REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
MAG. PONENTE: DR. BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS

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

Expediente:	73001-33-33-004-2017-00368-01 (435-2021)
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Demandante:	HECTOR JULIAN OSORIO ARIAS
Demandado:	MUNICIPIO DE IBAGUE
Tema:	CONTRATO REALIDAD – SECRETARÍA DE TRÁNSITO DE IBAGUÉ

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Se encuentra el presente proceso para decidir el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la parte demandante, contra el fallo proferido el 26 de marzo de 2021, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Ibagué, mediante el cual negó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor HECTOR JULIAN OSORIO ARIAS, actuando por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presenta demanda en contra del MUNICIPIO DE IBAGUE, pretendiendo se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

> *"1. Que se declare la NULIDAD de la resolución No 000867 del 4 de mayo de 2017, signado por Alfonso Hernán Silva Calderón, como Secretario de Transito de Ibagué, por medio de la cual negó la existencia de un contrato realidad o RELACION LEGAL Y REGLAMENTARIA DE HECHO entre el 13 de marzo de 2013 al 22 de diciembre de 2015.*
>
> *2. Como consecuencia de la anterior declaración, se declare la existencia de la relación legal y reglamentaria de hecho entre el demandante Héctor Julián Osorio Arias como servidor y el Municipio de Ibagué, como empleador por el periodo comprendido entre el 15 de marzo de 2013 al 22 de diciembre de 2015 y a título de restablecimiento de derecho se condene a la demandada al pago de los siguientes conceptos:*
> *2.1. Al Pago De Salarios Dejados De Cancelar En Periodos Laborados Sin Estar Contratado*
> *2.2. Al Pago De Cesantías Durante Todo El Vinculo*

1.1. Intereses A Las Cesantías
1.2. Prima Legal Anual Y Semestral De Servicios.
1.3. Vacaciones Durante El Vinculo
1.4. Prima De Navidad
1.5. Pago De Aportes Al Sistema De Seguridad Social En Pensiones
1.6. La Indemnización O Sanción Moratoria Por Falta De Consignación De Las Cesantías En Un Fondo Privado.
1.7. La Indexación De Los Valores Adeudados
1.8. Condenar En Costas Procesales A La Demandada."

HECHOS

Las anteriores pretensiones se fundamentaron en los siguientes hechos:

*"**Primero**: El demandante Héctor Julián Osorio Arias, fue vinculado al Municipio de Ibagué- Secretaría de Tránsito, mediante el mal llamado contrato de prestación de servicios profesionales.*

***Segundo**: La vinculación se realizó para desempeñarse inicialmente como técnico en sistemas y posteriormente fue contratado como profesional en Administración de Negocios para el desarrollo y la implementación de campañas de seguridad vial en el Municipio de Ibagué- Tolima.*

***Tercero**: Durante el término de duración de la relación laboral se celebraron los siguientes contratos: 1) Desde el 15 de marzo de 2013 al 30 de diciembre de 2013, contrato No. 1906. 2) Desde el 24 de Enero de 2014 al 23 de julio de 2014, contrato No. 1089. 3) Desde 5 de septiembre de 2014 al 4 de diciembre de 2014, contrato No. 2177. 4) Desde el 5 de marzo de 2015 al 22 de diciembre de 2015, contrato No. 1086.*

***Cuarto:** A pesar de que el demandante fue contratado por cuatro periodos, realmente laboró de forma ininterrumpida desde marzo 13 de 2013 hasta diciembre 22 de 2015, pues pese a no tener contrato debía acudir a laborar todos los días, so pena que no se le diera un nuevo contrato.*

***Quinto:** Que para cumplir las funciones encomendadas por la Secretaría de Transito laboraba todos los días de la semana, de lunes a viernes, y muchas oportunidades en horario nocturno.*

***Sexto:** El horario de trabajo era de 7:00 a.m. a 12 p.m. y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m., y adicionalmente cuando había operativos de embriaguez los*

horarios eran de 9:00 p.m. a 3:00 a.m., prestando acompañamiento a los agentes de policía de tránsito y grabando los procedimientos que estos hacían con los conductores ebrios.

Séptimo: *El servicio prestado por el demandante fue de forma personal y directamente para la Secretaría de Tránsito de Ibagué, que le imponían los horarios y funciones a realizar.*

Octavo: *Que la relación laboral que cumplía bajo la subordinación, vigilancia y órdenes de la doctora Martha Liliana Pilonietta Rubio, quien fungía como Secretaria de Tránsito y el Ingeniero Giovanny Posada Toro quien fungía como Director operativo y de la movilidad.*

Noveno: *La contratación a través de la prestación de servicios profesionales para el desarrollo de funciones con carácter permanente, fue prohibida por el artículo segundo del Decreto Ley 3074 de 1968, y ordenó crear para ello, los empleos correspondientes.*

Décimo*: Como contraprestación por la labor desarrollada el demandante percibía como salario la suma de $2.300.000 mensuales.*

Décimo Primero: *Que a pesar de que entre un contrato y otro hubo grandes diferencias de tiempo, tal periodo debía ser laborado todos los días, pues de lo contrario NO volvía a ser contratado.*

Décimo Segundo: *Que mediante escrito radicado el 11 de noviembre de 2016, el convocante radicó ante el Municipio de Ibagué- Secretaría de Tránsito, Transporte y Movilidad de Ibagué, la solicitud de agotamiento de reclamación administrativa laboral, mediante el cual el convocante solicitó la declaratoria de la existencia de relación legal y reglamentaria de hecho (contrato realidad).*

Décimo Tercero*: Que mediante Resolución No. 000867 de 4 de mayo de 2017, el Municipio de Ibagué, resuelve la solicitud de reclamación administrativa, donde resuelve negar la solicitud presentada por el demandante Héctor Julián Osorio Arias.*

Décimo Cuarto: *Que con fecha 31 de agosto de 2017, el demandante Héctor Julián Osorio Arias, presentó solicitud de conciliación al Municipio de Ibagué- Secretaría de Tránsito, Transporte y de la Movilidad Ibagué, como requisito de procedibilidad, ante el Procurador 163 Judicial para Asuntos Administrativos, donde se solicitó declarar la Nulidad de la Resolución No. 000867 de 4 de mayo de 2017, signado por*

el Secretario de Tránsito Transporte y de la Movilidad de Ibagué, Alfonso Hernán Silva Calderón, por medio de la cual negó la existencia de la relación legal y reglamentaria (contrato realidad), por lo que el 11 de octubre de 2017, la Procuraduría General de la Nación, convocó a audiencia de conciliación entre las partes Héctor Julián Osorio Arias y el municipio de Ibagué, la cual se declaró fallida ante la ausencia de ánimo conciliatorio entre las partes. (…)"

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Con escrito visto a folios 124 a 143 del expediente digital, la apoderada judicial del municipio de Ibagué contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Afirmó, que el contrato 1906 que se menciona en el numeral primero de los hechos, surtió efectos el 21 de octubre de 2013 y no el 15 de marzo de 2013 y terminó el 30 de diciembre de 2013, dando 2 meses y 10 días de vigencia de dicho contrato.

En cuanto a la relación contractual, señaló que el señor HECTOR JULIAN OSORIO ARIAS no tenía la obligación de acudir a laborar todos los días ni tampoco cumplir horario, prueba de ello es que para soportar el pago de sus honorarios, en muchas ocasiones se encontraba en operativo fuera de las instalaciones de la secretaria, según lo demuestran los informes mensuales presentados por el demandante, en desarrollo del contrato, sin olvidar que la presencia del señor OSORIO ARIAS en las instalaciones de la secretaria está directamente relacionada con el desarrollo del objeto contractual para el cual se le contrató sin que implique que este cumplía con un horario laboral, y mucho menos subordinación.

Explica que el contrato de prestación de servicios profesionales es intuito personae y las funciones que desarrollaba eran asignadas por el director operativo, encaminadas a cumplir el objeto contractual de acuerdo a las necesidades de la entidad.

Respecto a la remuneración recibida por el señor OSORIO ARIAS aclaró que no es otra cosa mas que sus honorarios por el cumplimiento del objeto contractual y eran pagados en partes iguales en proporción a la duración del contrato, existiendo variaciones de la siguiente manera:

Numero de contrato	Duración	Honorarios	Distribución mensual
1906	2 meses y 10 días	3.619.000	1.551.000
1089	6 meses	15.510.000	2.585.000

1086	7 meses y 15 días	21.850.000	2.300.000

Así las cosas, adujo que el demandante se encontraba bajo una relación netamente contractual, en la cual, conforme a la jurisprudencia aplicable a la materia, no le es factible reconocerle prestaciones sociales de ninguna índole; finalmente reseña que el demandante tampoco indica bajo cuál causal de nulidad se reputa ilegal el acto administrativo demandado.

Por consiguiente, solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda, puesto que no se encuentra acreditado los elementos necesarios para predicarse la existencia de una relación legal y reglamentaria, como quiera que la labor desempeñada por el demandante, se derivó de un contrato de prestación de servicios, donde no hubo subordinación, por el contrario, siempre actuó de acuerdo a su autonomía técnica, administrativa y financiera como contratista.

Propuso como excepciones las que denominó: "INEXISTENCIA DEL DERECHO PRETENDIDO- INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR AUSENCIA DE CONCEPTO DE VIOLACIÓN Y CAUSAL DE NULIDAD- ESTRICTA SUJECIÓN DE OS ESTRICTA SUJECIÓN DE LOS ACTOS ACUSADOS A LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO- INCAPACIDAD DE LA PARTE ACTORA PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO DEMANDADO", de las cuales se corrió traslado a la parte demandante (Rev. Fol. 145), y quien se pronunció sobre estas de manera extemporánea, tal como se indica en constancia secretarial obrante a folio 149.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia proferida el día 26 de marzo de 2021, negó las pretensiones de la demanda, al señalar que no existen elementos de juicio para considerar que se encuentra desnaturalizada la relación contractual del demandante con la demandada, dado que dentro del plenario no se encontraron pruebas que respalden lo solicitado, no probándose los elementos que configuran la relación laboral.
Adujo, que de los contratos allegados en debida forma solo se acreditó una relación contractual durante los periodos comprendidos entre el 21 de octubre de 2013 y el 30 de diciembre de 2013, entre el 24 de enero de 2014 y el 24 de julio de 2014, entre el 05 de septiembre de 2014 y el 05 de diciembre de 2014 , entre el 05 de marzo de 2015 y el 22 de diciembre de 2015, desarrollando funciones solamente dentro de dichos periodos y no durante los lapsos comprendidos entre la terminación y el inicio del siguiente contrato, situación ésta que no se probó por la parte actora, y que además fue controvertida por la defensa del municipio demandado, al indicar que al no existir relación

contractual entre las partes, el demandante no tenía la obligación de acudir a laborar todos los días.

Encontró probada la prestación personal del servicio y la remuneración. Frente a la subordinación, indicó que no se encontraba demostrada, en tanto el demandante no tenía solamente como función almacenar datos y realizar informes con ocasión al objeto de cierto contrato como técnico en sistemas, pues además de ellos se suscribió contrato de servicios de "apoyo a la gestión de carácter asistencial", de lo que se deriva la presencia del actor en ciertas zonas del casco urbano del municipio de Ibagué, en cumplimiento de la función que se indicó en antelación, como lo es la de visitas de campo programadas por el supervisor para verificar la demarcación vial existente en el mismo.

Afirmó que si bien, dentro del material probatorio allegado por la parte actora, se observaban unas imágenes en la que se ve personal adscrito a la entidad demandada, acompañados de agentes de policía de tránsito, realizando algún tipo de control o campaña en algunos puntos de alta afluencia de tránsito vehicular en la ciudad, lo cual guarda relación con la obligación ya dicha, no se advirtió material probatorio alguno que acreditara que debía acudir en horas de la madrugada a las campañas programadas por esa Secretaría para realizar pruebas de alcoholemia en las discotecas y establecimientos nocturnos de la ciudad.

Consideró que de lo arrimado al expediente, no se advertía por parte del actor, similitud en la en el cumplimiento de sus labores, con un empleado de planta, pues no se relacionó qué cargo o en relación con cuál o cuáles tareas, guardaban similitud las funciones realizadas por el contratista OSORIO ARIAS.

En relación con la condición de supervisión, adujo que si bien el testigo señaló que el demandante tenía un jefe, no existió claridad acerca de la ciencia de tal dicho, pues sólo se limitó a dicha escueta declaración sin que se aclarara en qué términos podía deducir que aquel daba órdenes al ingeniero Héctor Julián Osorio Arias

Explicó, que conforme a las pruebas señaladas no se probó la desnaturalización de los contratos de prestación de servicios, y en consecuencia no era dable aplicar el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades y declararse la existencia de una relación laboral del actor con el municipio de Ibagué.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de la parte demandante, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, aludiendo, que tomando en cuenta las funciones estipuladas en los contratos que se encuentran probados, el hecho de haber realizado labores distintas a las contratadas pone en evidencia que el demandante estaba permanentemente sometido a una subordinación.

Agrega, que de no ser así, el demandante que es una persona contratada para una labor determinada no hubiera terminado realizando otras actividades totalmente distintas, como salir en horas de la noche a realizar operativos acompañado de la policía de tránsito y el jefe operativo de esta cartera quien coordinaba dichos operativos y que para los años 2013 y 2014 fue el señor Giovanny Posada, que en aras de mejorar la movilidad en la ciudad coordinaba las operaciones en las glorietas, o en lugares congestionados de la ciudad utilizando la modalidad de contraflujos; labores que realizada con los funcionarios que se encontraban a su cargo y que habían sido contratados con otro fin, como ocurrió con el accionante que se veía obligado a realizar esas funciones que no eran de su resorte en horas que le fueran ordenadas como ocurrió con los controles de embriaguez que se realizaban junto con la policía de tránsito y a altas horas de la noche – madrugada.

Considera que si se demostró subordinación no solo por la Secretaria de tránsito de la época si no por el jefe operativo, pues era este quien los citaba en un lugar de la ciudad para colaborar con el flujo vehicular que se veía afectado en las horas pico, siendo tal actuar irresponsable por parte del demandado como quiera que los funcionarios de oficina no tienen la idoneidad para realizarla, además por el inminente peligro que corrían sus vidas en tales operativos.

Adujo, que las funciones realizadas no podían ser de su libre disposición y tampoco en los horarios en que las realizo, demostrando el elemento de subordinación, pues en ningún momento por los trabajadores y el desplazamiento a los operativos de tránsito en horas pico y horario nocturno pueden ser visto como autonomía del contratista, para que dichas labores sean realizadas en esos horarios se requiere que haya una instrucción por parte de quien tiene el poder de subordinar.

En el mismo sentido, es pertinente señalar que el testigo FREDY TAMARA, indicó que en la vigencia 2013 a 2015, él presto los servicios como asesor de tránsito y le consta que vio al hoy demandante, laborando en las instalaciones de la Secretaria de Transito, haciendo entrega de licencias de conducción y de tránsito que se tramitaban ante ese despacho; haciendo la salvedad de que si bien es cierto que dentro de su declaración el testigo manifestó no conocer quien

realizaba los pagos del demandante tal manifestación es apenas lógica ya que este no tenía conocimiento de quien le pagaba; pero ratificó que a viva voz que el señor Héctor Julián Osorio cumplía el mismo horario que los funcionarios de planta trabajando hasta los sábados y en las noches realizando brigadas de movilidad en las discotecas.

En consecuencia, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar se valoren integralmente las pruebas testimoniales y documentales aportadas al plenario, y se acceda a las pretensiones de la demanda.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 25 de agosto de 2021, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante y corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, y al Ministerio Publico para que emitiera su concepto.

Vencido el término concedido a las partes para allegar alegatos de conclusión y al representante del Ministerio Público para emitir concepto, **guardaron silencio.**

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Es competente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para resolver la presente controversia en segunda instancia, tal como lo establece el artículo 153 del C.P.A.C.A, y el cual se suscita en el recurso de apelación del apoderado judicial de la parte demandante.

PROBLEMA JURÍDICO

En el presente caso bajo estudio, se contrae a establecer si al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y emolumentos salariales reclamados, al presuntamente configurarse los elementos constitutivos de un contrato laboral (contrato realidad), desde el 15 de marzo de 2013 al 22 de diciembre de 2015, tiempo en que prestó sus servicios como técnico en sistemas, servicios que posteriormente cambiaron a los prestados como profesional en Administración de Negocios para el desarrollo y la implementación de campañas de seguridad vial en el Municipio de Ibagué-, o si por el contrario, no le asiste el derecho deprecado, tal y como lo consideró el A Quo.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La Corte Constitucional, en sentencia C- 154 de 1.997, con ponencia del Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, estableció las diferencias entre el **contrato de carácter laboral** y aquel de **prestación de servicios**, así:

> *"b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que **el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.***
>
> *Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios."* (Se destaca)

Lo anterior significa, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado **cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador,** evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.

La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber:

- **La subordinación,**
- **La prestación personal del servicio y,**
- **La remuneración por el trabajo cumplido.**

Es pertinente destacar que el reconocimiento de un servicio laboral a favor del estado, no implica conferir la condición de **empleado público,** pues, según lo ha señalado nuestro órgano de cierre, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

> "*Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. **La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.".***[1] (Se destaca)

[1] Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: María Zulay Ramírez Orozco, manifestó:

> *"Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad."*

Es pues, que son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de **contratos de prestación de servicios** con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b.) que requiera de conocimientos especializados la labor, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 32 de la Ley 80 de 1993.

Además, porque si bien la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad y que conlleva a que deban someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. **Sin que por ello deba predicarse, que en todos los casos, lo que se presenta es un contrato realidad.**

Bajo este entendido, en el fallo que se viene refiriendo, el Consejo de Estado ha precisado que por tal razón, resulta obvio que las actividades a desarrollar en el ejercicio de la labor contratada, se encuentre coordinada según las pautas de la entidad contratante, así:

> *"Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.*
>
> ***En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales."***
> (Se destaca)

Por otro lado, específicamente, el tema de la subordinación en el contrato de prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Dr.

Hernando Herrera Vergara, al analizar la diferencia entre tal contrato y el de carácter laboral, definió:

> *"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."*** (Destaca la Sala)

Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental cuando se comprueba la **subordinación o dependencia** respecto del empleador, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación inicialmente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación.

En este mismo sentido, nuestro órgano de cierre en fallos como el del 23 de junio de 2005 proferido dentro del expediente No. 0245 por el Dr. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad que se acrediten fehacientemente los tres

elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma **subordinada y dependiente** respecto del empleador, razonando de la siguiente manera:

> *"De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional. (...)*
>
> *De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contrato de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los períodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.*
>
> *La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral* ***por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista****, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben****, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público:****(…)*
>
> *Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolla su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad, (…)."* **(Resalta la Sala)**

Lo anterior traduce, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental cuando se comprueba la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación inicialmente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independiente de la denominación jurídica que se les haya dado a dicha relación. Lo anterior, ha sido el lineamento que nuestro órgano de cierre ha venido manejando es así como en sentencia del 08 de mayo de 2014, proferida dentro del expediente Nro. 25000-23-25-000-2008-00919-01(0480-12), C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, quien al tratar nuevamente sobre el elemento subordinación al tratar de acreditar una relación laboral, expuso:

"En sentencia de 18 de noviembre de 2003[1], la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad negó las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento "coordinación". No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento "subordinación" aspecto trascendente que como se anotó requiere ser acreditado fehacientemente, en la tarea de desentrañar la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido ***personal*** *y que por dicha labor haya recibido una* ***remuneración*** *o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista* ***subordinación*** *o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.*

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia,[2] para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.
Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse 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, por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación en diferentes fallos (…)"

Así las cosas, y acuerdo con lo anteriormente expuesto se recoge que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos inicialmente referidos, pero especialmente, **que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público,**

[1] Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, M.P.: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco.
[2] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

En ese orden de ideas, tenemos que la prosperidad de las pretensiones con el fin de demostrar la verdadera existencia de una relación laboral, depende exclusivamente de la actividad probatoria desplegada por la parte demandante tendiente a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación suscrita, y ello es posible cuando se acredita con suficiencia los elementos ya reseñados, en especial el que corresponde a la subordinación, en tanto que el mismo teje un delgada línea que diferencia las relaciones contractuales en que se enmarca el contrato de prestación de servicios de una relación laboral.

DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN EN MATERIA DE CONTRATO REALIDAD

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, profirió sentencia de unificación de fecha **09 de septiembre de 2021, proferida dentro del expediente 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), donde unificó su jurisprudencia en torno al tema del contrato,** recordando los elementos que se deben probar para configurarse, y además de ello, estableció 3 reglas, una que define el término del concepto "*término estrictamente indispensable*", el cual gira en torno a demostrar la necesidad del servicio para contratar mediante prestación de servicios, de forma temporal y no permanente, para lo cual indicó:

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

Así mismo, nuestro máximo órgano de cierre de lo contencioso administrativo, previó la segunda regla en cuanto a la flexibilización que debe tener en cuenta el

Juez al momento de determinar si hubo solución de continuidad, previendo un término de 30 días hables entre un contrato y otro, señalando:

> *"[C]onviene precisar la noción de solución de continuidad, en el entendido de que «solución» es igual a interrupción. Es decir, que cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación de servicios; mientras que la no (sin) solución de continuidad equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpidamente causándose. Ahora bien, en la actualidad, en la Sección Segunda del Consejo de Estado, en los 26 tribunales y en los juzgados administrativos se emplean diferentes criterios para computar la interrupción de los contratos estatales de prestación de servicio, sin que exista consenso sobre el tiempo que debe transcurrir entre uno y otro para determinar la solución de continuidad o un fundamento normativo claro que la soporte. […] [**L**]**a Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. Un término que no debe entenderse como «una camisa de fuerza» que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado"*** (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Finalmente, prevé una tercera regla de unificación en cuanto a la improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por parte del contratista en seguridad social, donde manifestó

> ***"****En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social (…) tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella. Las anteriores razones han conducido a esta Sección a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer». Por consiguiente, dado que corresponde al*

contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. [...] En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, ***frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal."***

La Sala Plena del Consejo de Estado, en su sentencia de unificación resume las reglas, así:

"(i) La primera regla define que el concepto de «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.

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

(iii) La tercera regla determina que frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal."

DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN SOBRE PRESCRIPCIÓN EN MATERIA DE CONTRATO REALIDAD

El H. Consejo de Estado **en decisión de fecha 25 de agosto de 2016, con ponencia del Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, expediente Nro. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), unificó su jurisprudencia en torno al tema del contrato realidad en cuanto a la prescripción**, sobre el cual efectuó las siguientes precisiones:

"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 Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la

Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.

Respecto a 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 tiene 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, irrenuciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas e irrenuciabilidad a la seguridad social.

Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de "…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.

(….)

Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintita no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por no tener el carácter de emolumentos económicos temporales.

(….)

En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al

sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a un pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.

(…)

En tal sentido, el juez solo podrá analizar la prescripción en cada caso concreto, una vez abordada y comprobada la existencia de dicha relación laboral, pues el hecho que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente, los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral), por lo que su estudio deberá ser objeto de la sentencia."

De igual manera, es en esta decisión que se fijan unas reglas jurisprudenciales que han de ser los derroteros para resolver asuntos relacionados con el contrato de realidad:

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

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hecho por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidente al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener un pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso – administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro – contratista corresponderá a los honorarios pactados."

Sobre la posición de la prescripción en torno al contrato realidad, fue reiterada en la reciente sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, profirió sentencia de unificación de fecha **09 de septiembre de 2021, proferida dentro del expediente 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), donde señaló:**

"Término de prescripción y momento a partir del cual se inicia. *En lo atinente a la prescripción de derechos laborales en el orden administrativo, […] esta Sección unificó su criterio y, en la actualidad, cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter], estableció a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios. […] esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral.* ***Unificación del***

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

A su vez, el Consejo de Estado complementó la anterior regla, indicando[3]:

> *"[C]omo complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones:* ***Primera:*** *cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurran todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.* ***Segunda:*** *en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse."*

En ese orden de ideas, en cuanto al tema de la prescripción en los procesos en que se alegue la existencia de un contrato realidad, la Sala Plena del Consejo de Estado, reiteró que su término es trienal, el cual cuando concurran todos los elementos constitutivos de una relación laboral, se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, no han transcurrido más de 30 días hábiles, y dado el caso, de establecerse que no hay solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones

[3] Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, sentencia de unificación de fecha **09 de septiembre de 2021, proferida dentro del expediente 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).**

entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual.

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, encontramos que el señor HECTOR JULIAN OSORIO ARIAS, instauró el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el MUNICIPIO DE IBAGUE, pretendiendo que se declaré la existencia de un contrato laboral (realidad) desde el 15 de marzo de 2013 al 22 de diciembre de 2015, tiempo en que prestó sus servicios como técnico en sistemas, y que posteriormente cambiaron a los prestados como profesional en Administración de Negocios para el desarrollo y la implementación de campañas de seguridad vial en el Municipio de Ibagué - Tolima a favor de la entidad demandada, debiéndose ordenar el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales causadas durante dicho tiempo y aportes a la seguridad social.

Por su parte, el MUNICIPIO DE IBAGUE, contestó la demanda aludiendo que no es procedente reconocer ni pagar las acreencias laborales reclamadas por la parte actora, como quiera que lo único que existió fue una relación meramente contractual derivada de los contratos de prestación de servicios suscritos por las partes, para que ejerciera funciones como técnico y que en 2014 se cambió el objeto contractual pasando a contratar sus servicios profesionales de manera autónoma e independiente, razones por las que solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.

Una vez agotadas las correspondientes etapas procesales, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, profirió sentencia donde resolvió negar las a las pretensiones de la demanda, al considerar que no se configuraron los elementos de una relación laboral, al no estar probada la subordinación, afirmando, que no se acreditó que el demandante hubiese estado sujeto a órdenes y condiciones de desempeño que desbordaran las necesidades de coordinación, que hubiere prestado sus servicios sin autonomía y en igualdad de condiciones a los demás empleados de planta, para que se configurara la presunta relación laboral solicitada por el actor.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, argumentando que a través de las pruebas testimoniales y documentales aportadas al plenario, se logran acreditar los elementos necesarios para predicarse la existencia de una relación laboral entre las partes, al evidenciarse que el hoy demandante se encontraba en la obligación de realizar labores totalmente distintas a las que habían sido contratadas puesto que sus actividades eran dirigidas a diario por el señor Giovanny Posada, quien

entre 2013 y 2014 era el jefe operativo de esta cartera encargado de coordinar los operativos que se realizaban a altas horas de la noche en los cuales el hoy demandante estaba obligado a participar a pesar de ser actividades totalmente ajenas a aquellas para las cuales fue contratado, resaltando, que el testigo FREDY TAMARA ratificó que el señor Héctor Julián Osorio cumplía el mismo horario que los funcionarios de planta, trabajando hasta los sábados y en las noches realizando brigadas de movilidad en las discotecas, lo que implica la ausencia de autonomía e independencia del contratista, por lo que solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

En este orden de ideas, la Sala procede a resolver la litis del sub judice, se contrae a establecer si al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y emolumentos salariales reclamados, al presuntamente configurarse los elementos constitutivos de un contrato laboral (contrato realidad), desde el 15 de marzo de 2013 al 22 de diciembre de 2015, tiempo en que prestó sus servicios como técnico en sistemas, servicios que posteriormente cambiaron a los prestados como profesional en Administración de Negocios para el desarrollo y la implementación de campañas de seguridad vial en el Municipio de Ibagué- Tolima a favor de la entidad demandada, o si por el contrario, no le asiste el derecho deprecado, tal y como lo consideró el A Quo.

Ante dichas circunstancias, se procede a analizar si a través del material probatorio que reposa en el plenario, se logran acreditar los elementos constitutivos de una relación laboral entre la demandada y la parte actora, para lo cual se trae a colación las pruebas documentales aportadas al plenario, así:

- Contrato de prestación de servicios No. 1086 de 2015, suscrito entre el señor HECTOR JULIAN OSORIO ARIAS y el MUNICIPIO DE IBAGUE , para que el hoy actor prestara sus servicios profesionales para el fortalecimiento de grupo operativo de la movilidad de la secretaria de tránsito, transporte y de la movilidad del municipio de Ibagué Tolima por el tiempo comprendido entre el 05 de marzo de 2015 y el 22 de diciembre de 2015, por un valor de dieciséis millones cien mil de pesos ($16.100.000), tal y como se desprende a folios 010 a 019 del Documento 001. CUADERNO PRUEBAS PARTE DEMANDANTE del expediente digital.

- Contrato de prestación de servicios No. 1089 de 2014, suscrito entre el señor HECTOR JULIAN OSORIO ARIAS y el MUNICIPIO DE IBAGUE , para que el hoy actor prestara sus servicios como profesional prestando apoyo a la gestión de carácter asistencial para el fortalecimiento de la dirección del grupo operativo de la movilidad de la secretaria de

tránsito, transporte y de la movilidad del municipio de Ibagué Tolima por el tiempo comprendido entre el 24 de enero de 2014 y el 23 de julio de 2014, por un valor de quince millones quinientos diez mil pesos ($15.510.000), tal y como se desprende a folios 003 a 008 del Documento 001. CUADERNO PRUEBAS PARTE DEMANDANTE del expediente digital.

- Adición al contrato de prestación de servicios No. 1086 de 2014 suscrito entre el señor HECTOR JULIAN OSORIO ARIAS y el MUNICIPIO DE IBAGUE , para que el hoy actor prestara sus servicios como profesional prestando apoyo a la gestión de carácter asistencial para el fortalecimiento de la dirección del grupo operativo de la movilidad de la secretaria de tránsito, transporte y de la movilidad del municipio de Ibagué Tolima adicionando un término de días calendario a los 210 días pactados inicialmente, por un valor adicional de cinco millones setecientos cincuenta mil pesos ($5.750.000), tal y como se desprende a folios 025 a 026 del Documento 001. CUADERNO PRUEBAS PARTE DEMANDANTE del expediente digital.

- Contrato de prestación de servicios No. 2177 de 2014, suscrito entre el señor HECTOR JULIAN OSORIO ARIAS y el MUNICIPIO DE IBAGUE , para que el hoy actor prestara sus servicios profesionales para el fortalecimiento de la dirección del grupo operativo y de la movilidad de la secretaria de tránsito, transporte y de la movilidad del municipio de Ibagué Tolima por un plazo de 90 días calendario, por un valor de seis millones de pesos ($6.000.000), tal y como se desprende a folios 037 a 044 del Documento 001. CUADERNO PRUEBAS PARTE DEMANDANTE del expediente digital.

- Contrato de prestación de servicios No. 1906 de 2013, suscrito entre el señor HECTOR JULIAN OSORIO ARIAS y el MUNICIPIO DE IBAGUE, para que el hoy actor prestara sus servicios como técnico en sistemas para el desarrollo y la implementación de campañas de seguridad vial en virtud de mejorar la seguridad vial en el municipio de Ibagué Tolima por un plazo de 70 días previo perfeccionamiento y ejecución del contrato, por un valor de tres millones seiscientos diecinueve mil pesos ($3.619.000), tal y como se desprende a folios 26 a 33 del Documento 001. CUADERNO PRINCIPAL del expediente digital.

- El demandante actuando a nombre propio, solicitó ante la entidad accionada que se declarara la existencia de una relación legal y reglamentaria de hecho, entre el MUNICIPIO DE IBAGUE y el señor HECTOR JULIAN OSORIO ARIAS, desde el 13 de marzo de 2013 hasta el

22 de diciembre de 2015, en el cargo de técnico en sistemas, servicios que posteriormente cambiaron a los prestados como profesional en Administración de Negocios para el desarrollo y la implementación de campañas de seguridad vial en el Municipio de Ibagué- Tolima y se le reconociera y pagara las prestaciones sociales a que hubiere lugar. Petición que fue resuelta de manera desfavorable mediante la Resolución N° 00867 del 04 de ma0 de 2017, tal y como se desprende a folios 6 a 10 del Documento 001. CUADERNO PRINCIPAL del expediente digital.

- Se aportó a la plenaria copia de los registros de placas entregados a los diferentes funcionarios que acredita el tramite realizado en tránsito, los cuales son visibles a folios 58 a 87 del Documento 001. CUADERNO PRINCIPAL del expediente digital.

- A folios 88 a 91 del Documento 001. CUADERNO PRINCIPAL del expediente digital, reposan informes de actividades de los operativos realizados.

Relacionado lo anterior, se procede analizar si se encuentran acreditados los elementos necesarios para configurarse una relación laboral.

1. Elementos constitutivos de una relación laboral

Sobre los elementos constitutivos de una relación laboral, el Honorable Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, reiteró que la figura del contrato realidad se aplica cuando se acredita 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 continuada propia de las relaciones laborales.

En virtud de lo anterior, se procede analizar si en el caso bajo estudio se configuran los elementos para configurarse un contrato realidad, tales como la prestación del servicio de manera personal, si dichos servicios fueron remunerados, y finalmente, si hubo subordinación.

1.1 Prestación personal del servicio

Frente al primer elemento de la relación laboral, concerniente a la **prestación personal del servicio**, se advierte que en el plenario reposan los siguientes

contratos de prestación de servicios suscritos entre el señor HECTOR JULIAN OSORIO ARIAS y la demandada, para que el hoy actor prestara sus servicios como técnico en sistemas, servicios que posteriormente cambiaron a los prestados como profesional en Administración de Negocios para el desarrollo y la implementación de campañas de seguridad vial en el Municipio de Ibagué-Tolima, los cuales se referencian a continuación:

No. contratos de prestación de servicios	**Periodo**	**Valor**
No. 1906 de 2013	21 de octubre de 2013 al 30 de diciembre de 2013	$3.619.000
No. 1089 de 2014	24 de enero de 2014 al 24 de julio de 2014	$15.510.000
No. 2177 de 2014	05 de septiembre de 2014 al 05 de diciembre de 2014	$6.000.000
No. 1086 de 2015	05 de marzo de 215 al 22 de diciembre de 2015 con adición de 76 días	$16.100.000 con adición de $5.750.000

A su vez, de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, se desprende que tenían como objeto contractual que el señor HECTOR JULIAN OSORIO ARIAS prestara sus servicios como técnico en sistemas para el desarrollo y la implementación de campañas de seguridad vial en virtud de mejorar la seguridad vial en el municipio de Ibagué Tolima objeto fue modificado para que el demandante prestara sus servicios profesionales para el fortalecimiento de la dirección del grupo operativo y de la movilidad de la secretaria de tránsito, transporte y de la movilidad del municipio de Ibagué Tolima. En efecto, los objetos contractuales eran los siguientes:

1. Contrato de prestación de servicios de un técnico en sistemas para el desarrollo y la implementación de campañas de seguridad vial en virtud de mejorar la seguridad vial en el Municipio de Ibagué-Tolima.

2. Contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión de carácter asistencial para el fortalecimiento de la dirección del grupo operativo y de la movilidad de la Secretaría de Tránsito, Transporte y de la Movilidad del Municipio de Ibagué-Tolima.

3.Contrato de prestación de servicios profesionales para el fortalecimiento de la dirección del grupo operativo y de la movilidad de la Secretaría de Tránsito, Transporte y de la Movilidad del Municipio de Ibagué-Tolima.

4.Contrato de Prestación de servicios profesionales para el fortalecimiento de la dirección del grupo operativo y de la movilidad de la Secretaría de Tránsito, Transporte y de la Movilidad del Municipio de Ibagué-Tolima".

Atendiendo lo esgrimido anteriormente, evidencia la Sala que el demandante ejercía sus funciones como técnico y profesional administrativo dentro de las instalaciones de la secretaria de tránsito, transporte y de la movilidad del municipio de Ibagué Tolima, de forma directa y personal**,** actividades que ejercía en virtud de los contratos de servicios celebrados de forma directa con la entidad accionada, configurándose el primer elemento del contrato realidad.

1.2 Remuneración

En cuanto al segundo elemento referente a la remuneración, este se encuentra plenamente acreditado, ya que dentro de los contratos de prestación de servicios que suscribió el MUNICIPIO DE IBAGUE con el hoy actor, se pactó el pago de unas sumas dinerarias que se les dio la denominación de "honorarios", los cuales sus pagos se efectuaron a favor del señor HECTOR JULIAN OSORIO ARIAS, para que prestará sus servicios cómo TECNICO y posteriormente como PROFESIONAL ADMINISTRATIVO, lo que en realidad devienen a constituir en la **remuneración respectiva en virtud a la ejecución de la actividad por la que fue contratada el demandante.**

Como quiera que los elementos de la prestación personal del servicio y remuneración se encuentran debidamente acreditados, los cuales no fueron objeto de controversia por ninguna de las partes y que se encontraron plenamente acreditados por la Juez de Primera Instancia, se procede a estudiar el último elemento y más importante, correspondiente a la subordinación, para determinar si efectivamente hubo una relación laboral, al ser el elemento en el que existe discrepancia entre las partes.

1.3 Subordinación

Frente al elemento subordinación es menester traer a colación reciente pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado, quien a través de sentencia con radicación No. 3730-2014 proferida el día 01 de marzo del 2018, C.P: **Carmelo Perdomo Cuéter, señaló:**

> ***"(…) 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.*
>
> (…)
>
> *…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; (…)" (*Subraya fuera del texto original)

La parte demandante en su recurso de apelación, afirma, que el hoy demandante se encontraba en la obligación de realizar labores totalmente distintas a las que habían sido contratadas pues atendiendo la subordinación, debía cumplir con las actividades impuestas por el señor Giovanny Posada, quien entre 2013 y 2014 era el jefe operativo, encargado de coordinar los operativos que se realizaban a altas horas de la noche, a los cuales el demandante estaba obligado a participar a pesar de ser actividades totalmente ajenas a aquellas para las cuales fue contratado, cumplía el mismo horario que los funcionarios de planta, trabajando hasta los sábados y en las noches realizando brigadas de movilidad en las discotecas, lo que implica la ausencia de autonomía e independencia del contratista.

Al respecto, debe indicarse que el accionante no probó que en la planta de personal de la entidad existiera un cargo con similares funciones, lo que conlleva a concluir que la actividad que ejercía el actor era una labor que requería conocimientos específicos o especializados, ejerciendo funciones como técnico y posteriormente como profesional administrativo.

De otra parte, la apoderada judicial del demandante manifiesta que su prohijado debía cumplir horario, y no podía desempeñarse de manera autónoma, indicando que a través del testimonio rendido se puede acreditar dicha circunstancia.

No obstante, al revisar el testimonio rendido en la audiencia de pruebas, se advierte que no se especifica cual era el horario que presuntamente debía cumplir el demandante, pues el señor FREDY LAURENTINO TÁMARA ORTIZ indico que él era un asesor de tránsito para la época de los hechos, donde observaba que el actor se encontraba en la entidad de lunes a viernes y que algunos sábados tenía que presentarse en las oficinas a sacar copias y veía al hoy demandante laborando allí sin dar detalles puntuales de cuál era la jornada que el señor OSORIO ARIAS debía cumplir.

De lo anterior, se desprende que a través del testimonio no se podría lograr demostrar que el señor HECTOR JULIAN OSORIO ARIAS debía cumplir un horario establecido, sin embargo, si en gracia de discusión está el cumplimiento de una

jornada laboral, se podría aceptar que el demandante tuviere que cumplir horarios para ejercer sus obligaciones como contratista, similar a los demás trabajadores, sin ser dicha condición suficiente para concluir la existencia del elemento de subordinación, en tanto los empleados como los contratistas deben ejecutar sus actividades, en alguna jornada u horario que se haya pactado o convenido.

El testigo Fredy Laurentino Támara Ortiz afirma que el señor HECTOR JULIAN OSORIO ARIAS no era autónomo en su trabajo y recibía órdenes del señor Giovanny Posada, quien entre 2013 y 2014 era el jefe operativo de esta cartera encargado de coordinar los operativos que se realizaban a altas horas de la noche, no obstante, al cotejar el testimonio con los hechos referenciados en la demanda, se evidencia, que esto hacía parte de las funciones a su cargo, pues se encuentra demostrado que debía realizar visitas de campo a la zona urbana del Municipio y almacenar datos para verificar la demarcación vial, recopilar información mediante visitas programadas por el director operativo con el fin de brindar un insumo para el diseño e implementación de los planes específicos de movilidad a cargo dela dirección operativa.

En virtud de los contratos suscritos y aportados, se dilucida que durante el contrato de prestación de servicios No 1906 del 2013, tuvo como objeto la Prestación de servicios como técnico en sistemas para el desarrollo y la implementación de campañas de seguridad vial en virtud de mejorar la seguridad vial en el municipio de Ibagué Tolima, por lo que al compararlo con los registros de placas entregadas, es evidente que el actor siempre actuó como técnico en sistemas almacenando datos y realizando informes con ocasión del objeto del contrato.

De igual forma, realizaba labores que implicaban la presencia del actor en ciertas zonas del casco urbano del municipio de Ibagué y las visitas de campo programadas por el supervisor para verificar la demarcación vial existente en el mismo, en cumplimiento de las funciones que se indicaron en los contratos No 1089 de 2014, 2177 de 2014 y 1086 de 2015 suscritos posteriormente los cuales sostuvieron como objeto la prestación de los servicios de apoyo a la gestión de carácter sustancial, ejerciendo en ambos casos labores propias a las establecidas como obligaciones del contratista, sin que de allí pueda inferirse que hubo subordinación o dependencia, o que se le hubiese establecido un horario específico dentro del cual debía llevar a cabo el cumplimiento de sus funciones.

Incluso, de las actividades asignadas al accionante no se logra establecer su carácter permanente, continuo e ininterrumpido en la ejecución de las mismas, pues de los informes de actividades de los operativos realizados arrimados al

proceso, se desprende que los operativos se realizaban de manera discontinua y de manera independiente, tampoco se advierte prueba que indique que los operativos se realizaran con la presencia del jefe operativo de esta cartera, dilucidándose que actuaba con autonomía propia en su calidad de contratista.

En este sentido, no se logra corroborar los argumentos invocados por el actor, frente a la continua subordinación a la que alude estuvo sujeto durante el tiempo que prestó sus servicios en el Municipio de Ibague, pues no se aprecia que hubiese ejercido sus funciones dentro de un horario previamente establecido o asignado por algún superior, dado que no existe documento que acredite por lo menos, que su horario de ingreso y de salidas de la entidad tenía lugar dentro de algún determinado lapso de tiempo

De igual forma, no obra prueba que acredite que el señor HECTOR JULIAN OSORIO ARIAS recibía órdenes de algún funcionario del ente territorial.

En consideración, para la Sala no existe discusión alguna que el demandante logró acreditar los elementos correspondientes a la **Prestación Personal del Servicio y la Remuneración como retribución de sus labores,** teniendo en cuenta que, las actividades pactadas dentro del contrato de prestación de servicios profesionales fueron realizadas directamente por el actor e igualmente, recibió una remuneración mensual con ocasión al desarrollo de sus actividades.

No obstante, no sucede lo mismo con el elemento **subordinación,** teniendo en cuenta que, el accionante no cumplió con la carga probatoria que le asistía para demostrar que estaba sujeto a órdenes, que no contaba con autonomía o independencia dentro de la Administración Municipal, al encontrarse bajo las directrices de un jefe inmediato y al cumplimiento de horario laboral durante todo el tiempo que permaneció vigente la prestación de sus servicios profesionales en la entidad; circunstancias que sí podrían dar lugar a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación pactada y acreditar que lo que realmente se configuró fue una auténtica relación laboral.

Lo anterior, debido a que, tratándose de asuntos relacionados con la declaratoria de existencia de un contrato realidad, la carga probatoria se encuentra radicada en cabeza de la parte demandante, quien estará en la obligación de acreditar en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, **la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública,** de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las **mismas condiciones de cualquier otro servidor público.**

Así las cosas, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación suscrita y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta, **lo cual, en el presente caso, no quedó plenamente demostrado,** razón por la cual, los argumentos esbozados en el recurso de apelación no tienen vocación de prosperidad.

Visto lo anterior, se tiene entonces que la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, el pasado 26 de marzo del 2021, deberá ser **CONFIRMADA,** al no haberse verificado la existencia de una verdadera relación laboral, ni confluir los elementos propios que la caracterizan, tal y como se indicó en la parte considerativa de esta providencia.

DE LA CONDENA EN COSTAS

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, y en concordancia con el numeral 1º del artículo 365 y el artículo 366 del Código General del Proceso, condénese en costas de esta instancia a la parte demandante, siempre y cuando se encuentren causadas y probadas.

Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Liquídense de conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso.

D E C I S I Ó N

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

F A L L A

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 26 de marzo del 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, que negó las pretensiones de la demanda instaurada por el señor HECTOR JULIAN OSORIO ARIAS contra el MUNICIPIO DE IBAGUÉ, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- CONDÉNESE en costas de esta instancia a la parte demandante, siempre y cuando se encuentren causadas y probadas; lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P. Procédase de conformidad.

Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Liquídense de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P.

TERCERO.- Una vez en firme, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

En cumplimiento de las medidas de aislamiento preventivo decretadas por el Gobierno Nacional para evitar la propagación del COVID 19, la presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala a través de medios electrónicos y se notifica a las partes por este mismo medio.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS
Magistrado

LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Magistrado

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado