplimiento de horario implica *per se* que nos encontremos ante una relación laboral¹⁴.

Sin embargo, si es posible enunciar algunas situaciones fácticas que permiten inferir que la relación enjuiciada puede estar regida por la subordinación, sin pretender agotarlas en su totalidad, como el cumplimiento de horario o turnos no convenidos entre las partes, la asistencia obligatoria a reuniones, la aplicación del reglamento interno del trabajo, forma de pago no acordada entre las partes, la aplicación de sanciones disciplinarias no propias de la contratación estatal y que exceden los límites de la coordinación y vigilancia, llamados de atención, el exceso en la temporalidad de los contratos, sobre todo en aquellos casos que se ejecutan funciones permanentes o inherentes al objeto social de la entidad, y demás.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS; 17 de junio de dos mil 2021, Radicación número: 73001-23-33-000-2015-00351-01(3513-16), Actor: María Magdalena Mendoza Ramírez, Demandado: Municipio Del Guamo (Tolima).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS; Sentencia del 8 de abril de 2021, Radicación número: 20001-23-33-000-2014-00156-01(0974-16), Actor: María Zunilda Cotes Olivella, Demandado: Departamento Del Cesar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER; Sentencia del 9 de abril de 2021, Radicación número: 47001-23-33-003-2014-00378-01(4266-18), Actor: Nancy Dolores Ortega Castellanos, Demandado: Servicio Nacional De Aprendizaje (Sena).

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS; Sentencia del 17 de junio de 2021, Radicación número: 73001-23-33-000-2015-00351-01(3513-16), Actor: María Magdalena Mendoza Ramírez, Demandado: Municipio Del Guamo (Tolima).

Ahora bien, le corresponde a la parte demandante demostrar que en el caso particular los contratos de apoyo a la gestión se utilizaron con el propósito de encubrir la continuada subordinación, toda vez que, al contrario de lo que acontece en la jurisdicción laboral ordinaria, en donde toda prestación personal del servicio se presume una relación laboral, y en consecuencia se invierte la carga probatoria de la subordinación; en esta jurisdicción, para efectos de la declaración del contrato realidad a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que se ataca son actos administrativos que se encuentran amparados por la presunción de legalidad, por lo tanto es al ciudadano afectado a quien le corresponde probar que los argumentos y los hechos en que se funda vulneran el ordenamiento jurídico, y debido a ello procede la declaración de nulidad y correspondiente reconocimiento de la relación laboral.

En el *sub judice*, la naturaleza de las funciones desempeñadas por el actor, pese a que el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, no pueden cumplir con el objeto del contrato a cualesquiera horas del día o la noche, o suspenderlo en cualquier momento, por el contrario, debía existir una periodicidad constante en la ejecución del mismo, no admite interrupción, por lo que pareciese que se estuviere cumpliendo con un horario de trabajo.

Del mismo modo, la subordinación que se alega, se enmarca simplemente en una relación de coordinación¹⁵ entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito. Es de anotar que, en el objeto de los contratos aportados al proceso, en su numeral primero, indica que los servicios que se van a prestar se harán de conformidad con la propuesta presentada por el actor. Luego entonces, los horarios establecidos se hicieron con base a una concertación o coordinación con el contratista, al presentarse la propuesta, antes de suscribir el contrato de apoyo a la gestión.

Así las cosas, el demandante no logra demostrar ni con las pruebas documentales aportadas, ni con el testimonio recaudado, que haya existido una continua subordinación. En primer lugar, porque de la prueba documental se colige que, los informes de actividades desarrolladas, era un requisito para el pago, y el testimonio no indicó la supuesta subordinación que se alega.

En conclusión, no se encuentra en el expediente otros medios de prueba con la suficiente entidad que permitan aseverar que el demandante recibía órdenes e instrucciones sobre la forma en que debía prestar sus servicios o ejecutar el contrato. Se hace énfasis en que no obran en el plenario documentos tales como llamados de atención, memorandos, comunicaciones, circulares u otros escritos mediante los cuales se hubiera exigido o dado órdenes.

Así las cosas, los argumentos previamente expuestos permiten establecer la improcedencia del reconocimiento de los derechos salariales y prestacionales que

¹⁵ El **principio de coordinación**, en los contratos de prestación de servicios, consiste en la sincronización de las actividades que ejerce el contratista con las directrices que imparte el contratante para la ejecución eficiente y eficaz del contrato, por lo que es indispensable que exista una concertación contractual, en la que aquel cumple su contrato con independencia, sin embargo, en armonía con las condiciones necesarias impuestas por su contraparte, respecto de las cuales esta ejerce control, seguimiento y vigilancia al pacto suscrito. Diferente es **la subordinación**, en virtud de la cual existe una sujeción del trabajador hacia su empleador y, en tal sentido, este cuenta en todo momento con la posibilidad de disponer del trabajo de aquel, quien a su vez tiene la obligación correlativa de obedecerle.

solicita el demandante en el recurso de apelación, al encontrarse que no se configuró el elemento “*subordinación*” propio de la relación laboral. En suma, el acervo probatorio arrojado al proceso solo consigue demostrar la prestación personal del servicio del demandante y la remuneración como portero de la Alcaldía de Saldaña – Tolima, mas no es posible establecer con total certeza si existió subordinación, así como tampoco se encuentra debidamente acreditado el carácter permanente del cargo ocupado.

Por las razones expuestas en precedencia, la Sala confirmara la sentencia de primera instancia, dado que al señor Pedro Luís Lozano Mendoza no le asiste el derecho en lo reclamado.

Costas.

Resuelto el recurso de apelación y no accediendo a las pretensiones de este, es menester hacer el correspondiente análisis de la condena en costas de la segunda instancia.

Ahora bien, el Código General del Proceso sobre costas, tiene dicho que están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (**artículo 361**), por lo que en la decisión que resuelva una controversia total o parcial, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación o queja o súplica, etc., que haya propuesto (**artículo 365, numerales 1 y 2**); de tal manera que se explicita en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia, condenando al recurrente en las costas de la segunda (numeral 3), o cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (numeral 4).

Por lo demás, de acuerdo con el **artículo 366 del C. G. del P.**, “... 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, **y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador** o el juez, aunque se litigue sin apoderado”.

Por su parte, el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala lo siguiente:

“1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

En única instancia.

- a. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido.
- b. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V

En primera instancia.

- a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:
 - (i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.
 - (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.
- c. Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.

En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L.V.”

Teniendo en cuenta el artículo 365 numeral 8 del Código General del Proceso el cual establece “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación” y que la parte de demandada no allegó prueba de lo causado, esta Sala se abstendrá de condenar en costas y fijar agencias en derecho aplicando el criterio objetivo valorativo consagrado por el Consejo de Estado¹⁶, para no hacer gravosa la condición del actor respecto de la sentencia de primera instancia y garantizando la doble instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de fecha 14 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, dentro del proceso promovido por **Pedro Luís Lozano Mendoza** en contra del Municipio de Saldaña, que denegó las súplicas de la demanda.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas y fijar agencias en derecho de la segunda instancia, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: En firme la presente decisión devuélvase el expediente al Juzgado de origen, para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sala de la fecha de la providencia.

¹⁶ “**CONDENA EN COSTAS-Criterio objetivo valorativo**

Con el propósito de resolver la controversia que se analiza, se advierte que en el expediente está demostrado que la entidad demandada sí ejerció la defensa durante el trámite de la primera instancia, en forma escrita, con el memorial de contestación de la demanda y, en forma presencial, con su asistencia durante la audiencia inicial; por lo tanto, se debe concluir que sí confluyeron los criterios objetivo y valorativo para que el tribunal impusiera una condena al respecto, a cargo de la parte demandante. En efecto, en aplicación del criterio objetivo, en la sentencia debe haber una disposición o decisión acerca de la condena en costas, bien sea imponiéndola o absteniéndose de hacerlo; en este caso, el juez de instancia decidió condenar en costas. (...) Finalmente, es oportuno señalar que esta Sala ha considerado que para la valoración que debe realizar el juez, con miras a determinar si hay o no lugar a imponer costas, no se incluye el aspecto relativo a la mala fe o temeridad de las partes, pues, de lo que se trata es de verificar la actuación o gestión que haya realizado la parte contraria a aquella a la cual le resultan desfavorables las pretensiones y no de evaluar la conducta leal, adecuada, prudente, oportuna y decorosa de la parte que resulta vencida en la actuación, pues tales circunstancias no impiden la imposición de la condena en costas...”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS; Sentencia del 25 de junio de 2020, Radicación número: 41001-23-33-000-2016-00502-01 (5485-18), Actor: Nohemí Suaza Triviño, Demandado: Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Temas: Régimen de cesantías con retroactividad, Sentencia Segunda Instancia.


ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA
Magistrado


JOSÉ ALETH RUÍZ CASTRO
Magistrado


JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado

Firmado Por:

Jose Andres Rojas Villa
Magistrado
Escrito 002 Sección Primera
Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

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: **f31a9831c03c5fbff2b308bdffa68f5fbc2052c6fa73e17180438ebe861dd76**
Documento generado en 20/09/2021 02:55:36 p. m.

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>