

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA SALA DE ORALIDAD M.P. LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

Ibagué, cuatro (04) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

### IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Radicación: 73001-33-33-001-2018-00452-00  
Demandante: Diego Ferney Vera Mora  
Apoderado: Martha Alejandra Londoño Lomelin  
Demandado: Infibagué  
Apoderado: Víctor Manuel Mejía Quesada  
Demandado: IMS S.A.  
Apoderado: Edna del Rocío Vargas Clavijo  
Llamado en garantía: Seguros del Estado  
Apoderado: Renunció  
Tema: Contrato realidad

### ASUNTO

Dictar sentencia de primera instancia dentro del asunto antes identificado.

### 1. ANTECEDENTES

#### 1.1. La demanda

El señor Diego Ferney Vera Mora<sup>1</sup>, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Ibagué, en adelante Infibagué, y la empresa IMS S.A., para que se acojan las siguientes **pretensiones**:

- . Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio 3798 del 15 de junio de 2012, por medio del cual Infibagué *“niega la reclamación efectuada (...) en donde solicitaba el reconocimiento de un contrato de trabajo y el pago de las prestaciones sociales adeudadas por dicha empresa como empleador (...) y solidariamente con la EMPRESA “IMS” S.A., durante el periodo comprendido entre el 29 de Noviembre de 2.007 y el día 30 de Octubre de 2.009.”* (sic).

- . Se declare *“(...) que el contrato de trabajo fue terminado unilateralmente y sin justa causa por parte del demandado (...) “INFIBAGUE”* (sic).

- . Como restablecimiento del derecho solicita que se ordene a Infibagué el pago de las siguientes contraprestaciones:

- “a. Cesantías*
- b. Reajuste de las cesantías.*
- c. Reajuste de la prima de servicios.*
- d. Reajuste de las vacaciones.*

---

<sup>1</sup> Por intermedio de apoderado.

- e. Reconocimiento de la prima de navidad.
- f. Reconocimiento de la prima de vacaciones.
- g. Reconocimiento de la bonificación por servicios prestados.
- h. Reconocimiento del auxilio de alimentación.
- i. Reajuste de las cotizaciones a pensiones.
- j. Sanción o indemnización establecida por la no consignación de las cesantías.
- k. Indemnización por despido injusto.
- l. indemnización moratoria.” (sic).

- . Se condene solidariamente a la empresa IMS S.A.

- . Se condene a las demandadas en costas procesales.

### **1.1.1. Hechos**

Informó que el señor Diego Ferney Vera Mora laboró para Infibagué, por intermedio de la empresa IMS S.A., entre el 29 de noviembre de 2007 y el 30 de octubre de 2009.

Mencionó que la prestación del servicio fue continua e ininterrumpida, desarrollado en las instalaciones de Infibagué, en ejercicio del cargo de auxiliar administrativo y asistente administrativo, con una asignación mensual de \$667.318 más auxilio de transporte.

Señaló que la jornada laboral en que prestó sus servicios a Infibagué era de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 6:00 p.m., con derecho a dos horas diarias de almuerzo.

Dijo que en cumplimiento de sus funciones debía recibir órdenes e instrucciones de trabajo impartidas por los jefes de División Administrativa, Oficina de Cuentas Especiales y Control Interno de Infibagué.

Refirió que por superar “(...) *el término de la contratación de trabajadores en misión, de seis (6) meses prorrogables hasta por seis meses (6) más, se impone entonces que se le reconozca y pague los derechos y prestaciones sociales propias de los empleados públicos y trabajadores oficiales adscritos al INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE IBAGUÉ “INFIBAGUE” (...)*” (sic).

Apuntó que la empresa “(...) *que efectuó intermediación laboral y aquí demandada solidariamente (...) “IMS” S.A., le comunica de forma escrita (...) que el contrato de trabajo suscrito con dicha Cooperativa terminaba a partir del día 30 de Octubre de 2.009, (...)*” (sic), por la terminación del contrato suscrito con Infibagué.

Relató que el 30 de mayo de 2012 mediante derecho de petición solicitó ante Infibagué el reconocimiento de una relación laboral y el pago de las contraprestaciones derivadas de ella, durante el período transcurrido entre el 29 de noviembre de 2007 y el 30 de octubre de 2009.

Comentó que a través del Oficio 3798 del 15 de junio de 2012, Infibagué dio respuesta negativa a la mentada solicitud.

### **1.1.3. Normas violadas y concepto de violación**

Citó como normas violadas los artículos 1, 13, 21 – 24, 39 – 39, 43, 47, 54, 55, 64, 65, 67, 68, 127, 140, 145, 186, 189, 230, 232, 249, 253 y 306 del C.S.T.; Decreto

2127 de 1949; Decreto 797 de 1949; Decreto 2351 de 1965; Decreto 1373 de 1996; Ley 25 de 1975; Decreto 116 de 1976; Ley 50 de 1990; artículo 38 de la Ley 100 de 1993; Decreto 917 de 1999; Ley 446 de 1998; y, Decreto 2511 de 1998.

No expuso concepto de violación.

## **1.2. Contestaciones de la demanda**

### **1.2.1. Infibagué**

Expresó oposición a las súplicas de la demanda por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos, aludiendo que la labor desempeñada por el actor no está dentro del objeto misional de la entidad, por lo que su vinculación a través de empresas de servicios temporales y de cooperativas de trabajo asociado, están ajustadas a las normas legales vigentes para la época de contratación.

Señaló que, para la época de los hechos, dentro de la planta de personal de la entidad no existían trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo, por tanto, con el demandante nunca existió un vínculo de carácter laboral y menos aún una relación legal y reglamentaria.

Argumentó que la entidad haciendo uso de las facultades legales, por intermedio de outsourcing, contrató servicios para cubrir funciones transitorias que no podía proveer con empleados de la planta de personal. Además, mencionó que la labor que desarrolló el accionante, *“no pertenece a la función pública, no fueran funciones permanentes propias del Instituto, la actividad que ejecutó o desarrolló no se puede comparar a ningún cargo de planta, las labores desempeñadas, no se encontraban enlistados o creados en la planta de personal de la entidad accionada, esa función era transitoria, ese cargo no existe en el Instituto de Financiamiento y promoción, por eso fue necesario la contratación de Sociedades que suministraban personal transitorio para el apoyo logístico”* (sic).

Reseñó que en razón a que las funciones ejercidas por el accionante no eran propias del instituto, ni permanentes de la administración, *“no puede entonces existir subordinación o dependencia frente al presunto empleador, y por eso no puede surgir el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del trabajador enviado en misión”* (sic).

Apuntó que estaba demostrado que el empleador del actor no fue Infibagué sino la sociedad que lo envió en misión al instituto, la cual le impartía órdenes, le pagaba el salario y demás prestaciones sociales. Dijo que no hubo ningún tipo de subordinación del demandante con Infibagué, ya que, nunca le impartió una orden al trabajador, sino que éste dependía exclusivamente de la sociedad que lo contrató.

Enunció que tenía conocimiento que la empresa IMS S.A., le canceló al demandante todos los emolumentos que le correspondían como trabajador. Indicó que dentro del objeto del contrato con la Sociedad IMS S.A., se determinó que ésta debía cumplir con las obligaciones sociales y prestacionales de las personas que enviaba en misión y no tuvo noticia de que haya incumplido los compromisos con sus trabajadores, por lo tanto, concluyó, no se le adeuda ningún tipo de emolumento salarial o prestacional por parte del instituto, puesto que nunca fue su empleador y hay ausencia de los elementos esenciales de la relación laboral.

Coligió que, *“(...) el caso de marras es imposible demostrar la existencia de la relación laboral, ya que solo basta con mirar el objeto contractual para darse cuenta que la actividad desarrollada no es una función misional del Instituto y que se*

*requería contratar a través de esta modalidad el servicio, al tratarse de una actividad transitoria". Agregó que, "(...) entre la empresa usuaria y el trabajador en misión no se genera relación laboral, al no existir entre la empresa usuaria y el trabajador temporal contrato alguno" (sic).*

Expresó que, de colegirse la existencia de una relación laboral con el demandante, cualquier derecho que reclame se encuentra prescrito.

Además de lo anterior, formuló las excepciones de "cobro de lo no debido por la inexistencia del vínculo laboral con Infibagué"; "inexistencia de solidaridad"; "prescripción"; y, "buena fe".

### **1.2.2. Sociedad IMS S.A.**

Asentó que el demandante tuvo vinculación laboral con la empresa entre el 21 de octubre de 2008 y el 30 de octubre de 2010, empero, no se le adeuda suma alguna por salarios y prestaciones causadas durante tales períodos, pues, se le cancelaron todas y cada una de las acreencias laborales convenidas en el contrato de trabajo y previstas en la legislación laboral.

### **1.2.3. Llamamiento en garantía - Seguros del Estado S.A.**

Respecto a la demanda señaló que se encontraba prescrito el derecho a reclamar la existencia de una relación laboral y el consecuente pago de las prestaciones derivadas de ella, toda vez que el vínculo laboral finalizó el 30 de octubre de 2009 y la demanda se formuló el 6 de agosto de 2014.

También, expresó que Infibagué carece de legitimación en la causa por pasiva para responder por las pretensiones reclamadas por el actor, como quiera que no están dados los elementos constitutivos de la relación laboral.

En cuanto al llamamiento en garantía efectuado por Infibagué, mencionó que, dadas las circunstancias del caso, las eventuales indemnizaciones de personal que se debaten en el proceso, no serían fruto de un incumplimiento contractual de IMS S.A., y en esa medida, tales indemnizaciones no podrían ser cubiertas por la póliza de seguro que da sustento al llamamiento en garantía.

Refirió que en ninguna parte del texto de la demanda se afirma que IMS S.A. haya dejado de pagar al demandante estipendio alguno derivado del contrato de trabajo que éste último suscribió con el primero. Entonces, de declararse la eventual existencia de la relación laboral, ésta sería imputable directamente al instituto y no al contratista, quien cumplió con todas las obligaciones derivadas del contrato de trabajo suscrito con el señor Diego Ferney Vera Mora.

Agregó que una eventual condena en este proceso no se produciría como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que estaba comprometido el contratista, luego, la aseguradora no estaría llamada a responder en tal caso.

Explicó que el objeto de la garantía otorgada en la póliza de cumplimiento No. 25-44-101009097 es el de cubrir los perjuicios patrimoniales que el contratista le cause a la entidad contratante con ocasión del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal garantizado, y no de las obligaciones que sean deber directo del asegurado, como es el caso de una eventual declaratoria de contrato realidad entre la entidad estatal asegurada y el demandante, por consiguiente, asegura que, las pretensiones del llamamiento en garantía deben rechazarse, en la eventualidad de

que en el caso *sub lite* se produzca una condena en contra de la entidad estatal garantizada.

También formuló las excepciones de “*prescripción*”, “*inexistencia de la obligación a cargo de Seguros del Estado S.A. si se declara relación laboral directa entre la demandante y el Instituto*”, “*ausencia de cobertura de la póliza de cumplimiento a favor de entidad estatal No 25-44-101009097 por ocurrencia del presunto siniestro fuera de la vigencia de la misma*”, e, “*inexistencia de los requisitos para hacer exigible la póliza de cumplimiento a favor de entidad estatal No. 25-44-101009097*”.

### **1.3. Decisiones relevantes en la audiencia inicial**

#### **1.3.1. Frente a las excepciones previas**

Se despacharon desfavorablemente las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa y de caducidad, formuladas por la parte demandada.

#### **1.3.2. Fijación del litigio**

Se determinó que el proceso se ocuparía de establecer, desde el punto de vista fáctico, lo siguiente:

- ¿Cuáles fueron las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que el señor Diego Ferney Vera Mora prestó sus servicios a Infibagué?
- ¿Si la prestación del servicio respecto de Infibagué se hizo bajo subordinación o dependencia de dicha entidad?, o ¿si esa subordinación o dependencia la tuvo solamente respecto de IMS S.A.?
- ¿Cuáles fueron las contraprestaciones que recibió el señor Vera Mora de IMS S.A. por los servicios prestados?
- En el evento de encontrarse que la subordinación o dependencia en la prestación de servicios no fue a IMS S.A. sino a Infibagué, se mencionó que habría de determinarse ¿cuáles son las contraprestaciones económicas que prevé el ordenamiento jurídico para un servidor en el cargo que desempeñó el demandante?, y ¿si respecto a esas contraprestaciones se presenta o no alguna diferencia respecto a la liquidación que le hizo IMS S.A.?
- De encontrarse diferencia frente a la liquidación de las prestaciones, se indicó que deberá establecerse si esa diferencia fue a favor o en contra, ya que si fue a favor se decidirá si hay lugar o no al pago de la diferencia.
- En el evento de encontrarse configurada la subordinación, también se dijo que se determinaría ¿si hay lugar al pago de indemnización moratoria o no por la oportunidad en que se haya pagado las cesantías?

Ahora, desde el punto de vista jurídico, se estableció que el proceso se ocuparía de determinar si existió o no relación de trabajo entre Diego Ferney Vera Mora con Infibagué.

Por último, se indicó que en la sentencia también se resolverán las excepciones formuladas y las que resulten probadas de oficio.

### **1.4. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público**

Las partes insistieron en consideraciones expuestas en intervenciones anteriores.

El Ministerio Público conceptuó a favor de que se acceda parcialmente a las súplicas de la demanda, pues encontró acreditados los elementos de la relación laboral entre el señor Diego Ferney Vera Mora e Infibagué, entre el 01 y 30 de diciembre de 2007, y del 4 de enero de 2008 al 30 de octubre de 2009, por lo que sugirió la nulidad parcial del acto enjuiciado y que se reconozca el pago de *“las sumas de dinero que correspondan al mayor valor, si a ello hubiere lugar, entre los derechos laborales pagados a un Asistente Administrativo de planta y las sumas netas pagadas al demandante por el lapso comprendido entre el 01 y 30 de diciembre de 2007 y entre el 04 de enero de 2008 y el 30 de octubre de 2009 y lo pagado por todo concepto al demandante dentro de los mismos lapsos; (...). Así mismo pagar al demandante los mayores valores por él pagado por concepto de seguridad social (...) y al Fondo de Pensiones y FOSIGA O ADRESS el mayor valor que como empleador debía pagar la entidad por concepto de aportes”* (sic). En lo demás señaló que se nieguen las demás súplicas de la demanda.

## **2. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **2.1. Saneamiento**

No se observa causal que invalide la actuación hasta ahora surtida.

### **2.2. Competencia**

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 152-2 de la Ley 1437 de 2011 corresponde a los Tribunales Administrativos conocer en primera instancia de los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo en los cuales se controvertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como éste sometido a estudio de la Corporación.

Ahora, por mandato del artículo 125 ibídem esta providencia será de Sala.

### **2.3. Problema jurídico**

En atención a lo antepuesto, corresponde a la Sala determinar si entre Infibagué y el señor Diego Ferney Vera Mora existió o no una verdadera relación de trabajo, entre el 29 de noviembre de 2007 y el 30 de octubre de 2009.

En caso de establecerse que entre Infibagué y el señor Diego Ferney Vera Mora existió una relación de trabajo, compete a la Sala determinar si al demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar el reconocimiento y pago de los emolumentos no devengados si hubiera sido vinculado mediante relación legal y reglamentaria.

Para dilucidar los problemas jurídicos planteados líneas atrás, metodológicamente se dará solución a cada uno de los interrogantes formulados en la fijación del litigio.

Fuera de lo antepuesto, la Sala se pronunciará sobre cualquier excepción que resulte probada.

### **2.4. Tesis de la Sala**

Se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda porque sin importar la denominación que se le dé a la relación laboral, siempre que se evidencien los

elementos integrantes de la misma<sup>2</sup>, ello dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad<sup>3</sup>. En este proceso se acreditó que Diego Ferney Vera Mora prestó sus servicios a Infibagué en calidad de asistente administrativo de manera personal y subordinada, recibiendo una contraprestación económica por el trabajo cumplido, por el período transcurrido entre el 01 de diciembre de 2007 y el 30 de octubre de 2009. A título de restablecimiento del derecho sólo se ordenará el pago de prestaciones sociales y cotizaciones a seguridad social por el período comprendido entre el 01 de diciembre de 2007 y el 20 de octubre de 2008, en razón a que se probó que, desde el 21 de octubre de 2008 hasta el 30 de octubre de 2009, al demandante la empresa IMS S.A. le canceló salarios, cotizaciones a seguridad social y demás contraprestaciones pactadas en los contratos de trabajo suscritos para prestar sus servicios como trabajador en misión a favor de Infibagué. Por las mismas razones no se emitirá condena en contra del llamado en garantía, pues la póliza traída al proceso es clara en determinar que se hará efectiva en caso de incumplimientos salariales y prestacionales por parte de IMS S.A., en virtud al contrato de prestación de servicios suscrito con Infibagué, para suministrar trabajadores en misión, y está acreditado en el sumario que frente al actor se cancelaron cada uno de los conceptos salariales y prestacionales convenidos mediante contrato de trabajo, entre el 21 de octubre de 2008 y el 30 de octubre de 2009. Lo hasta aquí expuesto igualmente se empleará para negar la condena solidaria que el actor reclamaba en el escrito de demanda frente a IMS S.A. Tampoco se declarará probada la excepción de prescripción formulada por la parte demandada, ya que no transcurrieron más de tres (3) años entre la causación del derecho (30/10/09) y la reclamación administrativa (30/05/12), ni entre este último suceso y la presentación de la demanda (01/08/14).

De otro lado, se negarán las súplicas de la demanda concernientes al pago de indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria por pago tardío de la liquidación laboral y de las cesantías; primero, porque a pesar de que se acreditaron los elementos configurativos de una relación laboral, no se está asumiendo la existencia de un contrato de trabajo, luego no aplica la sanción dispuesta para la terminación ilegal de este tipo de vinculaciones; y, segundo, teniendo en cuenta que esta sentencia es constitutiva de derechos y es a partir de ella que se generan contraprestaciones en favor del demandante, no resulta procedente reconocer el pago de sanción moratoria por incumplimiento en el pago de la liquidación laboral, ni de las cesantías definitivas.

## 2.5. Análisis de la Sala

### 2.5.1. Hechos probados

De conformidad con el material probatorio recaudado en el proceso, arrojado oportunamente por las partes, y que en ningún momento fue desconocido o tachado, se encuentra acreditado lo siguiente:

-. Diego Ferney Vera Mora estuvo vinculado mediante sucesivos contratos de prestación de servicios con Infibagué, durante los siguientes períodos:

Nro.	Período	Objeto	Valor	Folios
158	Del 1 al 30 de diciembre de 2007	"CONTRATAR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS	\$1.011.390	41
014	Del 4 de enero al 4 de febrero de 2008		\$1.064.585	38-39

<sup>2</sup> Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

<sup>3</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá D.C. Veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 230012333000201300260 01 (0088-15).

058	Del 4 de febrero al 4 de marzo de 2008	PERSONALES COMO ASISTENTE ADMINISTRATIVO EN LA OFICINA DE CONTROL INTERNO DE INFIBAGUE"	\$1.064.585	42
060	Del 4 de marzo al 4 de julio de 2008		\$4.258.342	42
Prórroga	Del 4 de julio al 4 de septiembre de 2008		\$2.129.171	42
323	46 días, a partir del 4 de septiembre de 2008		\$1.632.364	43

- Luego laboró como trabajador en misión enviado por la empresa IMS S.A., al servicio de Infibagué en el cargo de asistente administrativo, durante el período comprendido entre el 21 de octubre de 2008 y el 30 de octubre de 2009, así:

Fecha contrato	Tipo de vinculación	Salario mensual	Folios
21/10/2008	Labor u obra	\$615.137	201 a 202
21/05/2009	Labor u obra	\$662.318	207 a 209

- Según certificado laboral emitido por IMS S.A., entre el 21 de octubre de 2008 y el 30 de octubre de 2009, en ejercicio del cargo de asistente administrativo, mientras prestaba sus servicios en misión para Infibagué, desarrolló las siguientes funciones (folios 44 al 46):

*“1. Recibir las comunicaciones externas e internas, tomar nota de su contenido entregarlas con prontitud al jefe inmediato y estar atento para que el trámite del mismo se haga oportunamente.*

*2. Proyectar cartas y demás documentos para la revisión y firma del jefe.*

*3. Mantener actualizada la agenda de asuntos pendientes (llamadas telefónicas, citas, reuniones, cronograma de presentación de informes, entrega de documentos) e informar a su jefe sobre el cumplimiento de tales eventos.*

*4. Atender a los clientes internos y externos de la Entidad en forma amable y cortés sea de manera personal o telefónica.*

*5. Llevar en forma correcta y mantener organizado el archivo de la dependencia.*

*6. Manejar el programa de correspondencia del Instituto, consultándolo diariamente para verificar la llegada de documentos relacionados con la dependencia, tramitar los pendientes y registrar en el sistema las respuestas a los mismos.*

*7. Elaborar cuadros estadísticos e informes a cargo de la dependencia y mantenerlos actualizados.*

*8. Colaborar en el desarrollo de las auditorias programadas por el superior inmediato.*

*9. Realizar visitas de campo en desarrollo de la ejecución de las auditorias.*

*10. Apoyar en el desarrollo de las funciones asignadas a la dependencia.*

*11. Responder por el cuidado y recomendar mantenimiento de los equipos e instrumentos entregados a su cargo y efectuar los controles periódicos necesarios.*

12. *Proyectar, desarrollar y recomendar las acciones que deban adoptarse para el logro de los objetivos y las metas propuestas.*

13. *Efectuar diligencias externas cuando las necesidades del servicio lo requieran y por delegación del superior inmediato.*

14. *Preparar y presentar los informes sobre las actividades desarrolladas, de acuerdo con las instrucciones recibidas.*

15. *Las demás que le sean asignadas por autoridad competente, de acuerdo con el área del desempeño.*

16. *Las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato.”*

-. Conforme al desprendible de nómina de septiembre de 2009 se puede establecer que mensualmente IMS S.A. cancelaba al señor Vera Mora sueldo y auxilio de transporte. También que se hacían deducciones legales a salud y pensión (folio 40).

-. El 28 de octubre de 2009, IMS S.A. le informó sobre la finalización del vínculo laboral a partir del día 30 siguiente, *“debido a la terminación de la labor, obra u oficio para el cual fue contratado (...) en beneficio de (...) INFIBAGUÉ”* (folio 47).

-. De acuerdo a las liquidaciones laborales efectuadas por IMS S.A. a favor de Diego Ferney Vera Mora, los días 21 de mayo y 6 de noviembre de 2009, es posible establecer que además del pago mensual del salario y el auxilio de transporte, asimismo percibió el pago de prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones (folios 203 y 209).

-. Igualmente se acreditó que entre los meses de octubre de 2008 a octubre de 2009 se realizaron cotizaciones a salud, pensión y caja de compensación familiar (folios 375 al 378).

-. Mediante Contrato de Prestación de Servicios No. 405, suscrito entre Infibagué y la Empresa IMS S.A., se pactó: *“CONTRATAR LOS SERVICIOS DE APOYO, POR LA MODALIDAD DE OUTSOURCING, PARA LA REALIZACIÓN DE PROCESOS RELACIONADOS CON LA ADMINISTRACIÓN DE LAS PLAZAS DE MERCADO Y PARQUE DEPORTIVO, ASI COMO PROCESOS QUE SE CUMPLEN EN LAS DIFERENTES DEPENDENCIAS ADMINISTRATIVAS DE INFIBAGUE. (...)”* (folios 90 al 96).

-. IMS S.A. constituyó póliza a favor de Infibagué para garantizar el cumplimiento del pago de salarios derivados del contrato antes referido, con la aseguradora Seguros del Estado (folio 39 al 48 del cuaderno de llamamiento en garantía).

-. El 30 de mayo de 2012 el señor Diego Ferney Vera Mora elevó reclamación administrativa ante Infibagué, pidiendo el reconocimiento de una relación laboral entre el 29 de noviembre de 2007 y el 30 de octubre de 2009, con el consecuente pago de las contraprestaciones derivadas de ella (folios 35 al 36).

-. Con Oficio 3798 del 15 de junio de 2012 Infibagué despachó desfavorablemente la solicitud anterior, aduciendo que *“(...) no se encontró evidencia que (...) haya sido vinculado a la planta del instituto directamente (...)”* (folio 37).

-. Dentro de este proceso judicial se recaudaron los testimonios de los señores Álvaro Casas Aranda y Jorge Edinson Lache Cortés, quienes sobre la relación laboral del aquí demandante con Infibagué, relataron:

- **Álvaro Casas Aranda**

*“(...) Diego Ferney Vera (...) fue compañero mío de Infibagué. Él trabajó por varios (...) años (...) allá en Infibagué, (...), con la doctora Luz María Callejas, (...), y él fue compañero mío como 4 o 5 años allá en Infibagué. Él no laboraba en la misma sección mía, pero trabajaba en la administrativa con la doctora Luz María Callejas, (...) nosotros pertenecíamos a una cooperativa (...) empresas temporales de empleo, que nos contrataban a nosotros, y nosotros le prestábamos los servicios a Infibagué, (...) él trabajaba con la doctora Luz María Callejas, que era la jefa administrativa y de personal de la empresa, entonces él trabajaba ahí con la doctora Luz María Callejas, también lo vi trabajando en financiera, ósea en la parte administrativa y financiera trabajó él, (...) Nosotros nos veíamos todos los días con él, nosotros entrábamos a las 8 y salíamos por las tardes, de 2 a 6, todos los días lo veía a él allá, como compañero de trabajo (...) me parece que la doctora Luz María Callejas, que era la jefa administrativa (...) él dependía de ella, de Luz María Callejas (...) porque yo trabajaba en Infibagué, sé quiénes trabajaban con cada quién. Él trabajaba allá con nosotros. Él pertenecía a la parte administrativa, y la parte administrativa la dirigía la doctora Luz María Callejas, que era la jefa de personal (...) Él era el encargado de hacer todo lo que le pasaba al personal de Infibagué, hacía toda la parte (...) de recursos humanos, lo que le corresponde hacer a un auxiliar de recursos humanos allá en la entidad, tanto, de licencias de maternidad, como de permisos, como de labores que debía hacer, él hacía toda esa parte de engranaje (...) la parte de recursos humanos en la empresa (...) Él manejaba el computador que le correspondía a él en esa división, había otras (personas) ahí que trabajaban, como 2 o más, pero yo no me acuerdo en este momento el nombre de ellas, pero también ayudaban a las relaciones laborales ahí en Infibagué (...) Él recibía órdenes de los demás jefes, también le decían a él que hiciera aportes al transcurso normal de las funciones de cada entidad, por ejemplo, si Diego hacía nómina, entonces la doctora Nancy Velosa, que era la contadora, la jefa de presupuesto, le pedía datos (...) nos dábamos cuenta qué actividades hacía cada uno, porque como esa empresa era tan pequeña, entonces uno se da cuenta que actividades más o menos realiza la gente (...) nosotros recibíamos órdenes de la gerencia de Infibagué y de los jefes de turno, (...) la temporal era (...) la que se encargaba de pagarnos a nosotros la nómina (...) el sueldo, pero nosotros no trabajamos con ellos, ni nos daban órdenes de alguna manera. Preguntado: (...) ¿usted cómo hacía para verificar el cumplimiento de horario del señor Diego Ferney? (...) Contestado: (...) teníamos allá en Infibagué unas planillas que nosotros firmábamos cuando llegábamos a la entrada, que nos hacía firmar unas planillas, entonces nosotros firmábamos las planillas, yo llegaba a las 7:40, 7:50 o antes, como que llegamos antes, entonces nos la firmaban, y de ahí la pasaban, entonces uno decía, ya llegó fulano de tal, entonces vamos a la oficina a preguntarle esto, y la gente que no llegaba, pues, entonces, le hacían una anotación ahí, y se la pasaban a la doctora Luz María Callejas (...) Preguntado: ¿el señor Ferney estaba vinculado dentro del mismo contrato que tenía usted con la empresa IMS? Contestado: Sí como no, él estaba vinculado a la misma temporal de IMS, ahí estábamos el 99% de los empleados que tenía INFIIBAGUÉ en ese momento, en esos años (...)”*

- **Jorge Édison Lache Cortés**

*“(...) yo ingresé a trabajar a Infibagué en el 2007 (...) como auxiliar de archivo, yo ya conocía a Diego porque él vive en el Ricaurte y yo vivía en los Nogales, (...) llegué y él estaba en la oficina de cuentas especiales, trabajando (...)”*

después yo pasé a la dirección operativa a trabajar con el doctor Julio César Rodríguez y él (...) lo pasaron para la oficina de (...) control interno (...) él estaba en el primer piso, yo estaba en el segundo piso, y allá, ahí le tocó con la doctora Claudia Guerrero, que era la jefe directa de él, pues, todos teníamos un jefe directo que era el de cada oficina, el encargado, pero, pues, a todos nos mandaba era el gerente que estuviera en ese momento. Preguntado: (...) ¿usted sabe quién le pagaba a Diego Ferney? Contestado: (...) a nosotros nos pagaba la cooperativa, nos consignaba el sueldo. Preguntado: ¿Cuál cooperativa? Contestado: (...) en la que estuviéramos vinculados en el momento, pues, estuvimos en tres cooperativas (...) Infibagué era los que nos contrataban a nosotros, no era la cooperativa, la cooperativa era la que nos pagaba no más, y nos daba las prestaciones sociales, la dotación y todo, pero Infibagué era la que nos contrataba a nosotros, como la que nos hacía la vinculación (...) Preguntado: (...) ¿qué horario cumplía (...) Diego Fernando Vera cuando trabajaba dentro de Infibagué? Contestado: Nosotros cumplíamos el horario de 7 de la mañana a 12 del mediodía, y de 2 de la tarde a 6 de la tarde, de lunes a jueves, y los viernes, de 7 de la mañana a 12 del mediodía, y de 2 de la tarde a 5 de la tarde. Preguntado: (...) ¿quienes eran los jefes directos, que a usted le conste, de los cuales Diego Fernando recibía órdenes? (...) al principio, como le digo, de Fernando Silva, que era el director de cuentas especiales, y de la doctora Luz Marina Callejas, y de la doctora (...) Claudia Guerrero (...) Preguntado: (...) las actividades que desarrollaba Diego Fernando, las hacía con elementos propios de él, o eran elementos de quién, y (...) en qué oficinas desarrollaba las actividades. Contestado: (...) las actividades se realizan con elementos que nos daban en Infibagué, y en las oficinas de Infibagué (...)"

- . A instancia de este proceso igualmente rindió declaración de parte el señor Diego Ferney Vera Mora, quien expuso:

"Preguntado: (...) indíqueme al despacho si usted estuvo vinculado con la empresa IMS S.A. Contestado: Sí, efectivamente hubo un vínculo laboral con la empresa IMS por un término, creo que fueron como unos tres años, si no estoy mal, por medio de un contrato de prestación de servicios" Preguntado: ¿Recuerda durante qué años estuvo vinculado? Contestado: Estuve vinculado, si no estoy mal, a partir del año (...) 2007 al 2009, creo que fueron esos años. Preguntado: Indica inicialmente que fue un contrato o una relación laboral, y después de prestación de servicios, ¿podría precisar al despacho si recuerda exactamente cómo fue la relación? Contestado: Bueno, con Infibagué inicialmente se pactó un contrato de prestación de servicios laborales como trabajador en misión, había contratos individuales inicialmente, se contrató personal, cada quien tenía un contrato único directamente con la empresa IMS, como intermediario, con un administrador de nómina, se llama eso, y después existió un vínculo directamente con Infibagué, contratos de orden de prestación de servicios en un término casi de un año, y posteriormente se licitó. Infibagué licita para adelantar la contratación de nuevo personal, entonces ya ahí fue donde vincularon al personal global de Infibagué. Preguntado: Indíqueme por favor al despacho si la empresa IMS S.A, le pagaba su salario y demás prestaciones sociales. Contestado: La empresa IMS como intermediaria o administradora de nómina, nos cancelaba un salario en el cual se establecía, digamos, en los pliegos o las peticiones que hacía Infibagué a ellos. Ellos ponían unas condiciones como contratantes de IMS, intermediarios, administradores de nómina, y a nosotros nos cancelaban un salario por debajo de lo que estaba establecido dentro de la vinculación directa con Infibagué. Preguntado: Por favor, indíqueme si se pagaba salario y prestaciones sociales al despacho. Contestado: Sí, efectivamente nos

*pagaban el salario y las prestaciones acordes al tipo de salario que se pactó con Infibagué y IMS. Preguntado: ¿Dicho salario se pagaba a través de qué forma? (...) Contestado: Con la empresa IMS se hacía un pago abonado a una cuenta bancaria, y con Infibagué, directamente se pagaba a través de un cheque. Preguntado: ¿Existió algún tipo de reclamación suya hacia IMS por el no pago de salarios o prestaciones? Contestado: No, en su momento no se adelantó ninguna reclamación hasta ahora (...) Preguntado: (...) se le informó a usted de alguna manera que se declaraba (...) su despido? Contestado: (...) a mí personalmente me comunicaron el despido (...) en el mes de octubre por una causa desconocida, en la que solamente me dicen que hasta x fecha termino mi vinculación, estando ese contrato como tal hasta el mes de marzo (...).”*

## **2.5.2. El contrato realidad y el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en materia laboral**

El artículo 53 de la Constitución Política consagra como uno de los principios mínimos fundamentales en materia laboral, el de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Bajo esa premisa, la Corte Constitucional ha entendido este postulado de la siguiente manera: *“no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad”*<sup>4</sup>. De ello se deriva la existencia de lo que ha sido denominado como contrato realidad, *“entendido por la Corte como aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma”*<sup>5</sup>.

Sobre el particular, la citada corporación ha señalado que:

*“La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (CP art. 53). La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato”*<sup>6</sup>.

Se concluye entonces que, independientemente de la denominación que se le dé a una relación laboral o de lo consignado formalmente entre los sujetos que la conforman, deben ser analizados ciertos aspectos que permitan determinar si realmente la misma es o no de naturaleza laboral. Para ello, basta con examinar los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo o la relación laboral y, siendo así, el trabajador estará sujeto a la legislación que regula la materia y a todos los derechos y obligaciones que se derivan de ella.

<sup>4</sup> Sentencia T-616 de 2012.

<sup>5</sup> Sentencia C-1109 de 2005. Cfr. Sentencia T-616 de 2012.

<sup>6</sup> Sentencia C-555 de 1994.

### 2.5.3. De la declaración de existencia de la relación laboral con ocasión de los contratos de prestación de servicios

Conforme lo consagrado en los artículos 122 y 125 Constitucionales, existen tres formas para vincularse con una entidad pública. La primera de ellas se da a través de una relación legal y reglamentaria y corresponde a los denominados empleados públicos; la segunda, por medio de un contrato laboral y cubre a los llamados trabajadores oficiales y; finalmente, los contratistas de prestación de servicios, vinculación que ha sido considerada como una relación de naturaleza contractual con el Estado. Esta última forma de vinculación se reguló a través del Decreto ley 222 de 1983 y de las Leyes 80 de 1993 y 190 de 1995.

Al respecto, la Ley 80 de 1993 señaló en el artículo 32 lo siguiente:

**“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.** *Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

(...)

#### **30. Contrato de Prestación de Servicios.**

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

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.* (Se subraya)

Así, los contratos de prestación de servicios (i) tienen como propósito desarrollar actividades relacionadas con el funcionamiento de la entidad; (ii) solo pueden celebrarse con personas naturales; (iii) las actividades que se contratan no pueden realizarse con personal de planta o deben requerir un conocimiento especializado; y (iv) la suscripción de los mismos no constituye una relación de carácter laboral.

Si bien el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 señala taxativamente que “(...) *en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable (...)*”, tal afirmación, según lo ha considerado la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre<sup>7</sup>, al ser una presunción legal y no de derecho, puede ser desvirtuada si se logra demostrar que en la práctica encubre una relación de carácter laboral.

Lo anterior en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecido en el artículo 53 de la Constitución Política, el cual debe aplicarse cuando se ha celebrado un contrato de prestación de servicios con el propósito de esconder una relación laboral.

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Providencia del nueve (9) de octubre de dos mil catorce (2014). Radicado: 68001-23-33-000-2012-00119-01(2727-13). Actor: Fabio Augusto Hernández Grimaldos. Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

Por su parte, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:

**“ARTÍCULO 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.” (Se subraya)

Así las cosas, si se determina que en efecto se configuró una relación laboral en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, se debe proteger el derecho al trabajo y las garantías laborales, sin que importe la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal.

Para hacer más fácil la identificación de si se está ante una verdadera relación laboral, conviene citar el pronunciamiento hecho por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 1997 en el cual plasmó las diferencias del contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo. Sostuvo la Corte:

*“(…) Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.*

*Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.*

*En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a*

prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente (...) (Se subraya).

De acuerdo con lo expuesto y conforme también lo ha señalado en múltiples ocasiones la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>8</sup>, para que se considere la existencia de una verdadera relación laboral es necesario que se demuestren los elementos esenciales de la misma que son: (i) la prestación personal del servicio; (ii) que por dicha labor se reciba una remuneración o pago, y; (iii) que exista subordinación o dependencia respecto de la entidad. Esta última se refiere, en términos generales, a que le exijan al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo y la imposición de reglamentos.

Ahora bien, al analizar la subordinación, debe mirarse si se está en presencia de ella realmente o si por el contrario se da la coordinación necesaria que debe existir para el cumplimiento del contrato suscrito, caso en el cual no puede considerarse la existencia de una relación laboral<sup>9</sup>.

Adicionalmente, la jurisprudencia de la mentada corporación<sup>10</sup> ha definido que además de las exigencias citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia en el servicio, y para ello debe acreditar que la labor que desarrolló es inherente a la entidad y que existe similitud o igualdad en las funciones de otros empleados de planta.

En línea a lo antepuesto, la sentencia de unificación CE–SUJ2-005-16<sup>11</sup>, con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, indicó:

*“De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.*

*En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que*

<sup>8</sup> Entre las más recientes: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Providencia del veintiocho (28) de febrero del dos mil veinte (2020). Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00741-01(1280-18). Actor: Juan Carlos Infante Langembach. Demandado: Ministerio de Justicia y del Derecho.

<sup>9</sup> Posición fijada en la decisión de la Sala Plena del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 2003, Radicado IJ-0039, actora: María Zulay Ramírez Orozco.

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 16 de febrero de 2012. Radicado: 41001-23-31-000-2001-00050-01(1187-11). Actor: Eduardo Niño Paredes. Demandado: Municipio de Yaguara, Huila.

<sup>11</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá D.C. Veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 230012333000201300260 01 (0088-15).

*desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales”. (Subraya la Sala)*

#### **2.5.4. De las Empresas de Servicios Temporales y las relaciones jurídicas que surgen con los trabajadores en misión y las empresas usuarias**

El marco normativo de las empresas de servicios temporales está contenido en la Ley 50 del 28 de diciembre de 1990<sup>12</sup> y el Decreto 24 de 1998<sup>13</sup>, modificado por el Decreto 503<sup>14</sup> de esa misma anualidad.

Es así como en el artículo 71 de la prenotada Ley 50 de 1990, definió lo que es una Empresa de Servicios Temporales en los siguientes términos:

*“Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleado”*

Así mismo, en el artículo 74 ibídem, consagra la clasificación de los trabajadores de dichas empresas de la siguiente manera:

*“Los trabajadores de las EST son de dos clases: trabajadores de planta, que desarrollan su actividad en las dependencias de las EST; y trabajadores en misión, que son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos”*

De acuerdo con la normatividad referenciada en precedencia, las empresas de servicios temporales conforman una modalidad de trabajo en la que no existe vínculo directo entre quien se beneficia del trabajo y el trabajador que lo realiza o presta el servicio.

Ahora, existe una pluralidad de vínculos jurídicos que se desprenden de la relación contractual existente entre las empresas de servicios temporales y el trabajador que presta la labor o servicio. Así como también, se genera una relación jurídica entre el tercero beneficiario o empresa usuario, el trabajador y la Empresa de Servicios Temporales.

Pues bien, respecto de la primera, es decir, la relación jurídica existente entre la empresa de servicios temporales y el trabajador en misión que lleva a cabo la prestación personal del servicio, existe un verdadero contrato de trabajo o relación laboral, regido por la normatividad laboral del Código Sustantivo del Trabajo<sup>15</sup>.

Y en lo que respecta al salario a devengar por parte de los trabajadores en misión, la norma señala que *“(…) los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que*

<sup>12</sup> Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

<sup>13</sup> Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las empresas de servicios temporales.

<sup>14</sup> Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 0024 del 6 de enero de 1998, que reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales.

<sup>15</sup> Artículo 75. A los trabajadores en misión se les aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral. Así como lo establecido en la presente ley.

*desempeñen la misma actividad*”, así como los beneficios que la usuaria tenga en materia de transporte, alimentación y recreación<sup>16</sup>.

Entre la Empresa de Servicios Temporales y el tercero beneficiario o empresa usuaria, se genera una relación jurídica regida por un contrato de prestación de servicios, el cual debe reunir los requisitos señalados por el artículo 81 de la prementada normatividad, a saber:

**“ARTÍCULO 81.** *Los contratos celebrados entre las empresas de servicios temporales y los usuarios, deberán:*

*1. Constar por escrito.*

*2. Hacer constar que la empresa de servicio temporal se sujetará a lo dispuesto por la ley para efectos del pago de salarios, prestaciones sociales, horas extras, recargos diurnos y nocturnos, dominicales y festivos.*

*3. Especificar la compañía aseguradora, el número de la póliza, vigencia y monto con la cual se garantiza el cumplimiento de las obligaciones laborales de las empresas de servicios temporales con los trabajadores en misión.*

*4. Determinar la forma de atención de las obligaciones que en materia de salud ocupacional se tiene para con los trabajadores en misión, cuando se trate de las circunstancias establecidas en el artículo 78 de la presente ley.”*

Por último, el Consejo de Estado<sup>17</sup> ha sostenido que entre la empresa usuaria y el trabajador en misión no se genera relación laboral, al no existir entre la empresa usuaria y el trabajador temporal contrato alguno, dado que entre la E.S.T. y el trabajador en misión se configura un contrato laboral, constituyéndose la Empresa de Servicios Temporales en el empleador de aquel, tal como lo dispone el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y por ende, asumiendo el pago de las prestaciones sociales que por ley tiene derecho el trabajador en misión.

Ahora bien, el artículo 77 de la comentada Ley 50 de 1990 establece los eventos de procedencia de la contratación de servicios a través de las empresas de servicios temporales E.S.T., así:

*“Artículo 77. Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:*

*1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo.*

*2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.*

---

<sup>16</sup> Artículo 79. Los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa. Igualmente, tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación.

<sup>17</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 41001-23-33-000-2012-00041-00(3308-13). Actor: Aníbal Sefair García. Demandado: E.S.E. Miguel Barreto López del Municipio de Tello.

3. *Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.”*

Dichas causales de procedencia se fundamentan en la intención del legislador de proteger a los trabajadores temporales con el objeto de que los usuarios no burlen sus garantías laborales cuando en realidad requieren los servicios de trabajadores permanentes.

En tal sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-330 de 1995<sup>18</sup>, al estudiar la constitucionalidad del numeral 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 consideró que la finalidad de esta norma es **“la protección de los trabajadores, para que las empresas no abusen de la posibilidad de contratar trabajadores temporales, haciendo a un lado los permanentes”**. Del mismo modo, indicó la Corte Constitucional que las causales para la procedencia de esta figura, atienden a que el trabajo es un derecho que goza de especial protección del Estado (art. 25 CP) y a que éste tiene la obligación de proteger a las personas que por su condición económica se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, en tanto *“en la compleja relación empresa de servicios temporales, usuario y trabajador, la parte más débil es este último”*.

Asimismo, expuso la Corte que los límites trazados a la contratación de servicios temporales defienden la estabilidad en el trabajo e impiden que dicha contratación de naturaleza excepcional se convierta en la regla general.

En el mismo sentido, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 23 de marzo de 2000 advirtió sobre el carácter garantista de la regulación de las empresas de servicios temporales, que:

*“Fue muy claro el legislador [Ley 50 de 1990], en la ponencia para segundo debate, en señalar normas muy precisas tendientes a la protección de los derechos de los trabajadores temporales, en cuanto a su remuneración, prestaciones sociales y salud ocupacional; así como en la prescripción de disposiciones relativas a la constitución y requisitos para el funcionamiento de las empresas temporales, con el fin de eliminar los abusos contra esta clase de trabajadores, que denominó el legislador “de planta” y “de misión”; por ello, se estableció taxativamente, con el fin de respetar el principio de “a igual trabajo igual salario”, que el personal temporal percibirá el mismo salario ordinario del trabajador contratado directamente por la empresa usuaria y que desempeñe idénticas funciones, haciendo la salvedad con respecto a diferenciales por razones de antigüedad.”<sup>19</sup>*

En criterio del nuestro órgano de cierre<sup>20</sup>, los eventos de procedencia de la contratación por empresas de servicios temporales que establece el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 restringen la posibilidad de la administración pública para contratar el desarrollo de funciones **permanentes o inherentes al objeto social de la entidad**, pues en caso tal, se estarían desconociendo derechos de los servidores públicos, el derecho al trabajo y los fines de la administración pública, consagrados en los artículos 25, 53, 123 y 125.

<sup>18</sup> M.P. Jorge Arango Mejía.

<sup>19</sup> M.P. Ana Margarita Olaya Forero, proceso con radicado 570-98.

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-13). Actor: David Alejandro Jaramillo Arbeláez. Demandado: E.S.E Metrosalud.

En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-774-11, sostuvo que **“cuando el usuario requiera de la contratación permanente del servicio de los trabajadores en misión, debe acudir a otra forma de contratación diversa a la que se cumple a través de dichas empresas.”**

Bajo estos supuestos, es claro que la Ley 50 de 1990 en su artículo 71 permite la contratación con empresas de servicios temporales, pero bajo los precisos límites del artículo 77 ibídem, motivo por el cual, al igual que lo ha expresado el Consejo de Estado en los casos en que ha aplicado el principio de la primacía de la realidad para reconocer la existencia del contrato realidad, no resulta viable acudir a la contratación de empresas de servicios temporales cuando se trate del desarrollo de actividades permanentes o propias del objeto de la entidad, pues de ser así, se estarían desconociendo principios constitucionales que rigen la función pública.

Así, el Consejo de Estado<sup>21</sup> ha insistido en el deber de la Administración Pública de observar las modalidades de vinculación del personal al servicio público previstas en la Constitución y la ley, siendo la regla general, el vínculo laboral legal y reglamentario cuando se trata del desarrollo de funciones permanentes y propias del objeto de las entidades estatales, de manera que se respeten los derechos laborales de los servidores públicos y se garantice el interés general mediante vinculaciones con personal idóneo y permanente para el desarrollo de la función pública.

#### **2.5.5. Caso concreto**

Tal como se ha venido advirtiendo en la parte teórica de la presente providencia, para que se declare la existencia de un contrato realidad, la parte demandante está en la obligación de demostrar que durante la relación que se mantuvo con la administración, se materializaron los tres elementos que conforman un contrato laboral, según lo estima el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Estos tres elementos son la prestación personal del servicio, la continua subordinación y la retribución económica como contraprestación al servicio prestado.

En tal orden, procede la Sala a analizar, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, si están dados los elementos de la relación laboral que reclama la parte actora.

##### **- Prestación personal del servicio**

Según constancia emitida por Infibagué, el señor Diego Ferney Vera Mora fue contratado por la entidad, mediante varias órdenes de prestación de servicio, para **“(…) LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PERSONALES COMO ASISTENTE ADMINISTRATIVO EN LA OFICINA DE CONTROL INTERNO (…)”** (se resalta), entre el 01 de diciembre de 2007 y el 20 de octubre de 2008<sup>22</sup>.

De acuerdo a lo certificado por IMS S.A., el señor Diego Ferney Vera Mora fue contratado mediante vinculación laboral para prestar sus servicios como trabajador en misión a favor de Infibagué, en el ejercicio del cargo de **“asistente administrativo”**, entre el 21 de octubre de 2008 y el 30 de octubre de 2009.

Corolario, la referida documental permite inferir que entre el 01 de diciembre de 2007 y el 30 de octubre de 2009, el señor Diego Ferney Vera Mora ejerció la labor de asistente administrativo directamente a Infibagué, así la última vinculación haya

---

<sup>21</sup> Ibídem.

<sup>22</sup> Folios 41 al 43.

sido a través de la Empresa IMS S.A., en razón a que ésta certificó que lo envió a la demandada a prestar sus servicios de asistente administrativo.

- **Remuneración económica por los servicios prestados**

Conforme lo certificó Infibagué, en las varias órdenes de prestación de servicios suscritas con el señor Diego Ferney Vera Mora, entre el 01 de diciembre de 2007 y el 20 de octubre de 2008, se estableció el pago de honorarios, así<sup>23</sup>:

<b>Contrato</b>	<b>Duración</b>	<b>Valor de la OPS</b>
158 de 2007	30 días	\$1.011.390
014 de 2008	30 días	\$1.064.585
058 de 2008	30 días	\$1.064.585
060 de 2008	4 meses	\$4.258.342
Prórroga	2 meses	\$2.129.171
323 de 2008	46 días	\$1.633.364

De la revisión de los contratos de trabajo celebrados entre IMS S.A. y el señor Diego Ferney Vera Mora, es dable establecer que se pactó el pago mensual de salario, auxilio de transporte y prestaciones de ley<sup>24</sup>.

Ahora, según las liquidaciones laborales realizadas por IMS S.A. a el señor Diego Ferney Vera Mora, se tiene que se le cancelaron por sus servicios, además de las contraprestaciones mensuales, los siguientes emolumentos:

-. Liquidación del 21 de mayo de 2008, por el período transcurrido entre el 21 de octubre de 2008 y el 20 de mayo de 2009<sup>25</sup>.

<b>Contraprestación</b>	<b>Valor</b>
Prima de servicios	\$262.281
Cesantías	\$262.281
Intereses a las cesantías	\$12.240
Vacaciones	\$179.415

-. Liquidación del 6 de noviembre de 2009, por el período transcurrido entre el 21 de mayo de 2009 al 30 de octubre de igual año<sup>26</sup>.

<b>Contraprestación</b>	<b>Valor</b>
Prima de servicios	\$240.539
Cesantías	\$320.719
Intereses a las cesantías	\$17.105
Vacaciones	\$147.182

También obra en el cartulario constancia emitida por aportes en línea, en la que certifica que IMS S.A. realizó aportes al sistema de seguridad social para Diego Ferney Vera Mora, entre octubre de 2008 y octubre de 2009<sup>27</sup>.

Con las pruebas antes relacionadas se concluye que la prestación de los servicios de Diego Ferney Vera Mora a Infibagué, de manera directa o por intermedio de IMS S.A., fue retribuida económicamente.

- **Subordinación**

<sup>23</sup> Folios 41 al 43.

<sup>24</sup> Folios 200 al 202 y del 207 al 209.

<sup>25</sup> Folio 373.

<sup>26</sup> Folio 374.

<sup>27</sup> Folios 375 al 378.

Como ya se ha dicho hasta el momento, el señor Diego Ferney Vera Mora prestó sus servicios a Infibagué con vinculación directa, a través de ordenes de prestación de servicio, y por intermedio de la Empresa IMS S.A., en calidad de trabajador en misión, para el ejercicio del cargo de “**asistente administrativo**”, entre el 01 de diciembre de 2007 y el 30 de octubre de 2009.

Conforme lo mencionado, desde ya se concluye que el cargo para el cual fue designado el señor Vera Mora no pudo haber sido ejercido con autonomía e independencia, como quiera que el empleo ejercido fue el de “**asistente administrativo**”, el cual entiende la Sala que requiere sujeción frente a la persona a la que se va a ayudar o auxiliar en algunos actos o tareas<sup>28</sup>.

Lo deducido anteriormente por la Sala encuentra sustento en la certificación laboral emitida por la Empresa IMS S.A., en la que refiere que el señor Diego Ferney Vera Mora, como asistente administrativo en Infibagué, cumplía con el ejercicio de las siguientes funciones:

**“1. Recibir las comunicaciones externas e internas, tomar nota de su contenido entregarlas con prontitud al jefe inmediato y estar atento para que el trámite del mismo se haga oportunamente.**

**2. Proyectar cartas y demás documentos para la revisión y firma del jefe.**

**3. Mantener actualizada la agenda de asuntos pendientes (llamadas telefónicas, citas, reuniones, cronograma de presentación de informes, entrega de documentos) e informar a su jefe sobre el cumplimiento de tales eventos.**

*4. Atender a los clientes internos y externos de la Entidad en forma amable y cortés sea de manera personal o telefónica.*

*5. Llevar en forma correcta y mantener organizado el archivo de la dependencia.*

*6. Manejar el programa de correspondencia del Instituto, consultándolo diariamente para verificar la llegada de documentos relacionados con la dependencia, tramitar los pendientes y registrar en el sistema las respuestas a los mismos.*

*7. Elaborar cuadros estadísticos e informes a cargo de la dependencia y mantenerlos actualizados.*

*8. Colaborar en el desarrollo de las auditorías programadas por el superior inmediato.*

*9. Realizar visitas de campo en desarrollo de la ejecución de las auditorías.*

*10. Apoyar en el desarrollo de las funciones asignadas a la dependencia.*

**11. Responder por el cuidado y recomendar mantenimiento de los equipos e instrumentos entregados a su cargo y efectuar los controles periódicos necesarios.**

---

<sup>28</sup> De acuerdo a una de las definiciones de *asistente* encontradas en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa: “Persona que, en cualquier oficio o función, realiza labores de asistencia”.

12. *Proyectar, desarrollar y recomendar las acciones que deban adoptarse para el logro de los objetivos y las metas propuestas.*

13. ***Efectuar diligencias externas cuando las necesidades del servicio lo requieran y por delegación del superior inmediato.***

14. ***Preparar y presentar los informes sobre las actividades desarrolladas, de acuerdo con las instrucciones recibidas.***

15. ***Las demás que le sean asignadas por autoridad competente, de acuerdo con el área del desempeño.***

16. ***Las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato.***” (sic) (Negrilla y resaltados de la Sala)

Ahora, como antes de la vinculación con IMS S.A., el aquí demandante ya ejercía como asistente administrativo en Infibagué, se tiene que las labores en cita eran las mismas que venía ejerciendo desde el 01 de diciembre de 2007.

Aunado a lo antepuesto, al proceso comparecieron testigos que coincidieron en declarar, que: (i) la labor ejercida por el señor Diego Ferney Vera Mora en Infibagué siempre fue bajo la subordinación del jefe de área al cual prestara sus servicios; (ii) estuvo sujeto al cumplimiento del horario laboral impuesto por Infibagué; (iii) los elementos de trabajo con que cumplía el ejercicio de la labor contratada fueron suministrados por Infibagué; y, (iv) su puesto de trabajo permanentemente estuvo ubicado en las instalaciones de Infibagué.

En suma, para esta Corporación la vinculación del actor con Infibagué, entre el 01 de diciembre de 2007 y el 30 de octubre de 2009, ocurrió bajo subordinación y dependencia de quien fungiera como su superior inmediato dentro de la administración, en virtud al cargo que ejercía y a las funciones que le fueron asignadas.

Dilucidado que en el caso bajo *examine* se configuraron los elementos de la relación laboral, se anulará el acto demandado y se declarará la existencia de un contrato realidad entre Infibagué y el señor Diego Ferney Vera Mora, por el período comprendido entre el 01 de diciembre de 2007 y el 30 de octubre de 2009.

Bien, se itera que como las vinculaciones del actor con Infibagué fueron inicialmente a través de órdenes de prestación de servicios (01 de diciembre de 2007 al 20 de octubre de 2008) y luego por intermedio de la empresa IMS S.A. en calidad de trabajador en misión, se precisa que las contraprestaciones que se ordenarán a título de restablecimiento del derecho serán solo por el período inicial (vinculación mediante órdenes de servicios), en razón a que se acreditó en el sumario que los salarios, cotizaciones a seguridad social y demás contraprestaciones a que habría lugar durante el tiempo que prestó sus servicios como trabajador tercerizado, fueron cabalmente cancelados por la empresa con la que suscribió sendos contratos de trabajo entre el 21 de octubre de 2008 y el 30 de octubre de 2009.

Por tanto, se ordenará a Infibagué reconocer y pagar las contraprestaciones percibidas por un empleado de planta en el mismo o similar cargo desempeñado por el accionante, dejadas de cancelar entre el 01 de diciembre de 2007 y el 20 de octubre de 2008, período durante el cual fue contratado directamente a través de órdenes de prestación de servicios. Se advierte que para su liquidación se tendrá en cuenta el valor de los honorarios pactados en las órdenes de prestación de servicios a que se hizo referencia en esta providencia.

Igualmente, se dispondrá el pago de aportes a seguridad social en pensiones, y para ello el ente demandado deberá tomar el ingreso base de cotización (IBC) que será igual al monto de los honorarios que devengó el demandante, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, el accionante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le concernía como trabajador.

Se insiste en que por el período comprendido entre el 21 de octubre de 2008 y el 30 de octubre de 2009 no se dispondrá el pago de suma alguna, en razón a que se acreditó que IMS S.A. pagó de forma oportuna salarios, cotizaciones a seguridad social y demás contraprestaciones convenidas en los contratos de trabajo suscritos con el aquí demandante. Además, no hay forma de establecerse que el valor de los conceptos salariales y prestacionales cancelados al actor, en el período a que se viene haciendo referencia, hayan sido inferiores a los que percibía un empleado de planta en el mismo o similar cargo al ejercido por aquel, así que no se analizará, en virtud al principio de “a trabajo igual, salario igual”, si debe reconocerse suma alguna por diferencias en contra, o cancelarse emolumentos por contraprestaciones distintas a las reconocidas.

Por las mismas razones anteriormente expuestas no se condenará solidariamente a IMS S.A., respecto al pago de las obligaciones laborales causadas con esta sentencia.

En cuanto al reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa reclamada por el actor en el escrito de demanda, esta Corporación advierte que no se reconocerá, pues, a pesar de que se acreditaron los elementos configurativos de una relación laboral, no se está asumiendo la existencia de un contrato de trabajo, luego no aplica la sanción dispuesta para la terminación ilegal de este tipo de vinculaciones.

En lo que se refiere a la indemnización moratoria contemplada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala considera que no hay lugar el reconocimiento de ésta, teniendo en cuenta que su causación se genera en virtud del incumplimiento de consignar las mismas dentro de una relación laboral, luego en el caso bajo estudio no es procedente su reconocimiento, teniendo en cuenta que esta sentencia es constitutiva de derecho y es a partir de ella que se generan los derechos prestacionales en favor del demandante, luego no resulta procedente reconocer el pago de esta sanción por incumplimiento. En efecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 06 de octubre del 2016, afirmó:

*“En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibir las, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas”.*

De acuerdo lo dicho, tampoco se reconocerá sanción moratoria por pago tardío de cesantías, en virtud a que el derecho al reconocimiento de esta prestación solo es exigible después de la ejecutoria de la sentencia que así lo ordena y a la entidad solo le surge la obligación de pagarlos desde ese momento, luego la morosidad en

el cumplimiento del pago de dicha prestación no puede contarse sino a partir de dicha fecha en que la administración tiene claridad acerca de la obligación que se reconoce judicialmente<sup>29</sup>.

Las sumas reconocidas serán reajustadas con la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

Según la cual 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 esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

### 2.5.6. Prescripción

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 prevé el fenómeno de la prescripción del derecho, en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

Ahora, para efectos de dar aplicación a la prescripción trienal de que tratan los referidos artículos, según los cuales el término prescriptivo ha de contabilizarse a partir del momento en que el derecho se hace exigible, resulta pertinente traer a colación la Sentencia de Unificación proferida el 25 de agosto de 2016 por el Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso con radicado: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, la cual se ocupó de estudiar este fenómeno jurídico bajo el rótulo de contrato realidad, así:

*“En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca de su fundamento normativo, es decir, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el **régimen prestacional***

<sup>29</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del trece (13) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00118-01(0973-16). Actor: Yunived Castro Henao.

**de los empleados públicos**, según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.

Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad<sup>30</sup>, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales<sup>31</sup> y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales<sup>32</sup>, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas<sup>33</sup> e irrenunciabilidad a la seguridad social<sup>34</sup>.

Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la "...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Conforme a lo visto, quien pretende el reconocimiento de una relación laboral con el Estado, se sujeta a los siguientes presupuestos:

- El término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de ésta.
- En aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> Constitución Política, artículo 53.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> Corte Constitucional, sentencia C- 1141 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto. "El principio de progresividad y la prohibición de regresividad representa un componente esencial de la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y dentro de ellos los derechos de seguridad social. La exigibilidad judicial de la protección de un derecho social, debe ser complementada con la posibilidad de conformar contenidos o estándares mínimos constituidos por prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar, y de no retorno en cuanto al carácter incuestionable de su satisfacción".

<sup>33</sup> Constitución Política, artículo 25.

<sup>34</sup> *Ibidem*. artículo 48, inciso 2°.

<sup>35</sup> En los precisos términos de la sentencia de unificación, se indicó: «[...] Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. [...]» (Subrayado de la Subsección)

En virtud de lo anterior se analizan los subsiguientes supuestos en el presente caso:

La relación laboral del actor con Infibagué finalizó el 30 de octubre de 2009<sup>36</sup>; la petición de reconocimiento y pago de las acreencias laborales por parte del demandante fue radicada ante la administración el 30 de mayo de 2012<sup>37</sup>; y, la demanda se presentó ante esta jurisdicción el 01 de agosto de 2014.

Quiere decir lo anterior, que el derecho a reclamar las prestaciones reconocidas en esta providencia no se encuentra prescrito, pues, no trascurrieron más de tres (3) años entre la causación del derecho y la reclamación administrativa, ni entre este último suceso y la presentación de la demanda.

### **2.5.7. Llamamiento en garantía**

Con auto del 20 de febrero de 2019<sup>38</sup> se admitió llamamiento en garantía formulado por Infibagué frente a Seguros del Estado S.A., con base en la póliza 25-44-101009097, tomada por IMS S.A. a su favor, para garantizar el cumplimiento del contrato de prestación de servicio 405 del 20 de octubre de 2008, en el que se fijó el siguiente objeto contractual:

*“CONTRATAR LOS SERVICIOS DE APOYO POR LA MODALIDAD DE OUTSOURCING PARA LA REALIZACION DE PROCESOS RELACIONADOS CON LA ADMINISTRACIÓN DE LAS PLAZAS DE MERCADO, EL PARQUE DEPORTIVO, ASI COMO PROCESOS QUE SE CUMPLEN EN LAS DIFERENTES DEPENDENCIAS ADMINISTRATIVAS DE INFIBAGUE (...)”*

Revisada la mencionada póliza<sup>39</sup>, se advierte que el amparo del riesgo por *“salarios y prestaciones sociales”*, cubre a la entidad estatal asegurada *“por los perjuicios que se le llegaren a ocasionar a raíz del incumplimiento de las obligaciones laborales que se encuentre obligado el contratista garantizado, derivada de la vinculación laboral del personal utilizado para la ejecución del contrato garantizado, y que por solidaridad laboral se vea obligada a asumir la entidad estatal”* (numeral 1.5 de las condiciones de la póliza). Con el mismo documento también fue posible verificar que la vigencia de la póliza frente al referido riesgo tuvo lugar entre el 20 de octubre de 2008 y el 20 de julio de 2012.

En orden a lo expuesto, para hacerse efectiva la póliza en comento era necesario que IMS S.A. hubiera incumplido el pago de las obligaciones salariales y prestacionales derivadas de la vinculación laboral del personal utilizado para la ejecución del contrato 405 de 2008, entre los cuales se enlista al aquí demandante, y está suficientemente acreditado en este proceso que frente a aquel, tal presupuesto no se dio, pues IMS S.A. pagó al señor Diego Ferney Vera Mora cada uno de los salarios y demás contraprestaciones derivadas de los contratos de trabajo suscritos con él, entre el 20 de octubre de 2008 al 30 de octubre de 2009.

Así las cosas, no resulta procedente condenar a Seguros del Estado al pago de las sumas de dinero que resulten por la condena emitida en virtud de esta sentencia en contra de Infibagué.

### **2.5.8. Decisión de primera instancia**

---

<sup>36</sup> Folios 276.

<sup>37</sup> Folios 281 al 282.

<sup>38</sup> Folios 11 al 12 del cuaderno de llamamiento en garantía.

<sup>39</sup> Folios 39 al 48 del cuaderno de llamamiento en garantía.

Como resultado a todo lo aquí expuesto, la Sala encuentra méritos para declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio 3798 del 15 de junio de 2012, que negó el reconocimiento de una relación laboral y el consecuente pago de las contraprestaciones derivadas de ella.

Se declarará que entre Infibagué y el señor Diego Ferney Vera Mora existió una relación laboral que tuvo lugar entre el 01 de diciembre de 2007 y el 30 de octubre de 2009.

A título de restablecimiento del derecho, se condenará a Infibagué, a pagar al demandante la totalidad de las contraprestaciones económicas percibidas por un empleado de planta en el mismo o similar cargo desempeñado por aquel, durante el período comprendido entre el 01 de diciembre de 2007 y el 20 de octubre de 2008.

También se condenará a la demandada a pagar a favor del demandante, aportes a seguridad social en pensiones, y para ello el ente demandado deberá tomar el ingreso base de cotización (IBC), que sería para este caso los honorarios pactados, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, entre el 01 de diciembre de 2007 y el 20 de octubre de 2008. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador, entre el 01 de diciembre de 2007 y el 20 de octubre de 2008.

Las sumas reconocidas serán reajustadas con la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

Según la cual 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 esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Respecto de los demás conceptos reclamados, estos se negarán por las razones expuestas en esta providencia.

## **2.6. Costas procesales**

Conforme al artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte demandada y a favor de la demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso.

Se fijarán las agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la demandada, en la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

## **2.7. Otras consideraciones**

Advierte la Sala que, dada la situación actual de emergencia sanitaria generada por el COVID-19 la presente providencia será estudiada y aprobada mediante la

utilización de medios electrónicos, en cumplimiento a las directrices del Gobierno Nacional y del Consejo Superior de la Judicatura -distanciamiento social aislamiento, trabajo en casa, uso de medios electrónicos-, para evitar la propagación de los efectos adversos de este virus.

**En mérito de lo expuesto, la Sala de Oralidad del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.**

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio 3798 del 15 de junio de 2012, que negó el reconocimiento de una relación laboral y el consecuente pago de las contraprestaciones derivadas de ella.

**SEGUNDO: DECLARAR** que entre el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Ibagué y el señor Diego Ferney Vera Mora existió una relación laboral, que tuvo lugar entre el 01 de diciembre de 2007 y el 30 de octubre de 2009.

**TERCERO:** A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Ibagué a pagar al demandante la totalidad de las contraprestaciones económicas percibidas por un empleado de planta en el mismo o similar cargo desempeñado por aquel, durante el período comprendido entre el 01 de diciembre de 2007 y el 20 de octubre de 2008, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO: CONDENAR** a la demandada a pagar a favor del accionante, aportes a seguridad social en pensiones, y para ello el ente demandado deberá tomar el ingreso base de cotización (IBC), que sería para este caso los honorarios pactados, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, entre el 01 de diciembre de 2007 y el 20 de octubre de 2008. Para efectos de lo anterior, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador, en armonía con lo dicho en la parte motiva.

**QUINTO: DECLARAR** infundada la excepción de prescripción formulada por la parte demandada.

**SEXTO:** Las sumas reconocidas en esta providencia serán reajustadas con la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

Según la cual 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 esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

**SÉPTIMO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**OCTAVO: CONDENAR** en costas a la parte demandada, conforme lo preceptuado en el artículo 188 del CPACA, para lo cual se fijan las agencias en derecho en el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**NOVENO: ORDENAR** el cumplimiento de esta sentencia en los términos dispuestos en el artículo 192 del CPACA.

**DÉCIMO:** Por Secretaría se liquidarán los gastos ordinarios del proceso y si hubiese un remanente se devolverá a la parte actora.

**DÉCIMO PRIMERO:** Una vez en firme el auto que resuelva sobre la liquidación de las costas, archívese el expediente, previas las constancias secretariales correspondientes.

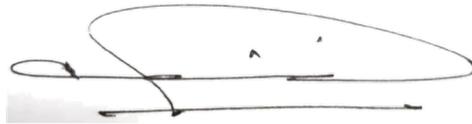
### **Notifíquese y cúmplase**

La anterior providencia fue discutida y aprobada en Sala a través del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Los Magistrados,



**JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA**



**CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ**



**LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA**

Firmado Por:

Luis Eduardo Collazos Olaya  
Magistrado  
Oral 001

**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: **dc4c47bb37addcecb0685f3e07aca5783d2fae9db9617f1f62159bc6c619095e**

Documento generado en 05/11/2021 01:29:16 p. m.

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