



Consejo Superior
de la Judicatura

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, 26 de junio del 2020.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: GENID ABRIL BARON
DEMANDADO: MUNICIPIO DE TUNJA
EXPEDIENTE: 15001-33-33-006-2018-00033-00

Agotados los ritos del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, profiere el Despacho sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

La ciudadana **GENID ABRIL BARON**, identificada con cédula de ciudadanía N° 46.364.153, por medio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, demanda al **MUNICIPIO DE TUNJA**, con el propósito de que se acceda a las siguientes:

1.2. Declaraciones y Condenas: (fl. 1)

La parte demandante solicita lo siguiente:

1.2.1. Que se declare la nulidad de la Resolución 0323 de fecha 24 de agosto de 2017, proferida por el Secretario Administrativo del Municipio de Tunja, mediante la cual negó el reconocimiento y pago de las prestaciones y otras acreencias laborales reclamadas por la señora **GENID ABRIL BARON**.

1.2.2. Que se declare la nulidad de la Resolución 361 del 1 de noviembre de 2017, proferida por el Alcalde Mayor de Tunja, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones y otras acreencias laborales de la señora **GENID ABRIL BARON**.

1.2.3. Que se declare que entre el Municipio de Tunja y la señora **GENID ABRIL BARON**, existió un contrato realidad del tiempo comprendido entre: el 19 de Febrero de 2016 al 24 de mayo de 2017.

1.2.4. Que se condene al Municipio de Tunja al pago a favor de la señora **GENID ABRIL BARON** de las cesantías, interés a las cesantías, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, indemnización por vacaciones y aportes a pensión y salud y riesgos profesionales, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, del tiempo comprendido entre: El 19 de Febrero de 2016 al 24 de mayo de 2017.

1.2.5. Ordenar que la sentencia sea liquidada con ajuste al valor o indexación desde que se generaron hasta cuando quede ejecutoriada la sentencia (conforme a lo establecido en el artículo 187 del CPACA).

1.2.6. Ordenar que la sentencia se cumpla en los términos señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA.

1.2.7. Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

Fundamentos Fácticos (fls. 1-3):

Como sustento de las pretensiones, en resumen se narran los siguientes hechos:

- Que el Municipio de Tunja, mediante contrato de prestación de servicios Nos. 0153 de fecha 19 de febrero de 2016, 0723 de fecha 8 de septiembre de 2016, contrató a la señora GENID ABRIL BARON para Apoyar la Gestión del Municipio de Tunja, en la prestación de servicios de recaudo aplicando los Reglamentos Internos de las Plazas de Mercado Publicas de la ciudad, servicio que prestó desde el 19 de Febrero de 2016 al 31 de octubre de 2016.
- Que la señora GENID ABRIL BARON, durante la prestación de los servicios con el Municipio de Tunja, durante el año 2016 debía cumplir un horario de lunes a jueves de 6 am a 6 pm y los viernes de 5 am a 7 pm.
- Que la señora GENID ABRIL BARON, durante la prestación de los servicios al Municipio de Tunja realizó labores como control en el ingreso de vehículos para cargue y descargue de productos como papa, hortalizas, frutas, ganado, entre otros, recaudo en la plataforma de papa, recaudo en baños, peajes (Virgen, peaje mayor, peaje papa), recaudo de ganado y en la caseta de ICA.
- Que el Municipio de Tunja, dio en concesión las Plazas de Mercado Publicas Sur y Norte de la ciudad de Tunja, al fallecido señor LUIS HERNANDO GONZALEZ LOPEZ, para ejecutar la Gestión del Municipio de Tunja en la administración y operación técnica y Financiera de las Plazas de Mercado Publicas Sur y Norte de la ciudad de Tunja.
- Que a su vez el señor LUIS HERNANDO GONZALEZ LOPEZ, suscribió tres contratos con la demandante GENID ABRIL BARON, de fecha 1 de noviembre de 2016, 1 de enero de 2017 y un tercer contrato por dos meses que no le fue entregado; con el objeto de realizar actividades o labores y las que se derivaran de las mismas: Recaudo, cobro de cartera, diseño de formularios y reportes semanales y/o diarios respecto de los cobros realizados, presentar informes de cartera, entre otras. servicio que prestó desde: el 1 de noviembre de 2016 al 24 de mayo de 2017.
- Que la señora GENID ABRIL BARON, durante la prestación de los servicios con el señor LUIS HERNANDO GONZALEZ LOPEZ, desempeñó labores que ejecutó en las Plazas de mercado Sur y Norte de la ciudad de Tunja durante el año 2017 y cumplió un horario de lunes, miércoles, jueves y domingo de 6 am a 6 pm y los viernes de 4 am a 3 pm sin laborar martes ni sábados.
- Que la señora GENID ABRIL BARON, fuera de las actividades realizadas en los contratos 0153 de fecha 19 de febrero de 2016 y 0723 de fecha 8 de septiembre de 2016; debía realizar otras labores tales como logística, control de tránsito vehicular, relevos, entre otras.
- Que la señora GENID ABRIL BARON, durante la relación contractual con el Municipio así como en la concesión, cuando debía retirarse de las dependencias de las Plazas de mercado Publicas de la ciudad de Tunja o no podía asistir a sus labores para atender asuntos personales, debía pedir permiso a sus superiores, so pena de recibir llamados de atención de forma verbal o escrita.
- Que la señora GENID ABRIL BARON, para el desempeño de sus funciones estaba subordinada a sus jefes inmediatos, quienes le daban orientación e instrucciones de como adelantar su labor.
- Que los reglamentos internos establecidos por el Municipio de Tunja, para el desarrollo de las actividades de las plazas de mercado Sur y Norte establecen los horarios de la prestación del servicio según la actividad y el sector a fin de cubrir la necesidad de los diferentes comerciantes que allí desarrollan su actividad en diversos horarios.

1.3. Normas Violadas y Concepto de Violación (fls. 618-647):

Como normas constitucionales violadas señaló los artículos 13, 53 y 122 de la Constitución Política de Colombia, la Ley 80 de 1993 en su artículo 32 inciso 3, Ley 909 de 2004 artículo 21 y decreto 1227 de 2005.

Señaló que el MUNICIPIO DE TUNJA, al contratar a la señora GENID, mediante orden de prestación de servicios para desempeñar una función de carácter permanente, debió por lo menos haber creado un empleo temporal para que pudiera tener derecho al régimen salarial y prestacional de los empleados de carácter permanente de la entidad tal y como lo señala la ley 909 de 2004 y el decreto 1227 de 2005, por lo que lo privó de obtener este tipo de contraprestación, por lo que el derecho a la igualdad señalado en el artículo 13 de la Constitución Política se vio cercenado, ya que no se le dio el mismo trato y se le reconoció los mismos derechos de los demás funcionarios de la entidad.

Sostuvo que así mismo se le desconocieron a la demandante los principios consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política que establecen que las relaciones de trabajo se sujetan a una remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, lo cual aunado al artículo 13 de la Constitución en lo pertinente a que deben primar las condiciones de igualdad a las personas que se encuentran en situaciones similares.

Por lo que considera que, a la demandante, al cumplir un horario de trabajo, una subordinación y recibir una contraprestación, y encontrarse desempeñando una labor de carácter permanente, es decir encontrarse en condiciones similares a la de los funcionarios permanentes del municipio, debió igualmente reconocérsele el pago de las prestaciones.

Agregó también que el contrato de prestación de servicios tiene por finalidad el cumplimiento de funciones de origen especial o de administración que no pueden desempeñarse por funcionarios de planta y con plena independencia.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida con providencia del treinta (30) de abril de 2018 (fl. 84), y una vez notificada la **entidad accionada MUNICIPIO DE TUNJA** contestó la demanda dentro de la oportunidad legalmente prevista para ello, oponiéndose a la pretensiones y proponiendo las excepciones de fondo (fls. 93-326).

De las excepciones propuestas por la secretaria del despacho se corrió el correspondiente traslado conforme lo advertido a folio 329 del expediente.

Posteriormente mediante auto del primero (1) de noviembre del año 2018 se fijó la fecha para la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA (fl. 334).

Tal diligencia se llevó a cabo el día veintitrés (23) de enero de 2019, según consta en el acta que reposa de folios 348 a 356 del expediente, en la cual se decretaron medios de prueba para el esclarecimiento de los supuestos fácticos.

En consecuencia, el día trece (13) de marzo del 2019, se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA para incorporar y practicar los medios de prueba que fueron

decretados en la audiencia inicial (fls. 366 a 370), la cual tuvo que ser suspendida y reanudada el día diez (10) de mayo de 2019, diligencia en la que fueron incorporadas todas las pruebas, se dio por finalizada la etapa probatoria y se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, al considerar que en el presente asunto era innecesario llevar a cabo la Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA (fls. 370-372).

2.1. Contestación de la Demanda

El MUNICIPIO DE TUNJA contestó la demanda dentro de la oportunidad legalmente prevista para ello, oponiéndose a la pretensiones, reconociendo algunos hechos y negando otros, proponiendo las excepciones de inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido y la genérica (fls. 93-326).

2.2. Obran dentro del expediente las siguientes pruebas:

- ❖ Copia de contrato No. 0153 de 19 de febrero de 2016 suscrito entre la demandante y el Municipio de Tunja (fls. 8-16).
- ❖ Copia de adición y prórroga al contrato No. 0153 de 19 de febrero de 2016 de fecha 21 de junio de 2016 (fls. 17-18).
- ❖ Copia de contrato No. 723 de 8 de septiembre de 2016 suscrito entre la demandante y el Municipio de Tunja (fls. 19-27).
- ❖ Copia de contrato individual de trabajo a término fijo celebrado entre la demandante y el señor Luis Hernando González Lopez de fecha 1 de noviembre de 2016 (fls. 28-33).
- ❖ Copia de contrato individual de trabajo a término fijo celebrado entre la demandante y el señor Luis Hernando González Lopez de fecha 31 de marzo de 2017 (fls. 34-36).
- ❖ Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 37).
- ❖ Copia de informe general de actividades del contrato de prestación de servicios No. 0153 de 2016 (fls. 38-41).
- ❖ Copia de informe de recaudo del 23 de julio al 22 de agosto de 2016 (fl. 42).
- ❖ Copia de informe general de actividades del contrato de prestación de servicios No. 723 de 2016 (fl. 43).
- ❖ Copia de informe de recaudo del 8 de septiembre del 7 de octubre de 2016 (fls. 44-45).
- ❖ Copia de solicitud de pago de prestaciones sociales radicada el 4 de septiembre de 2017 (fls. 46-49).
- ❖ Copia de resolución No. 323 de 24 de agosto de 2017 junto con constancia de notificación (fls. 50-53).
- ❖ Copia de recurso de apelación presentado contra la resolución No. 323 de 24 de agosto de 2017 (fls. 54-56).
- ❖ Copia de la Resolución No. 0361 de 1 de noviembre de 2017 (fls. 57-63).
- ❖ Copia de informes de actividades remitidas al supervisor del contrato No. 153 de 2016 (fls. 74-78).
- ❖ Copia de hoja de vida, y propuesta económica allegada por la demandante al Municipio de Tunja (fls. 129-143).
- ❖ Copia de solicitud y registro presupuestal para el contrato 2016-153 (fls. 153-154).
- ❖ Copia de formato de vinculación de trabajador independiente a la ARL Positiva (fl. 155).

- ❖ Copia de póliza de seguro de cumplimiento de controla de prestación de servicios No. 600-47-994000042128 (fl. 156).
- ❖ Copia de acta de aprobación de póliza (fl. 157).
- ❖ Copia de oficio de asignación de funciones de supervisión de contrato (fl. 158).
- ❖ Copia de planillas de pago a seguridad social (fls. 165-168).
- ❖ Copia de solicitud de prórroga de contrato (fl. 185).
- ❖ Copia de formato de estudios previos para contrato No. 153 de 2016 (fls. 186-188).
- ❖ Copia de acta de seguimiento y recibo a satisfacción (fls. 200-201).
- ❖ Copia de acta de terminación y recibo final a satisfacción (fls. 281-282).
- ❖ Copia de Decreto No. 0013 de 11 de enero de 2005 por el cual se fija el reglamento interno para la Plaza de Mercado del Sur (fls. 284-304).
- ❖ Copia de Decreto No. 0072 de 2 de marzo de 2005 por el cual se fija el reglamento interno para la Plaza de Mercado del Norte (fls. 305-326).
- ❖ Declaraciones de Carlos Olinto Olarte Amado, Nelly Cecilia Forero Morales y Julio Cesar Sepúlveda Mejía (fl. 359).
- ❖ Declaración de la demandante (fl. 370).
- ❖ Copia de informes de concesión para la operación, explotación, administración y mantenimiento de las plazas de mercado de la ciudad de Tunja en tres cuadernos anexos.

2.3. Alegatos de conclusión

2.3.1. Alegatos de la parte demandante

El apoderado de la demandante reiteró algunos de los hechos y argumentos narrados en la demanda, hizo un recuento del trámite procesal, señala que se le hace extraño que la parte demandada no haya citado testigo alguno, y señala que con las pruebas recaudadas y practicadas se encuentran demostrados los elementos esenciales de la relación laboral como son la prestación personal del servicio, la continua dependencia o subordinación y la remuneración o salario, por lo cual concluye que se debe acceder a las suplicas de la demanda.

2.3.2. Alegatos de la parte demandada

El apoderado de la parte accionada Municipio de Tunja dentro del término concedido ratificó lo señalado en la contestación de la demanda, afirmó que la parte demandante no atacó la legalidad de los actos demandados y que se limita a hacer unos planteamientos sobre la supuesta existencia de un contrato realidad que según lo demostrado en el proceso no existió, al no acreditarse el elemento de la subordinación, igualmente tachó a los testigos Carlos Olinto Olarte Amado y Nelly Cecilia Forero Morales quienes también demandaron al Municipio de Tunja por similares situaciones factico jurídicas.

Así mismo, señaló que en el interrogatorio de parte rendido por la demandante dejó claro que su jefe siempre fue el señor Luis Hernando Gonzalo, es decir, que prestó sus servicios a través de un contrato de prestación de servicios, pero bajo la supervisión de un tercero quien a través del administrador de las plazas de mercado coordinaba la realización de diversas actividades propias de tal servicio, lo que no debe confundirse con subordinación.

2.4. Concepto del Ministerio Público

Dentro del término de traslado para presentar alegatos de conclusión la agente del Ministerio Público delegada ante este Despacho guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad todas las demás etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a decidir de fondo el presente asunto bajo el siguiente esquema:

3.1. Cuestiones previas.-

3.1.1. Pruebas obrantes en copias simples dentro del *sub lite*.-

Sobre este particular, manifiesta el Despacho que a las mismas se les dará pleno valor probatorio, por cuanto éstas fueron debidamente incorporadas al expediente, sin que las mismas fueran en momento alguno controvertidas o tachadas por la respectiva parte contraria. La anterior aclaración se efectúa dado que, de conformidad con el inciso primero del artículo 215 del CPACA, se presumirá salvo prueba en contrario, que las copias simples tendrán el mismo valor de la original cuando no hubiesen sido tachadas de falsas, no obstante, a partir de la promulgación de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), es decir el día 12 de julio del año 2012, el inciso primero del mencionado artículo 215 fue derogado¹.

3.2. Problema Jurídico:

Corresponde establecer al Despacho: si es procedente la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados contenidos en las resoluciones No. 0323 de fecha 24 de agosto de 2017, proferida por el Secretario Administrativo del Municipio de Tunja, mediante la cual negó el reconocimiento y pago de las prestaciones y otras acreencias laborales reclamadas por la señora GENID ABRIL BARON, y en la resolución 361 del 1 de noviembre de 2017, proferida por el Alcalde Mayor de Tunja, que confirmó la anterior. Así mismo debe resolver el despacho si se configuran los presupuestos necesarios establecidos legal y jurisprudencialmente, para estructurar y declarar la existencia de una relación laboral entre la señora GENID ABRIL BARON y el Municipio de Tunja, durante el periodo comprendido entre el 19 de febrero de 2016 al 24 de mayo de 2017, y si como consecuencia de lo anterior resulta procedente o no condenar a la entidad territorial demandada a que reconozca y pague a la demandante las prestaciones sociales y demás acreencias laborales que deriven de tal declaratoria. Así se debe determinar si ante una eventual condena esta debe ser indexada o actualizada y si resulta procedente condenar al pago de costas y agencias en derecho.

3.3. Argumentos y sub argumentos para resolver los problemas jurídicos

3.3.1. Del contrato de prestación de servicios y la relación laboral

El contrato de prestación de servicios se encuentra consagrado en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que en su tenor literal prescribe:

¹ Ver el artículo 626 CGP.

"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:

(...)

3o. 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."

Con fundamento en su definición legal, el Consejo de Estado concluyó en sentencia de unificación sobre la existencia de relación de trabajo en la labor docente, que "...el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual...".

Ahora bien, en el análisis de constitucionalidad del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 realizado a través de la sentencia C-154 de 1997 se condicionó su interpretación, en el entendido que el contrato de prestación de servicios no genera relación laboral alguna, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada, bajo los siguientes argumentos:

"...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.

*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...**" (Resalta el Despacho).*

Pues bien, el anterior razonamiento propugnó por la protección de los principios mínimos fundamentales del trabajador, elevados a rango constitucional a través del artículo 53 de la Constitución Política, que entre otros, prevé la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, y se contrajo a limitar el alcance dado por las autoridades administrativas a la prohibición contenida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, fundado en la desnaturalización del contrato de prestación de servicios y el ocultamiento de verdaderas relaciones laborales.

Así entonces, estableció la citada sentencia que deberá darse aplicación al **principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades** establecidas por los sujetos de las relaciones laborales cuando quiera que se haya optado por la suscripción de contratos de prestación de servicios con el objeto de ocultar una relación laboral; máxima que se concreta "en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal". Al respecto, se puntualizó en que además de la forma legal que se adopte, lo que determina la naturaleza de la relación jurídica entre el Estado y sus trabajadores, es la existencia del elemento subordinación o dependencia.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, son elementos esenciales del contrato de trabajo: **i)** que se presten servicios personales, **ii)** se pacte o ejerza una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, **iii)** se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado.

Con fundamento en lo antes expuesto, el Consejo de Estado ha edificado una línea jurisprudencial dirigida a señalar que para que sea procedente la declaración judicial del contrato realidad, debe acreditarse la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, esto es, la realización de funciones de forma personal, el recibo de una remuneración como contraprestación y la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública. Así lo explicó el Alto Tribunal:

*"En ese orden de ideas, la figura del contrato realidad, sostiene la jurisprudencia, se aplica cuando se constata 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."*²

De manera particular, sobre lo que implica la subordinación o dependencia en el marco de una relación laboral, el Consejo de Estado ha explicado que "...es aquella facultad permanente para exigir del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo..."³, y que la misma no puede confundirse con la coordinación como forma de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, como quiera que "...entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a

² Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16.

³ CONSEJO DE ESTADO S.C.A. S.2. SUBSECCIÓN B. C.P DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Sentencia de 17 de agosto de 2017. **Expediente N°:** 68001-23-33-000-2014-00627-01 (4696-15) Demandante: Janeth Smith Fernández Caballero. Demandado: E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Girón.

las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación...⁴.

Se concluyó en este último pronunciamiento que a efectos de demostrar la existencia de una relación laboral, al interesado le corresponde acreditar de manera irrefutable la subordinación y dependencia, así como el desempeño de funciones públicas en las mismas condiciones de cualquier otro servidor, *"...siempre y cuando, de las circunstancias en que se desarrollaron tales actividades, no se deduzca que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales..."*.

Ha de tenerse en cuenta que en virtud de la prohibición prevista en el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 «Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil», modificado por el Decreto 3074 de 1968, no podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes, pues para el efecto, deberán crearse los empleos correspondientes. Dicha disposición fue objeto de control abstracto de constitucionalidad a través de la sentencia C-614 de 2009⁵, por medio de la cual, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad y concretó algunos criterios que definen la permanencia como un elemento que junto con la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta ser determinante para establecer la existencia de una relación laboral, así:

i) Criterio funcional: Alude a que la función que se contrata es de aquellas asignadas a la entidad pública por virtud del reglamento, la ley y la Constitución.

ii) Criterio de igualdad: Cuando las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad.

iii) Criterio temporal o de la habitualidad: Si las funciones contratadas son cotidianas e implican el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor. Dicho de otro modo, *"...si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona..."*

iv) Criterio de la excepcionalidad: Tratándose de actividades nuevas que no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de labores transitorias, podrá la administración acudir a un contrato de servicios para su cumplimiento. Por el contrario, si la gestión contratada tiene como objeto el desempeño de funciones del giro ordinario de la administración, necesariamente surgirá una relación laboral.

v) Criterio de la continuidad: Si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración o de carácter permanente.

⁴ CONSEJO DE ESTADO S.C.A. S.2. SUBSECCIÓN B. C.P DR. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO Sentencia de 6 de mayo de 2015. Expediente N°: 05001-23-31-000-2002-04865-01 (1923-12) Demandante: Wilson de Jesús Quintana Romero. Demandado: Municipio de Hispania-Antioquia.

⁵ Sentencia C-614 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Estos razonamientos han sido desarrollados por la jurisprudencia para delimitar la permanencia de las labores, sin que en todos los casos en que se advierta la existencia de una relación laboral, sea posible su verificación absoluta. Al respecto, el Tribunal Administrativo de Boyacá ha enfatizado en que *"...los anteriores son parámetros que permiten determinar las características del vínculo, pueden presentarse uno o varios, pero no es necesaria la concurrencia de todos..."*⁶.

Ahora, para definir en quién recae el deber de probar los elementos antes mencionados, la misma Corporación ha partido de la presunción contenida en el inciso 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que refiere a que: *"En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable"*, señalando que se trata de una presunción *iuris tantum*, esto es, que puede ser controvertida y desvirtuada *"de tal manera que, en asuntos como el presente, quien pretenda la declaratoria de existencia de una relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicios, con base en el principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Superior de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber de probanza a fin de poder quebrantar la presunción que sobre esta modalidad de contrato estatal recae"*⁷ (Resalta el Despacho).

Destaca este estrado judicial que el deber de probar los supuestos de hecho que desvirtúan la presunción, en los términos del artículo 166 del CGP⁸, implica para el interesado demostrar los tres elementos del contrato de trabajo, así como la permanencia de la labor desarrollada y la similitud con las labores de un servidor público, que en su conjunto deben llevar al juez a concluir que existió una verdadera relación laboral. Como ya se señaló, la actividad personal y la remuneración en ocasiones pueden ser aspectos comunes en los dos escenarios que aquí se analizan, por tanto, resulta ser la subordinación el elemento diferenciador que permite identificar el vínculo jurídico que existió entre el trabajador y el Estado, y de cuya comprobación surge 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, contenido en el artículo 53 de la Constitución Política.

En suma, es claro que las entidades estatales cuentan con potestad legal para suscribir contratos de prestación de servicios, con el objeto de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, los cuales podrán celebrarse con personas naturales solo cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, y que además, tal vínculo contractual no podrá generar relación laboral ni prestaciones sociales en favor del contratista.

No obstante, cuando se advierta que a través de dicha figura se oculta una verdadera relación laboral, debe prevalecer el principio mínimo fundamental de la realidad sobre las formas, en cuyo caso corresponde al interesado desvirtuar la presunción que en favor del empleador está consagrada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, probando la permanencia

⁶ Tribunal Administrativo de Boyacá. **Sentencia de 24 de mayo de 2018**. Rad. 2016-0105 Demandante: Claudia Andrea García Artunduaga. Demandado: Departamento de Boyacá. **Sentencia de 16 de mayo de 2019**. Rad. 2016-0093 Demandante: Ciro Armando Pulido Aguilar. Demandado SENA. M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

⁷ CONSEJO DE ESTADO S.C.A. S.2. SUBSECCIÓN B. C.P DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Sentencia de 18 de mayo de 2017 **Expediente N°**: 660012333000201300408 01 (0090-2015) Demandante: Roberto Carlos Martínez O'byrne. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA. Sentencia de 17 de agosto de 2017. **Expediente N°**: 68001-23-33-000-2014-00627-01 (4696-15) Demandante: Janeth Smith Fernández Caballero. Demandado: E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Girón.

⁸ **ARTÍCULO 166. PRESUNCIONES ESTABLECIDAS POR LA LEY.** Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.

en la labor y la concurrencia de los tres elementos de un contrato de trabajo, esto es, prestación personal del servicio, remuneración como contraprestación y subordinación o dependencia, acreditando frente a este último elemento que no se trata de la necesaria coordinación que puede existir en el marco de un contrato de prestación de servicios.

Por último, resalta el Despacho que sin perjuicio de que se declare judicialmente la existencia de la relación laboral y se ordene el pago de los derechos económicos laborales a que haya lugar, el contratista no adquiere la calidad de empleado público, *"dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión"*⁹.

4. Caso concreto

De acuerdo con los fundamentos normativos y jurisprudenciales desarrollados en precedencia, corresponde al Despacho determinar si en el presente caso se acreditan los elementos que determinan la existencia del denominado "contrato realidad", que según se reseñó, aplica cuando se constata 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 laborales¹⁰.

De las pruebas documentales obrantes en el expediente, se tiene acreditado lo siguiente:

- La señora GENID ABRIL BARON se vinculó directamente con el Municipio de Tunja para prestar sus servicios en actividades de recaudo, y labores relacionadas en las plazas de mercado, de la siguiente forma:

CONTRATO	DURACIÓN	PERÍODO	OBJETO	FORMA DE PAGO
No. 0153 de 19-02-2016 (fls. 8- 16)	04 Meses días	19 de febrero de 2016 a 22 de junio de 2016.	PRESTAR LOS SERVICIOS DE APOYO A LA GESTIÓN DEL RECUADO APLICANDO LOS REGLAMENTOS INTERNOS DE LAS PLAZAS DE MERCADO PÚBLICAS DE LA CIUDAD DE TUNJA.	El Municipio pagará al contratista el valor del presente contrato, en cuatro (04) pagos mensuales de UN MILLÓN SEISCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$1.600.000)
Adición No. 01 Contrato No. 153 (fls. 17-18)	2 Meses	Hasta 21 de agosto de 2016 (fl. 18)	PRESTAR LOS SERVICIOS DE APOYO A LA GESTIÓN DEL RECUADO APLICANDO LOS REGLAMENTOS INTERNOS DE LAS PLAZAS DE MERCADO PÚBLICAS DE LA CIUDAD DE TUNJA. PRESTAR LOS SERVICIOS DE APOYO A LA GESTIÓN DEL RECUADO DE LAS TARIFAS ESTABLECIDAS EN	Dos (2) pagos mensuales por valor de UN MILLÓN SEISCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$1.600.000) cada uno.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia de fecha 8 de marzo de 2018, radicación No. **25000234200020130411701**, referencia Nro. 2813-16, actor: Oscar Daniel Múnera Salinas, demandado: Departamento Administrativo de Seguridad-DAS, C.P.: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas.

¹⁰ Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16.

CONTRATO	DURACIÓN	PERÍODO	OBJETO	FORMA DE PAGO
Contrato No. 723 de 8-09-2016 (fls. 19-27)	1 Mes	Hasta 7 de Octubre de 2016 (fl. 132)	LA RESOLUCIÓN No. 195 DEL 24 DE JUNIO DE 2016 Y LA EJECUCIÓN DE LOS REGLAMENTOS INTERNOS DE LAS PLAZAS DE MERCADO PÚBLICAS DE LA CIUDAD DE TUNJA.	Un único pago por valor de UN MILLÓN SEISCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$1.600.000).

- Que la señora GENID ABRIL BARON suscribió contrato individual de trabajo a término fijo para realizar actividades de recaudo y labores relacionadas en las plazas de mercado de la ciudad de Tunja al servicio del señor LUIS HERNANDO GONZALEZ LOPEZ durante el plazo de dos meses entre el 1 de noviembre de 2016 y el 31 de diciembre de 2016, ocupando el cargo de recaudadora, devengando un salario mensual de \$689.455. (fls. 123-128 C. ANEXO 1).
- Que la señora GENID ABRIL BARON suscribió contrato individual de trabajo a término fijo para realizar actividades de recaudo y labores relacionadas en las plazas de mercado de la ciudad de Tunja al servicio del señor LUIS HERNANDO GONZALEZ LOPEZ durante el plazo de tres meses entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2017, ocupando el cargo de Auxiliar Administrativo, devengando un salario mensual de \$737.717.
- Que a través de solicitud radicada el día 18 de agosto de 2017 (según se menciona al resolverse el recurso de apelación fl.57), la demandante reclamó el reconocimiento de prestaciones sociales debidamente indexadas, correspondientes a los períodos del 19 de febrero al 19 de agosto de 2016, del 8 de septiembre al 9 de septiembre de 2016 y del 1 de noviembre de 2016 al 30 de mayo de 2017. (fl. 47-49).
- La anterior solicitud fue negada por el Municipio de Tunja por medio de la Resolución No. 323 del 24 de agosto de 2017 *"Por la cual se decide sobre el pago de prestaciones sociales y otras acreencias laborales"*, notificada personalmente el 31 de agosto de 2017 (fl. 50-53).
- El día 4 de septiembre de 2017 mediante comunicación con registro No. 23320 (1.3.8-4-1/2017/E/23320), la demandante interpuso recurso de apelación contra la Resolución No. 323 del 24 de agosto de 2017; siendo resuelto mediante Resolución No. 0361 de 1 de noviembre de 2017, en la que se mantuvo la decisión de negar lo pedido por la demandante (fls. 46, 54-56 y 57-63).

En cuanto a los demás supuestos que deben probarse para establecerse la existencia de una relación laboral, encuentra el despacho que en la contestación de la demanda la entidad accionada admitió que entre las partes existía un nexo contractual regido por lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, surtiéndose múltiples contrataciones; así las cosas, el Despacho procede a analizar si en el caso concreto concurren cada uno de los elementos que configuran la relación laboral, así:

- **Prestación personal del servicio**

En los mencionados contratos de prestación de servicios, se fijaron como obligaciones específicas de la contratista las que a continuación se describen:

- **Contrato No. 0153 de 2016:**

"(...) **1. Apoyar la gestión del municipio realizando las actividades de recaudo en las plazas de mercado públicas del Municipio de Tunja** de acuerdo con lo establecido en los reglamentos internos de las plazas de mercado. **2. Efectuar los recorridos de recaudo en las frecuencias y sectores de las plazas de mercado determinadas previamente por la administración de las plazas de mercado, 3. Diligenciar correctamente, sin errores ni enmendaduras, los talonarios destinados para la actividad del recaudo, 4. Hacer devolución al administrador de los talonarios no utilizados, dañados, anulados o diligenciados incorrectamente. 5. Entregar informe inmediato al administrador de las plazas sobre las sumas recaudadas una vez finalice el recorrido por sección.** (fl. 11).

- **Contrato No. 723 de 2016:**

"**1. Apoyar la gestión del Municipio realizando las actividades de recaudo en las plazas de mercado públicas de la ciudad de Tunja de acuerdo con lo establecido en los reglamentos internos de las plazas de mercado. 2. Efectuar los recorridos de recaudo en las frecuencias y sectores de las plazas de mercado determinadas previamente por la administración de las plazas de mercado. 3. Diligenciar correctamente, sin errores ni enmendaduras, los talonarios destinados para la actividad de recaudo. 4. Hacer devolución al administrador de los talonarios no utilizados, dañados, anulados o diligenciados incorrectamente. 5. Entregar informe inmediato al administrador de las plazas sobre las sumas recaudadas una vez finalice el recorrido por sección. 6. Hacer entrega de los dineros recaudados al administrador de la plaza de mercado o al personal que para tal fin asigne el Municipio el mismo día del recaudo.**"

En cuanto a los contratos individuales de trabajo suscritos por la demandante en calidad de trabajadora y el señor Luis Hernando González Lopez como empleador, tenían como objeto "Realizar actividades de recaudo, programar las horas de recaudo de acuerdo con la disponibilidad de las áreas a visitar, mantener al día los diferentes pagos que realiza, llevar un control pormenorizado las (sic) deudores morosos, ejecutar programas de recaudo, mantener informado a diario sobre cada una de las actividades realizadas en vía de recaudo, informar a los clientes de sus pagos pendientes y la fecha de vencimiento en la que se espera que paguen, entrar en contacto con los clientes a través de teléfono o de cartas y discutir con ellos varias vías que tienen los clientes para pagar sus deudas" (...).

Así entonces, es claro que el objeto de los contratos y la naturaleza de las labores impuestas como obligaciones, implicaron necesariamente la prestación personal y directa de los servicios de la accionante.

- **Remuneración**

Frente a este elemento, se encuentra probado que, en los contratos de prestación de servicios suscritos, se pactó el pago de honorarios en cuotas mensuales, y de manera

consecuente obran actas de terminación y recibo final a satisfacción firmadas por el Secretario de Desarrollo del Municipio de Tunja en su calidad de supervisor de los contratos, en las que constan los valores a pagar, así:

Contrato No. 153 de 2016 y su prórroga: (fls. 213-214)

- Del 22 de febrero al 21 de marzo de 2016: \$1.600.000.
- Del 22 de marzo al 21 de abril de 2016: \$1.600.000.
- Del 22 de abril al 21 de mayo de 2016: \$1.600.000
- Del 22 de mayo al 21 de junio de 2016: \$1.600.000
- Del 22 de junio al 21 de julio de 2016: \$1.600.000.
- Del 22 de julio al 21 de agosto de 2016: \$1.600.000.

Contrato No. 723 de 2016: (fls. 281-282)

- Del 8 de septiembre al 7 de octubre de 2016: \$1.600.000.

En dichas actas, se hizo constar que la contratista cumplió con el objeto contractual, señalando:

"El suscrito SUPERVISOR certifica que la CONTRATISTA cumplió a satisfacción el objeto del contrato y queda a paz y salvo con el MUNICIPIO por todo concepto. Igualmente durante la ejecución del contrato, cumplió con la totalidad del pago de aportes al sistema general de seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales, de conformidad con las normas legales vigentes" **(Actas suscritas en los contrato No. 153 de 2016 y 723 de 2016, fls. 213-214 y 281-282)**

Por tanto, se encuentra suficientemente probado que una vez la contratista presentaba el informe mensual de cumplimiento de las obligaciones contractuales, se ordenaba el pago de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios como contraprestación a la labor realizada, quedando así acreditado el elemento de la remuneración en vigencia de los mencionados contratos de prestación de servicios.

- **Subordinación y dependencia continuada**

En los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, este es considerado como elemento esencial del contrato de trabajo, así:

*"...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 (...)"* (Resalta el Despacho)

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-386 de 2000 indicó:

«[...] La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el

empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.

*Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél. [...]*¹¹

Esta definición ha sido adoptada por el Consejo de Estado para referirse a los supuestos que deben ser demostrados para acreditar la subordinación como elemento determinante para distinguir la relación laboral de los contratos estatales de prestación de servicios, señalando que *"...se debe entender el elemento esencial y configurativo de la relación laboral, según el cual el empleador, en ejercicio de su potestad de dirección, puede exigir a sus empleados el acatamiento de órdenes e instrucciones sobre el modo y la cantidad de trabajo, el cumplimiento de horarios para el desarrollo de este, y la imposición de los reglamentos internos, en cualquier momento, con respeto a la dignidad del trabajador y sus derechos mínimos constitucionales y laborales..."*

Adicionalmente, la misma Corporación ha señalado que 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 jurisprudencia¹². En cuanto a este último aspecto, se señaló en la sentencia que se tomó como base para emitir los recientes pronunciamientos, que *"...se ha aceptado reconocer a **TITULO DE INDEMNIZACION las prestaciones sociales (que hubiera podido devengar de haber sido empleado público) teniendo el tiempo laborado y los "honorarios pactados" en el contrato de prestación de servicios en aras de una "equidad" hasta donde es factible, cuando se ha demostrado plenamente que la persona ha desempeñado una labor "similar" a la de un empleado público, en misión relevante al ejercicio de función administrativa propia de la entidad, aunque no exista el empleo...**"*¹³

Así entonces, descendiendo al caso concreto, tenemos que inicialmente las partes suscribieron el **Contrato No. 153 de 19 de febrero de 2016**, en el que se pactaron obligaciones a cargo de la contratista GENID ABRIL BARON consistentes en apoyar la gestión del Municipio realizando las actividades de recaudo en las plazas de mercado públicas de la ciudad de Tunja. Lo mismo sucede con el **Contrato No. 723 de 8 de septiembre de 2016**, en el que se pactó como obligación de la contratista ahora demandante realizar el recaudo de las tarifas establecidas en la resolución No. 195 del 24 de junio de 2016.

¹¹ Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", **sentencia de fecha 4 de febrero de 2016**, radicación Nro. 81001-23-33-000-2012-00020-01, referencia Nro. 0316-2014, actor: Magda Viviana Garrido Pinzón demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca, C.P.: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. **Sentencia de Unificación** de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16.

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", **sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005**, radicación No. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

En cuanto a la forma en que fueron cumplidas las obligaciones contractuales, se consignó en el informe general de actividades suscrito por el supervisor y la contratista, que durante los periodos del 22 de febrero al 21 de julio de 2016 entre otras funciones: *"Se desarrollaron labores de apoyo a la gestión del recaudo en las Plazas de Mercado del Sur y Norte de la ciudad de Tunja de acuerdo a las funciones plasmadas en el contrato de prestación de servicios celebrado con la Alcaldía Mayor de Tunja, en los diferentes sectores asignados para el cumplimiento de las actividades."* Frente al periodo comprendido entre el 22 de julio al 21 de agosto de 2016 se manifestó: *"Se apoyó la gestión del Municipio Realizando las actividades de recaudo en las plazas de Mercado públicas de la ciudad de Tunja de acuerdo a los reglamentos internos de las Plazas de Mercado. - Se efectuaron los recorridos de recaudo en las frecuencias y sectores de las plazas de mercado que determine la administración de la plaza o el supervisor del contrato. (...)"* (fls. 38-41).

A su vez, en el **Contrato No. 723 del 08 de septiembre de 2016**, se pactaron obligaciones con la contratista GENID ABRIL BARON relacionadas con el apoyo en la gestión del recaudo en las Plazas de Mercado del Municipio de Tunja, las cuales se cumplieron del 08 de septiembre al 7 de octubre de 2016, conforme al informe general de actividades; así: *- Se apoyó la gestión del Municipio Realizando las actividades de recaudo en las plazas de Mercado Publicas de la ciudad de Tunja de acuerdo a los reglamentos internos de las Plazas de Mercado. - Se efectuaron los recorridos de recaudo en las frecuencias y sectores de las plazas de mercado que determine la administración de la plaza o el supervisor del contrato. (...)"* (fls. 43).

En cuanto a la forma en que se desarrollaron tales actividades, en audiencia de pruebas celebrada el 10 de mayo de 2019 (fls. 370-372), se indagó a la accionante quien manifestó lo siguiente:

GENID ABRIL BARON:

Respecto de las funciones que cumplía y el objeto contractual manifestó:

"... (Minuto 7:50). Yo empecé a laborar con un contrato para la Alcaldía en las plazas de mercado de una fecha del 19 de febrero al 31 de octubre del 2016, después vino otro contrato del 1 de noviembre al 24 de mayo. (...) Yo comencé mi contrato era de recaudo y yo comencé a mí me asignaron puesto primero en baños hay cuatro sectores de baños en la plaza del sur (...) mi contrato siempre estuvo ligado fue a recaudo, después de un tiempo ya me cambiaron tanto a recaudo como a vigilancia, y también de vigilancia a logística (...)"

En cuanto a la existencia de horario indicó: *"... (Minuto 16.50) Cuando yo comencé que eran mis turnos en baños, sobre todo cuando estuve en el baño de plataforma de papa de la hortaliza y del sector de aluminio mis horarios ahí eran de 4 de la mañana a 6 de la tarde los días de mercado, y otros eran de 6 de la mañana a 6 de la tarde, cuando me pasaron al baño grande de administración los días de mercado como es los martes, los jueves y los viernes yo tenía un horario de 2 de la mañana a 7 de la noche, se cerraban los baños y mientras iba y entregaba me daban las 8 de la noche. ..."*

Finalmente, respecto a la persona que impartía órdenes aseguró: *"... (Minuto 17.48) Esos turnos los organizaba siempre el supervisor que era Don Ismael Najar porque él siempre estaba pendiente allá, inclusive uno llegaba a su sector yo llegaba a mi sector de trabajo"*

cuando estaba en baños tipo 4 o 5 de la mañana él pasaba haciendo ronda y mirando si uno estaba ahí cumpliendo con el turno que le habían asignado...”

Ahora bien, también deben analizarse los testimonios rendidos dentro de la presente actuación; los cuales se recibieron en la audiencia de pruebas celebrada el 13 de marzo de 2019 (fls. 366-370), así:

CARLOS OLINTO OLARTE AMADO: *“(Minuto 13:20)... La señora GENID ABRIL BARON trabajó con la Alcaldía con la Secretaria de Desarrollo en las plazas sur y norte de la ciudad de Tunja desde febrero 1º conmigo trabajó desde el 1º de febrero del 2016 hasta el 30 de diciembre del 2016, ella su trabajo era recaudadora, recaudadora en varios sitios en los baños en los peajes también le tocaba por ahí hacer logística, aseo, entonces esa era la labor de ella, sobre todo la cuestión de recaudo, en los últimos 3 meses del 2016 trabajó con migo en recaudo en el peaje mayor en el cual ella hacia el turno de 6 de la mañana a 6 de la tarde y yo hacia el turno de 6 de la tarde a 6 de la mañana entonces ella me recibía mi turno y yo le entregaba el turno que terminaba, entonces ella estuvo trabajando los últimos 3 meses del año 2016 conmigo. (...) (Minuto 22:23) lo adicional que a ella le tocaba era logística, logística quiere decir es que esté pendiente de todo que la movilidad de los carros de las personas los peatones estén fluyendo normalmente que no haya ningún trancón, eso se llama la logística, y en cuanto también le tocaba a ella hacer las jornadas de aseo que era los sábados y domingos de vez en cuando lo hacía, y a veces que se encontraba un sitio sucio o algo ella le tocaba hacer el aseo me refiero a los baños donde ella recaudaba (...).”*

En cuanto a la existencia de horario indicó: *“(Minuto: 21:42) Los horarios que eran asignados eran de 6 de la mañana a 6 de la tarde de lunes a jueves, los viernes era un horario extendido hasta las 7, 8 de la noche era alrededor de 14 horas la jornada de ese horario los viernes que era el mercado mayor entonces se extendía el horario para todos los trabajadores de la plaza de mercado del sur. (...) (Minuto 27:13) En la plaza del sur trabajaba de lunes a viernes cuando se programaba para la plaza del norte se programaba para sábado y domingo (...) siempre se trabajaba doce horas de seis a seis en ambas plazas.*

NELLY CECILIA FORERO MORALES: *“(Minuto 45:50)... La señora GENID aceptaba órdenes precisamente de Don Hernando González (...) pues los horarios eran muy relativos a nosotros nos asignaban horarios que muchas veces decían de 6 de la mañana a 6 de la tarde (...) y esos horarios los fijaban en una cartelera para cada uno de nosotros pero de acuerdo a las necesidades de las plazas porque eran diferentes sectores (...).*

Respecto de las funciones específicas que cumplía la señora GENID ABRIL BARON en favor del Municipio de Tunja señaló: *“(Minuto 55:05)... la señora GENID tengo en conocimiento que ella entró en una OPS como recaudadora (...) muchas veces mantenimiento, aseo, logística eso iba de acuerdo a lo que a ella le asignaran (...) en plaza de mercado sur y plaza de mercado norte (...).*

JULIO CESAR SEPULVEDA MEJIA: *“(Minuto 01:15:15)... Ella hacía recaudo, hacia logística y de vigilante (...) recaudo era cobrar en los puestos, en los peajes, peaje papa peaje mayor los dineros de los puestos de la entrada y salida de los vehículos (...) logística era vigilar que las cosas andarán bien, cualquier daño que hubiera avisar a la administración avisar al señor Ismael Najar (...).*

Frente al horario de la señora GENID señaló: "(Minuto 01:22:24)... *yo trabajaba de domingo a domingo y yo por lo general siempre la veía en la plaza (...) a ella le tocaba cumplir horario y a todos nos tocaba cumplir horario (...)*"

Los testimonios antes reseñados, merecen credibilidad toda vez dan cuenta que la demandante ejecutó labores principalmente de recaudo, así como en menor medida de logística y de aseo, las cuales, al cotejarse con los contratos e informes de actividades permiten corroborar los términos en que se prestaron los servicios por parte de la señora GENID ABRIL BARON, sumado a esto, el Despacho considera que son los mismos compañeros de trabajo de la demandante quienes directamente pueden revelar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se ejecutaron los referidos contratos. Al respecto, con relación a la tacha por sospecha frente a varios de los testigos formulada por el apoderado de la parte demandada por haber incoado demanda contra el Municipio de Tunja por circunstancias fácticas similares a las de la aquí demandante, considera el despacho que la razón que sustenta la censura propuesta no es suficiente para excluir los testimonios objeto de tacha del análisis del fondo del presente asunto, o restarles credibilidad, toda vez que los testimonios fueron concordantes entre sí, y uno de los testigos manifestó no haber presentado demanda contra el Municipio de Tunja, no obstante sus versiones son similares y especialmente concuerdan con demostrado con otros medios probatorios obrantes en el expediente como los documentos allegados, adicionalmente, como ha quedado establecido la función de recaudo al interior de bienes públicos como lo son las Plazas de Mercado son actividades de carácter misional, y permanente que requiere de la subordinación de las personas que la ejercen.

En este punto, es necesario señalar que si bien el contrato No. 153 de 19 de febrero de 2016, se estableció como objeto el apoyo en las actividades de recaudo a los comerciantes, visitantes, vecinos del sector, y usuarios de las plazas de mercado para poder comercializar los productos, así como en el Contrato No. 723 de 8 de septiembre de 2016, el objeto era realizar el recaudo por derecho de uso o arrendamiento de los puestos de mercado ocupados o arrendados a comerciantes, agricultores y demás oferentes o proveedores de las plazas de mercado, así como garantizar el cumplimiento del reglamento interno de la plaza de mercado de los derechos de uso de los locales de las plazas de mercado de la ciudad de Tunja. Lo cierto, es que, los testimonios recaudados y el interrogatorio de parte, advierten que en la ejecución del referido contrato se prestaron servicios de mantenimiento y aseo de sectores específicos de las plazas de mercado del sur y norte de Tunja, actividades que aunque no estaban señaladas en el alusivo contrato, eran ordenadas por la administración de la plaza y/o el supervisor del contrato.

Ahora bien, se observa que las declaraciones de la accionante y los testigos fueron coincidentes en señalar que las actividades realizadas por la señora GENID ABRIL BARON, en virtud a los contratos suscritos con el Municipio de Tunja, eran coordinadas inicialmente por el señor LUIS HERNANDO GONZALEZ como administrador de la Plaza de Mercado, y por el señor ISMAEL NAJAR supervisor del contrato, quienes impartían las órdenes, fijaban los horarios y disponían los lugares de ejecución de las labores, de acuerdo con las instrucciones del señor ISMAEL NAJAR en su condición de supervisor del contrato.

Además, los testimonios fueron coincidentes en señalar que se hacía una reunión el primer lunes de cada mes en la que el administrador de la plaza de mercado verificaba el cumplimiento de actividades y se asignaban los nuevos horarios o turnos que posteriormente eran fijados en cartelera, además indicaron, que la demandante debía cumplir sus funciones en el lugar que fuera determinado por el administrador, con los

elementos suministrados por la administración para la realización de las labores de aseo, y los respectivos talonarios para el recaudo.

De igual manera, de la declaración de la accionante y en especial del testimonio de la señora GENID ABRIL MORENO se puede extraer que la prestación del servicio por parte de la señora ABRIL BARON se realizó entre el periodo del 19 de febrero de 2016 al 30 de octubre de 2016 con el Municipio de Tunja.

En relación con los permisos para ausentarse de sus labores, refirieron que estos debían ser solicitados al administrador de la plaza con antelación por cuanto habían puestos que no podían permanecer solos y se debía garantizar la disponibilidad de otra persona para realizar el reemplazo.

Ahora bien, efectuada la valoración de los informes generales de actividades de manera conjunta con las declaraciones recaudadas, el Despacho colige con grado de certeza que durante la ejecución de los contratos suscritos en el año 2016 con el Municipio de Tunja, la señora GENID ABRIL BARON realizó labores de recaudo, logística y aseo en las plazas de mercado del sur y norte, los días lunes, martes, miércoles, jueves, viernes, sábados y/o domingos cumpliendo con los horarios dispuestos por la administración de seis (6), ocho (8), doce (12) horas diarias o más- de acuerdo a la necesidad del servicio, siempre sujeta a las directrices de la administradora del momento.

En efecto, se pudo establecer que se requería de la presencia y actividad de la contratista de manera permanente en atención a las necesidades del servicio que se prestaba, las cuales, eran establecidas por el administrador de las plazas de mercado y el supervisor del contrato, sin que las obligaciones contractuales pudieran cumplirse de manera autónoma por parte de la contratista.

De igual forma, se pudo determinar que las labores que debía ejecutar la demandante estaban dirigidas a prestar servicios de recaudo, logística y aseo de sectores específicos de las plazas de mercado del sur y norte de Tunja, y que las mismas no pudieron ser desarrolladas por la contratista de manera autónoma o independiente pues pese a que ni de los informes ni los testigos se puede establecer con exactitud el horario en que cumplía sus funciones o los turnos que le fueron asignados, atendiendo a su naturaleza, necesariamente estaban sujetas a los horarios establecidos para el funcionamiento de las plazas de mercado.

De lo hasta aquí expuesto, es claro que para efectos de desarrollar las labores pactadas en los contratos estatales, la accionante debió acudir al sitio de trabajo en los horarios previamente establecidos, encontrándose siempre supeditada tanto a las órdenes e instrucciones de las administradoras de las plazas de mercado como a los reglamentos internos vigentes expedidos por el Alcalde municipal, sin autonomía ni independencia en cuanto al desarrollo de sus funciones, pues éstas no podían ser escogidas libremente por la demandante. Desde ningún punto de vista, puede aceptarse que las mencionadas actividades fueron cumplidas en el marco la relación de coordinación que debe existir entre las partes contractuales entendida como el sometimiento de la contratista a ciertas condiciones en procura del cumplimiento de los fines estatales en los términos del artículo 3º de la Ley 80 de 1993¹⁴, pues si bien no obran documentales relativas a la fijación de

¹⁴ **ARTÍCULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.** Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la

turnos específicos a la demandante, los elementos de convicción recaudados en el proceso analizados de manera conjunta permiten evidenciar la ostensible relación de poder y mando que existió en el desarrollo del objeto contractual.

Y tal circunstancia no podía ser distinta considerando la naturaleza del servicio público que se pretendió atender a través de la suscripción de contratos de prestación de servicios, pues tal y como quedó consignado en los contratos, conforme a los estudios previos, la necesidad que justificó su existencia fue la de cumplir con una actividad misional del Municipio de Tunja bajo el entendido que las Plazas de Mercado son bienes de uso público, y mientras se emplea un mecanismo de concesión, la operación debe ser asumida de forma directa por la Administración Municipal y que el Municipio no cuenta con el personal suficiente para realizar las actividades requeridas (Estudios y documentos previos, fl. 120).

En este punto, resulta de gran relevancia señalar que el servicio de plazas de mercado es público, que de conformidad con el artículo 315 numeral 3º de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 1º del Decreto 77 de 1987¹⁵ y el numeral 11 del literal d) del artículo 91 de la ley 136 de 1994, es de carácter municipal correspondiéndole a las administraciones de dichas entidades territoriales garantizar su prestación de manera permanente y no ocasional.

Para la prestación de dicho servicio, la administración estimó en los estudios previos a la celebración del contrato No. 153 de 2016 que *"entendiendo que se debe hacer recaudo semanal por los derechos de uso de los puestos y locales de la plaza de mercado del sur y norte de la ciudad de Tunja, pero que el municipio no cuenta con el personal ni suficiente ni idóneo para ejecutar tales actividades, se hace necesario contratar las personas naturales que permitan satisfacer las necesidades antes enunciadas."* (Estudios y documentos previos, fl. 120).

Para el Despacho, dicha motivación da cuenta de que el servicio de plaza de mercado es un servicio público municipal que debe ser garantizado de manera permanente al hacer parte de la actividad misional de la entidad, por lo que resulta cuestionable que al margen de la prohibición establecida en el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, la administración al asumir su prestación de manera directa e indefinida se valiera de la suscripción de contratos de prestación de servicio para el cumplimiento de las citadas funciones.

Adicionalmente, aunque la Ley 80 de 1993 habilita a la administración para suscribir contratos en los eventos en que no se cuenta con el personal suficiente o idóneo para el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad; éstas deben ser entendidas como aquellas que deben desarrollarse de manera esporádica. Al respecto, ha señalado el Consejo de Estado¹⁶:

continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

<Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, ~~además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado~~, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

¹⁵ Decreto 77 de 1987. "Por el cual se expide el Estatuto de Descentralización en beneficio de los municipios" **ARTICULO 1o. Corresponde a los municipios** y al distrito Especial de Bogotá, **la prestación de los servicios de** agua potable, saneamiento básico, matadero público, aseo público y **plazas de mercado (...)** (Resalta el Despacho)

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", **sentencia de fecha 22 de noviembre de 2012**, radicación No. 15001 23 31 000 2000 01961 01, referencia Nro. 0107-12, actor: Jorge Isaac Pineda Abril, demandado: Municipio de Saboyá, C.P.: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", **sentencia de fecha 13 de mayo de 2015**, radicación No. 68001 23 31 000 2009 00636 01, referencia Nro. 1230-14, actor: Antonio José Gómez Serrano, demandado: ESE Francisco de Paula Santander en liquidación, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

*"...Por el contrario, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993, cuando: a) se pacte la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, b) el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, c) se le paguen honorarios por los servicios prestados y **d) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar que debe ser entendida a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los demás servidores públicos...**"*(Subraya y resalta el Despacho)

Así entonces, es claro que además de encontrarse probados los elementos de la relación laboral que desvirtuaron la autonomía e independencia en el desarrollo de la actividad contractual (prestación de servicios personales, subordinación y remuneración), se comprobó que las labores que cumplía la señora GENID ABRIL BARON no tenían el carácter de transitorias o esporádicas como quiera que **i)** atendían una función misional del municipio de Tunja asignada por virtud de la Constitución y la ley; **ii)** dada la permanencia de la labor se imponía la creación del empleo en la planta de personal; **iii)** implicaron el cumplimiento de un horario de trabajo, **iv)** no pueden ser consideradas como actividades nuevas de la administración por ser del giro ordinario de la administración; y **v)** criterios que, a la luz de la jurisprudencia constitucional, permiten establecer sin asomo de duda la **permanencia** de las funciones desarrolladas por la accionante en ejecución de los contratos de prestación de servicios.

Ahora bien, debe señalarse que si bien la entidad accionada señaló en los estudios previos de los contratos suscritos con la demandante no contaba en la planta de personal con los funcionarios suficientes e idóneos, como ya se explicó, el empleo cuyas funciones se obligó a cumplir la contratista debió estar previsto en la planta de personal de la entidad, en razón a que corresponde a un servicio encargado legamente al ente territorial; por lo que acudiendo al criterio funcional- conforme lo ha señalado el Consejo de Estado, pese a que no se encuentra probado que para el 19 de febrero de 2016 al 30 de octubre de 2016, existiese un empleado de planta con idénticas funciones que la demandante, es claro que la administración municipal requería con urgencia y de forma permanente para el desarrollo de un servicio a su cargo, un empleado que se dedicara al cumplimiento de funciones como las realizadas por la señora GENID ABRIL BARON, pese a ello, decidió contratarle por órdenes de prestación de servicio, ejerciendo subordinación y manteniéndole permanentemente ligada a las funciones que hacen parte del giro ordinario del servicio que se presta en las plazas de mercado de responsabilidad de la entidad demandada.

Valga precisar que el hecho de que no existiera contrato de concesión vigente para la prestación del servicio de plaza de mercado, no modificaba el carácter permanente de las labores a realizar, siendo evidente que la administración suscribió contratos de prestación de servicios con la demandante con el único objeto de desconocer los derechos prestacionales propios de una de verdadera relación laboral.

Ahora, considerando las especiales condiciones en que ha sido prestado el servicio de plaza de mercado en el Municipio de Tunja, esto es, por lapsos intermitentes a través de contratación directa e indirecta; es del caso mencionar que al efecto fue suscrito el contrato de concesión No. 098 de 30 de agosto 2018¹⁷ que se encuentra en ejecución a la fecha y que en el mismo se impuso al contratista garantizar la constitución de una planta de personal conformada por aseadores y personal de logística con dedicación completa y con similares obligaciones a las que se impusieron al aquí accionante.

Por todo lo anterior, encuentra el Despacho que la administración municipal pretendió encubrir una verdadera relación laboral a través de la suscripción de los contratos de prestación de servicios con la señora GENID ABRIL BARON, habida cuenta que la demandante prestó **personalmente** entre el 19 de febrero de 2016 al 30 de octubre de 2016 sus servicios en el municipio de Tunja desarrollando actividades misionales y de carácter permanente de la administración, similares a las que desarrolla un empleado público; que la entidad le pagó honorarios como **remuneración** a la labor contratada, la cual fue desarrollada con **subordinación** en la medida que se acreditó que las actividades fueron acatadas con el necesario sometimiento a los horarios en que debía prestarse el servicio de plaza de mercado y que según quedó acreditado con el material probatorio obrante en el plenario, el cumplimiento del objeto contractual dependía de la asignación de turnos y órdenes emanados de la administración de la plazas de mercado.

Así las cosas, la motivación de los actos acusados no se aviene con la realidad del vínculo que existió entre la señora GENID ABRIL BARON y el MUNICIPIO DE TUNJA, pues se comprobó que la Administración utilizó de manera inadecuada la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada por la demandante, configurándose en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política. En consecuencia, se impone declarar la nulidad de los actos acusados.

No obstante, el despacho deberá pronunciarse frente a la pretensiones de la demandante encaminadas al reconocimiento del contrato realidad en el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2016 y el 24 de mayo de 2017, y el consecuente pago de prestaciones sociales frente a este periodo, en el cual había sido contratada en la modalidad de contrato individual de trabajo a término fijo por el señor LUIS HERNANDO GONZALEZ quien era concesionario encargado de la administración de las Plazas de Mercado de la ciudad de Tunja.

Al respecto, es de precisarse que la existencia de un contratante particular diferente a la administración que contrata los servicios de un trabajador, no desvirtúa *per se* la eventual relación laboral entre la administración o entidad pública y el trabajador, cuando está se beneficie de los servicios del trabajador y se demuestre aparte de los elementos básicos del vínculo o contrato laboral, entre otras que la relación del particular como empleador y el trabajador es aparente y solo busca encubrir una verdadera relación de trabajo entre la entidad pública y el trabajador. Este criterio derivado del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, ha sido utilizado para resolver conflictos en casos de intermediación o tercerización laboral al interior de entidades públicas a través de figuras como las Cooperativas de Trabajo Asociado, Empresas de Servicios Temporales y otras similares.

¹⁷ <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=18-1-193265>

Sobre este tema se ha pronunciado el Consejo de Estado entre otras providencias en sentencia del 27 de noviembre de 2014¹⁸, en la cual se dijo:

"La Sala también ha acudido a este principio constitucional en los casos de contratación de servicios personales por medio de Cooperativas de Trabajo Asociado para señalar que es "inaceptable que las entidades estatales en ejercicio de la función pública, celebren o ejecuten contratos con Cooperativas de Trabajo Asociado, con el objeto de desconocer una relación laboral, lo que lleva consigo el detrimento de los derechos laborales y prestacionales consagrados a favor del trabajador", proscribiendo los actos de intermediación laboral por parte de las cooperativas a favor de entidades del Estado que pretenden "disimular" el vínculo laboral de subordinación que en realidad subyace entre el trabajador y la entidad que se beneficia de la prestación del servicio personal.

Y en sentencia de 15 de junio de 2011, sobre la aplicación de este principio en las relaciones contractuales de servicios con terceros, la Sala¹⁹ expresó:

"La existencia de un contrato de prestación de servicios que genere que la prestación del servicio se dé a favor de un tercero ajeno a este contrato de prestación de servicios, no impide que encontrándose reunidos los requisitos de la relación laboral, se declare su existencia, en desarrollo del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, como una verdadera garantía de los derechos de los trabajadores.

Acorde con el argumento precedente, en los casos en que el operador jurídico verifique que entre quien presta el servicio y la entidad donde se ejecuta están presentes los elementos de la relación laboral, esta no puede desconocerse por el hecho de que por la prestación cumplida se recibió un pago por parte de un tercero, denominado contratante, pues se debe enfatizar que precisamente esta remuneración se derivó por la labor cumplida o realizada en la entidad beneficiada a título de contraprestación del servicio".

Bajo tal entendimiento, sostuvo la Sala que no es posible, por la formalidad del contrato de prestación de servicios, desconocer el verdadero vínculo que subyace y que genera una relación laboral, al verificarse que el pago se realizó por un tercero aparentemente sólo por la labor cumplida, pues precisamente esta remuneración se deriva del trabajo realizado personalmente en la entidad que efectivamente se benefició de la labor, así, concluyó la Sala en dicho pronunciamiento, que la contraprestación económica pagada por un tercero a la labor que desempeñó un contratista, no impide que la entidad en la que se ejecutó el servicio, asuma la responsabilidad por la desfiguración del contrato primigenio y en tales condiciones la entidad beneficiaria de la labor desempeñada por el denominado contratista, está en la obligación de reconocer los derechos económicos laborales propios del contrato de trabajo. (Subraya la Sala).

¹⁸ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección "B" Sentencia del 27 de noviembre de 2014. C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE. Expediente: 05001-23-33-000-2012-00275-01

¹⁹ Sección Segunda. Subsección B. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10). Actor: MANUEL ALEJANDRO FULA ROJAS. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL.

Ahora bien, 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.

(...)

En este punto conviene reiterar que la existencia de un contrato de prestación de servicios que genere que la prestación del mismo se dé a favor de un tercero, no impide que encontrándose reunidos los elementos que caracterizan la relación laboral, se declare su existencia, en desarrollo del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, como una verdadera garantía de los derechos de los trabajadores.”

En este punto, advierte este operador judicial que a partir de la suscripción del contrato de concesión No. 916 de 2016²⁰ el señor LUIS HERNANDO GONZALEZ LOPEZ se constituyó en verdadero empleador de las personas que contrató para realizar las labores de recaudo, aseo, logística y demás actividades necesarias para el normal funcionamiento de las plazas de mercado dadas en concesión, vinculados a través de contratos de trabajo, por lo cual no existe discusión en que por el periodo laborado por la señora GENID ABRIL BARON al servicio del señor GONZALEZ LOPEZ tenía derecho a las correspondientes prestaciones sociales derivadas de dicha relación laboral. Sin embargo, el análisis del despacho debe centrarse en si el Municipio de Tunja debe responder por las prestaciones sociales y acreencias laborales causadas en este último periodo.

Para resolver el punto propuesto conviene recordar que en el contrato de concesión es el concesionario quien *asume los riesgos derivados de la explotación o de la prestación del servicio público, a quien le corresponde participar, por ende, en las utilidades y pérdidas a las que hubiere lugar; hay siempre lugar a una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras, en favor de quien construye la obra o asume la prestación del servicio público.*²¹ Tal característica de este tipo de contratos estatales hace que las entidades públicas si bien reciban menos recursos por la prestación de servicios de los bienes que ceden en concesión, les permite aliviar ciertas cargas como la nómina y prestaciones sociales de las personas naturales que laboran en estas áreas, que ahora son asumidas por los concesionarios, lo que proporcionalmente permite al concesionario percibir grandes ingresos con la administración diligente del bien concesionado bajo condiciones favorables del mercado o sector de la actividad objeto del contrato, lo que a su vez hace innecesario que la administración pública requiera de figuras como la intermediación o tercerización de mano de obra o trabajadores para la prestación del servicio, toda vez que este servicio ahora es prestado por el concesionario. Por lo tanto no es requerido tener que incurrir en relaciones laborales simuladas o camufladas con la participación de un tercero como empleador aparente, sino que en efecto el concesionario es el verdadero patrono o empleador de las personas que contrata en virtud del contrato de concesión para cumplir con los servicios que tal contrato demande, y mucho más cuando estas personas son contratadas a través de contrato individual de trabajo y no de prestación de servicios, es decir, de manera abierta

²⁰ Según informes de concesión obrantes en 3 cuadernos anexos.

²¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del cinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve; Consejero ponente: Javier Henao Hidrón; Radicación número: 1190. Actor: Ministro de Hacienda y Crédito Público.

y directa se reconoce la existencia del contrato de trabajo y no se intenta camuflar con uno de prestación de servicios.

Así las cosas, a diferencia de los contratos celebrados por entidades públicas para el suministro de personal a través de convenios o contratos con Cooperativas de Trabajo Asociado o Empresas de Servicios Temporales, es el concesionario el principal beneficiario de los servicios de las personas que vincule ya sea directamente a través de contratos de trabajo o a través de intermediarios como las entidades antes referidas.

En este contexto, en el caso concreto revisados los hechos de la demanda en ninguno de ellos se indica que durante la ejecución de los contratos de trabajo en los que la aquí demandante se encontraba prestando servicios para el señor LUIS HERNANDO GONZALEZ LOPEZ como empleador, este último haya desatendido el pago de las prestaciones sociales a la trabajadora GENID ABRIL BARON. Tampoco se menciona o argumenta que los contratos de trabajo suscritos entre la demandante y el señor Gonzales hubiesen sido aparentes o usados para simular una relación de trabajo entre ella y el Municipio de Tunja durante el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2016 y el 24 de mayo de 2017.

Aunado a lo anterior, se vislumbra que entre el señor LUIS HERNANDO GONZALEZ como empleador y la demandante se celebraron por escrito contratos individuales de trabajo, lo que conlleva a concluir que durante el periodo laborado por la señora GENID al servicio del señor González López, no se utilizó el contrato de prestación de servicios para ocultar un verdadero contrato laboral, pues este fue reconocido con la suscripción de tales contratos de trabajo a término fijo.

Así las cosas, con base en las anteriores consideraciones el despacho negará las pretensiones de reconocimiento de relación laboral o contrato realidad entre el Municipio de Tunja y la demandante durante el tiempo que ella laboró vinculada por contrato individual de trabajo al servicio del señor Luis Hernando González como empleador. Decisión que se soporta además en el acervo probatorio incorporado y practicado dentro del presente proceso, del cual se resalta que en la declaración rendida por la demandante al absolver el interrogatorio de parte reconoció que su remuneración así como los pagos de seguridad social fueron asumidos por el señor Luis Hernando González entre el primero de noviembre de 2016 al 24 de mayo de 2017.

Del mismo modo, frente a la remuneración percibida cuando la demandante trabajó para el concesionario Hernando González la testigo NELLY CECILIA FORERO MORALES informó que les pagaban el salario mínimo con todo lo de Ley. Igualmente, el señor JULIO CESAR SEPULVEDA señaló que cuando pasaron a trabajar con el ingeniero Hernando en noviembre de 2016 era este quien hacía los aportes a seguridad social.

5. Del restablecimiento del derecho

Como se señaló en la parte motiva de esta providencia, el reconocimiento de la existencia de la relación laboral no implica *per se* el otorgamiento de la calidad de servidor público al contratista que fungió como tal, y en consecuencia no es posible ordenar que la situación de la contratista vuelva al estado anterior. Así pues, según lo enseña la jurisprudencia²², lo

²² Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 28 de marzo de 2019. Expediente (1415-14) M.P. William Hernández Gómez.

procedente en casos como el de autos es reconocer a título de reparación integral del daño los derechos económicos laborales que debió percibir el trabajador de haber sido vinculado como empleado público, correspondientes a las prestaciones devengadas por los servidores de la entidad respectiva, por el término de ejecución de los señalados contratos, esto es, del 19 de febrero de 2016 al 30 de octubre de 2016, sin solución de continuidad, al no presentarse interrupción en la prestación del servicio.

Al respecto, debe aclararse que si bien del contrato No. 0153 de 2016 con su prorrogación y adición se tiene que la prestación del servicio iba del 19 de febrero al 21 de agosto de 2016, y que la prestación del servicio en virtud del contrato No. 723 de 2016 comenzaba el 8 de septiembre y terminaba el 7 de octubre de 2016, no obstante, los testimonios recaudados dan cuenta que la prestación real del servicio por la demandante se inició el 19 de febrero hasta el 30 de octubre de 2016 sin interrupciones, el despacho da validez a tales declaraciones y tiene para efectos de la liquidación de la condena todo el periodo mencionado como el de la prestación del servicio efectuada por la señora GENID ABRIL BARON en favor del Municipio de Tunja.

Así mismo, dicha liquidación deberá realizarse teniendo en cuenta el pacto que las partes hicieron respecto a la remuneración, pues cuando no exista el cargo en la planta de personal, ha establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado que los honorarios resultan ser el único criterio que permite tasar de manera objetiva la indemnización de perjuicios, en consecuencia, deberá tomarse como base el valor pactado en cada uno de los contratos que suscribió con la entidad territorial²³.

En relación con las prestaciones que se deben reconocer, ha precisado la Sección Segunda del Consejo de Estado que no existe problema para condenar y liquidar las prestaciones ordinarias como son entre otras las primas, las cesantías, pero que para el caso de las prestaciones que se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social debe tenerse en cuenta lo siguiente:

"En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, la Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización.

Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la reparación del daño no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista. (Negrilla de la Sala)".²⁴

Por tanto, corresponde al empleador sufragar los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión en las proporciones que para el efecto establece la Ley 100 de 1993, pues los contratos fueron suscritos en vigencia de esta, **correspondiéndole a la**

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 4 de febrero de 2016. Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14).

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia de 27 de junio de 2018. Radicación número: 76001233300020130009901(0402-2016).

administración "determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensiones solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, y siendo **deber de la parte demandante** "acreditar las cotizaciones que realice, al mencionado sistema durante su vínculo contractual 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..."²⁵

Así mismo, se ordenará el pago de las sumas que resultaren con el respectivo ajuste de valor teniendo en cuenta la fórmula adoptada por el Consejo de Estado. De igual manera, se ordenará el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, según el cual, "Las cantidades liquidadas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código".

Por otra parte, para este Despacho la demandante si bien tiene derecho a la devolución de los valores pagados por concepto de aportes a riesgos profesionales no tiene derecho a las pretensiones relativas a horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, y tampoco al auxilio de transporte ni a dotaciones de calzado y vestido de labor, por las razones que se exponen a continuación:

- **Aportes a la seguridad social por riesgos profesionales:**

Es del caso precisar que al analizar el alcance de las indemnizaciones que resultan procedentes para casos como el de la referencia, el Consejo de Estado abordó el tema de las cotizaciones por riesgos profesionales así:

"En cuanto a los Riesgos Profesionales el Decreto Ley 1295 de 1994, establece que dicha obligación está a cargo del empleador (artículo 21 del Decreto Ley 1295 de 1994), sin embargo, como en el presente asunto la contratista, que fungió como empleada, no probó que hubiese sufragado esta especie de seguro que cubre los siniestros derivados de accidentes de trabajo, se infiere que jamás disfrutó de este beneficio, siendo inexistente el daño antijurídico"²⁶.

Así las cosas, según lo expuso la jurisprudencia a fin que proceda la indemnización derivada de los riesgos profesionales se debe acreditar que éstos fueron cancelados por parte del trabajador, y como en el presente caso se demostró que la accionante canceló aportes a la seguridad social por riesgos profesionales, con destino a Positiva Compañía de Seguros, se debe reconocer la indemnización por este concepto lo cual se concede conforme a los soportes de pagos a dicho sistema y administradora obrantes a folios 165 por el mes de febrero \$3.700, 168 por el mes de marzo \$3.700, 176 por abril \$3.600, 183 por mayo \$3.600, 198 por junio \$3.600, 204 por julio \$3.600, 212 por agosto \$3.600, 251 por septiembre \$3.600 y 279 por octubre 3.600, lo que arroja un total por este concepto por todo el periodo objeto de indemnización la suma de \$32.600.

²⁵ Ibídem

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. Bogotá, d. C., diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05). Actor: Ana Reinalda Triana Viuchi. Demandado: Instituto De Seguros Sociales

- **Trabajo suplementario:**

Encuentra el Despacho que la norma aplicable para el reconocimiento del trabajo complementario es el Decreto 1042 de 1978 disposición que inicialmente se aplicó solo a los funcionarios de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del orden Nacional y que con posterioridad se extendió a los Entes del Nivel Territorial en virtud de la Ley 27 de 1992²⁷.

Conforme a dicha legislación, el trabajo se clasifica en diurno y nocturno según el momento en que se preste. En ese sentido, el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 establece la jornada de trabajo, señalando al respecto que:

«La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras.»

Y a su vez, el artículo 34 del mismo cuerpo normativo prevé la jornada ordinaria nocturna, en los siguientes términos:

«De la jornada ordinaria nocturna. Se entiende por jornada ordinaria nocturna la que de manera habitual empieza y termina entre las 6 p.m. y las 6 a.m., del día siguiente.

Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales para quienes trabajan por el sistema de turnos, los empleados que ordinaria o permanentemente deban trabajar en jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual.

No cumplen jornada nocturna los funcionarios que después de las 6 p.m., completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo.»

El artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 en lo referente a los dominicales y festivos señaló:

²⁷ **ARTÍCULO 26. DE LA COBERTURA.** <Ley derogada por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998> Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal civil que presta sus servicios en la Rama Ejecutiva, contenidas en los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968, la Ley 13 de 1984 y la Ley 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos de los niveles nacional, departamental; distrital diferentes al Distrito Capital, municipal y sus entes descentralizados, en las asambleas departamentales, en los concejos municipales y distritales y en las juntas administradoras locales, excepto las unidades de apoyo que requieran los diputados y concejales."

"Artículo 39º.-Del trabajo ordinario en días dominicales y festivos. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrado en la asignación mensual.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el trabajo ordinario en días dominicales y festivos."

Sobre la viabilidad de reconocer el trabajo suplementario, ha señalado el Consejo de Estado que "...subyace un exigente ejercicio probatorio, el cual recae sobre la persona que reclama el reconocimiento y pago del trabajo suplementario, aplicando el principio universal de que quien afirma algo, debe demostrarlo y si se trata de trabajo suplementario o en días festivos, la prueba aportada debe ser de una claridad y precisión que permita determinar las horas extras trabajadas, ya que al juez no le está permitido hacer cálculos o suposiciones para determinar el número probable de horas extras o de días festivos en que pudo haber laborado el trabajador demandante.²⁸

De lo manifestado en el hecho segundo de la demanda se tiene que la demandante no laboraba ni sábados ni domingos durante el año 2016, y si bien en el material probatorio, se estableció que con ocasión a los contratos suscritos entre la señora GENID ABRIL BARON y el MUNICIPIO DE TUNJA, ocasionalmente cumplía turnos los días domingos y apoyaba las jornadas de aseo que se programaran para algunos fines de semana, no hay certeza de las fechas en que laboró los domingos, o en horario nocturno o festivo, y especialmente de lo depuesto por los testigos se tiene que el trabajo en dominicales por la demandante corresponde al periodo en que laboró contratada por el señor Hernando González, lo cual va en sintonía con lo indicado en el hecho sexto de la demanda, por lo que no podrá condenarse al Municipio de Tunja por trabajo dominical, extra o suplementario.

- **Indemnización por no entrega oportuna de dotación de calzado y vestido de labor:**

Debe precisarse que el Decreto 1978 de 1989, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 70 de 1988, establece:

"ARTÍCULO 1º. Los trabajadores permanentes vinculados mediante relación legal y reglamentaria o por contrato de trabajo, al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, Empresas Industriales o Comerciales de tipo oficial y Sociedades de Economía Mixta, tanto en el orden nacional como en las entidades territoriales, tendrán

²⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00216-00(1046-14) Actor: CARLOS EDUARDO VÁSQUEZ HERNÁNDEZ Demandado: E.S.E. HOSPITAL JUAN PABLO II DE ARATOCA.

derecho a que la respectiva entidad les suministre en forma gratuita, cada cuatro (4) meses, un par de zapatos y un vestido de trabajo.

ARTÍCULO 2º. El suministro a que se refiere el artículo anterior deberá hacerse los días 30 de abril, 30 de agosto y 30 de diciembre de cada año. La entrega de esta dotación para el trabajo, no constituye salario ni se computará como factor del mismo en ningún caso.

ARTÍCULO 3º. Para tener derecho a la dotación a que se refiere este Decreto, el trabajador debe haber laborado para la respectiva entidad por los menos tres (3) meses en forma ininterrumpida, antes de la fecha de cada suministro y devengar una remuneración mensual inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente.

A respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-710 del 9 de diciembre de 1996, que preceptuó lo siguiente:

"... Así, por la naturaleza de esta prestación, es obvio que ella no pueda ser compensada en dinero. Cosa distinta es que el trabajador decida no utilizar la dotación entregada, caso en el cual, el empleador se exime, en el período siguiente, de entregar vestido y calzado, tal como lo preceptúa el artículo 233, sin que por ello se entienda que está incumpliendo con esta obligación.

Finalmente, es necesario aclarar que la prohibición que consagra la norma acusada rige sólo durante la vigencia de la relación laboral, puesto que finalizada ésta, el trabajador podrá solicitar al juez correspondiente, el pago de la misma, si demuestra que durante la vigencia de su contrato, el empleador no cumplió con ella. En este caso, la prestación incumplida, se pagará en dinero, pues es un derecho que el trabajador tiene, y que no puede renunciar. Así lo reconoció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del cuatro (4) de marzo de 1994. Además, sería ilógico que una vez finalizada la relación laboral, se condenara al trabajador a recibir un vestido de labor que no requiere."

Ahora bien, revisadas las actas de liquidación final de los contratos de prestación de servicios, se observa que para el año 2016 se le canceló a la señora GENID ABRIL BARON la suma mensual de \$1.600.000, por concepto de honorarios.

Así las cosas, lo devengado mensualmente por la demandante al servicio de la entidad demandada en el año 2016 superó los dos salarios mínimos legales vigentes fijados por el Gobierno Nacional²⁹, por lo tanto no tiene derecho al reconocimiento y pago de las dotaciones para esa anualidad.

- **Auxilio de transporte:**

Al igual que la dotación de calzado y vestido de labor solo tienen derecho a recibir el auxilio de transporte los trabajadores que devenguen hasta dos salarios mínimos mensuales, tal como lo establece el Decreto 2553 de 30 de diciembre 2015. En el caso que nos ocupa la suma equivalente a dos salarios mínimos para el año 2016 era de \$1.378.910 y al devengar la demandante \$1.600.000 es claro que no tiene derecho a tal auxilio.

²⁹ Decreto 2552- 2016 SMLMV \$689.455 x 2 = \$1.378.910.

6.- De la prescripción extintiva

Según lo contemplado en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código de Procedimiento Laboral, los derechos laborales prescriben a los tres años de haberse causado, de modo que en el evento de reconocerse la existencia de una relación de trabajo se debe tener en cuenta que la reclamación administrativa se efectuó el 18 de agosto de 2017, por lo que se entenderían prescritos los derechos laborales declarados antes del 18 de agosto de 2014. En el presente caso la relación laboral que se reconoce tuvo como extremos temporales el 19 de febrero de 2016 y el 30 de octubre de 2016, a su vez la demanda se presentó el 23 de marzo de 2018, por lo que se observa que el fenómeno prescriptivo no afectó las sumas que por concepto de prestaciones sociales se causen.

Al respecto, se señaló en la sentencia de unificación³⁰, que si bien es cierto desde la sentencia se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es que el particular debe reclamar el reconocimiento de la relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende, lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años, contados desde la terminación del vínculo. Lo anterior, con excepción de los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, pues en atención a la condición periódica del derecho pensional tales prestaciones no prescriben.

7. De las costas

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Procedimiento Civil.

A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso, establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y dicha condena se hará en la sentencia, la misma está sujeta según el numeral 9º ídem, a que en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. A su vez, el numeral 5 del mismo artículo establece que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión. En el presente caso al prosperar parcialmente las pretensiones de la demanda pues no se accede al reconocimiento de todos los periodos reclamados por la demandante para efectos de la liquidación de la condena, ni de todas las prestaciones o conceptos solicitados, al excluirse entre otros el horario suplementario, dominical y festivo, el despacho se abstendrá de condenar en costas.

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

F A L L A :

³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 23 de Agosto de 2016. Expediente (0088-15) CE-SUJ2-005-16 M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad de los actos administrativos contenidos en las **Resoluciones No. 0323 de fecha 24 de agosto de 2017, proferida por el Secretario Administrativo del Municipio de Tunja y 361 del 1 de noviembre de 2017, proferida por el Alcalde Mayor de Tunja**, que negaron el reconocimiento y pago de las acreencias laborales adeudadas a la demandante **GENID ABRIL BARON**, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones de "inexistencia de la relación laboral" y "cobro de lo no debido" propuestas por la entidad demandada, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: DECLARAR que entre el **MUNICIPIO DE TUNJA** y la señora **GENID ABRIL BARON** existió una relación laboral durante el período que transcurrió entre el 19 de febrero de 2016 al 30 de octubre de 2016, de conformidad con lo expuesto.

CUARTO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al **MUNICIPIO DE TUNJA** a reconocer, liquidar y pagar a la señora **GENID ABRIL BARON**, las prestaciones sociales que percibían los empleados públicos en el Municipio de Tunja, durante los períodos contractuales comprendidos entre el 19 de febrero de 2016 al 30 de octubre de 2016, para lo cual se tomará como base de liquidación el valor mensual pactado por concepto de **honorarios**.

QUINTO: ORDENAR al **MUNICIPIO DE TUNJA** que luego de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por la contratista, **liquide y traslade la cotización** al respectivo fondo de pensiones de la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía tomando como ingreso base de cotización (IBC) pensional los **honorarios pactados**, mes a mes, sin perjuicio de que se pueda requerir a la demandante para que acredite las cotizaciones realizadas o efectúe las que le hicieren falta en la proporción que le incumbía como trabajador. Igualmente, la entidad demandada pagará a la demandante la suma de \$32.600 por concepto de aportes a Riesgos Laborales pagados durante el periodo laborado, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: Las sumas que resulten en favor del accionante se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

SÉPTIMO: Las sumas que se ordena reconocer y pagar devengarán intereses conforme a los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

OCTAVO: NEGAR las pretensiones relativas al reconocimiento de **horas extras, recargos nocturnos, dominicales, festivos y auxilio de transporte**, al igual que el reconocimiento y pago de las prestaciones relacionadas con los periodos laborados por la

demandante bajo contrato individual de trabajo a órdenes del señor LUIS HERNANDO GONZALEZ LOPEZ, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

NOVENO: Abstenerse de condenar en costas conforme a las consideraciones precedentes.

DECIMO: Ejecutoriada la presente providencia de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 171 del CPACA, en caso de existir remanentes sobre los gastos ordinarios del proceso, por Secretaría devuélvanse a la parte interesada.

DECIMO PRIMERO: En firme la presente sentencia, archívese el expediente previa anotación en el programa "Justicia Siglo XXI". Desde ahora se autoriza la expedición de las copias auténticas y digitales que soliciten las partes sin necesidad de auto que así lo disponga.

Notifíquese y cúmplase



HERVERTH FERNANDO TORRES OREJUELA

Juez