

FICHA TÉCNICA PARA INFORME AL COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL DEL MUNICIPIO DE PASTO

DEPENDENCIA QUE PRESENTA EL INFORME: Oficina de Asesoría Jurídica del Despacho del Alcalde de Pasto-Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Municipio de Pasto

FECHA DE PRESENTACIÓN DEL INFORME: 17 de junio de 2025

TEMA: LINEAMIENTOS FRENTE A LAS SITUACIONES QUE PUEDEN GENERAR DEMANDAS DE CONTRATO REALIDAD

TIPO DE PROCESO: Contratación estatal de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión.

OBJETIVO DEL LINEAMIENTO

Evitar cuantiosas condenas en procesos de carácter laboral (contrato realidad), que, por su naturaleza, fuera del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, conllevan a la imposición de indemnizaciones, reconocimiento de indexación y costas procesales.

JUSTIFICACIÓN

Teniendo en cuenta el alto índice de solicitudes de conciliación prejudicial y demandas de carácter laboral existentes en contra del municipio de Pasto a raíz de la vinculación de personal a través de contratos de prestación de servicios, resulta imperante y necesario definir la política de conciliación temprana de acuerdo al criterio jurídico ya sentado por la Jurisdicción Laboral (Juzgados Laborales del Circuito, Tribunal Superior Sala Laboral y Corte Suprema de Justicia) y por la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Tribunal Contencioso Administrativo y Consejo de Estado) sobre el tema del contrato realidad.

Para tal efecto, resulta necesario establecer las causas y sub causas que estructuran el contrato de trabajo bajo el principio constitucional y legal de la primacía de la realidad.

El artículo 2.2.4.3.1.2 del Decreto 1069 de 2015, (modificado por el artículo 1° del Decreto 1167 de 2016) en cual indica que en los "**Asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso-administrativa. Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de los medios de control previstos en los artículos 138, 140 y 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo**", dentro de los cuales se encuentran inmersas las acciones de carácter laboral. No obstante, debe recordarse que de acuerdo a la Sentencia de Unificación del Honorable Consejo de Estado Sección Segunda, radicado 23001233300020130026001 (00882015), del 25 de agosto de 2016, y en providencias posteriores, se ha indicado que cuando se solicita el reembolso de las cotizaciones realizadas para el sistema general de

pensiones no es necesario convocar a Conciliación Prejudicial como requisito de procedibilidad bajo el entendido que son derechos irrenunciables y de contera no conciliables. Empero, como aún se sigue convocando de manera reiterativa al ente territorial en asuntos de carácter laboral, es precisamente, que se procede a implementar esta política de conciliación anticipada.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Y PROCESO ORDINARIO LABORAL

CAUSA:

Celebración de contratos de prestación de servicios cuyo objeto versa sobre el cumplimiento de funciones que deben ser desarrolladas de manera regular y continua por el personal de planta configurándose una verdadera relación laboral.

SUBCAUSA:

- Planta de personal¹ insuficiente y que no responde a todas las funciones que debe cumplir el ente territorial.
- Insuficiencia de personal para desarrollar actividades en las Instituciones Educativas, lo que conlleva a contratar la prestación de actividades de tipo operativos, logísticos o asistenciales, para el apoyo o la prestación del servicio educativo, lo que conlleva a reclamaciones de declaratoria de contratos de trabajo.
- Emisión de instrucciones y circulares de servicio por parte de los rectores de las instituciones educativas, o de los funcionarios de la Secretaría de Educación, que se hacen extensivas a los contratistas, sin que cuenten con la facultad para ello y la naturaleza del contrato lo permita.
- Indebida justificación en la contratación de actividades de apoyo a la gestión en la implementación de programas para el mejoramiento y mantenimiento del espacio público en el municipio de Pasto, desarrolladas por los trabajadores oficiales – obreros de la Secretaría de Infraestructura.

PROCEDENCIA DE LA CONCILIACIÓN:

En acciones de carácter laboral son conciliables los derechos inciertos y discutibles, esto es, las prestaciones sociales y demás emolumentos de esta naturaleza, se exceptúan los aportes a seguridad social que se encuentran dentro de la categoría de derechos irrenunciables.

OPORTUNIDADES PARA FORMULAR CONCILIACIÓN:

- Ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral

"ART. 77 CPL Audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio."

De acuerdo a la norma transcrita, es en esta oportunidad que se puede presentar

¹ Planta de Personal: Conjunto de empleos (art. 125 C.P) que tiene una entidad para atender sus procesos o actividades permanentes.

proferir sentencia.

-Ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa

En etapa prejudicial ante la Procuraduría Judicial para Asuntos Administrativos conforme a la Ley 640 de 2001, Ley 1285 de 2009 y demás concordantes, esto es, a través de la figura de **Conciliación Prejudicial**.

En etapa judicial tal oportunidad se agota en la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA, así:

"Artículo 180. Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvencción según el caso, el juez o magistrado ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

...

6. En cualquier fase de la audiencia el juez podrá invitar a las partes a conciliar sus diferencias, caso en el cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento."

Y existe una última oportunidad, que se encuentra definida en el artículo 192 ibídem, esto es, previo a conceder el recurso de apelación.

PROBLEMA JURÍDICO:

Determinar si los actores o convocantes, por haber prestado sus servicios en el municipio de Pasto, tienen derecho a que se les reconozca la relación laboral, así como su calidad de trabajadores oficiales o empleados públicos y como consecuencia de dicha declaratoria, se les pague todas las prestaciones sociales derivadas de un verdadero contrato de trabajo.

PRECEDENTE:

El Honorable Consejo de Estado Sección Segunda, en sentencia 68001233300020130060301 (20972014) del 31 de octubre de 2017 precisó que "... es el elemento de subordinación o dependencia 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 no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente".

Frente a los cargos de Conserje, Vigilantes, Auxiliares de Servicios Generales y bibliotecarios, se tiene aparte de la sentencia citada, abundante jurisprudencia al respecto que ha constituido precedente frente a este tema particular y concreto en el sentido de declarar que los contratos de prestación de servicios suscritos entre la administración y sus contratistas, en realidad de verdad, constituyeron verdaderos contratos de trabajo; la jurisprudencia de la sección segunda del Consejo de Estado ha sido constante en tratándose de la labor de vigilancia que «la función de celaduría no posee ningún nivel de autonomía e independencia que caracteriza el contrato de prestación de servicios, por el contrario, en esta clase de actividades el elemento asociado a la subordinación salta a la vista, pues el vigilante no puede decidir en qué lugares presta el servicio ni tampoco en que horarios, mucho menos se encuentra facultado para ausentarse del lugar de trabajo sin permiso.»²

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA

En igual sentido³, esta subsección determinó en un caso de similar naturaleza que la subordinación y la dependencia se encuentran ínsitas en la labor que desarrollan los vigilantes o celadores, es decir, son consustanciales al servicio de cada entidad. Además, «si una persona presta servicios como vigilante - celador resulta inadmisibile afirmar que realiza actividades temporales e independientes, siendo que la labor contratada por la entidad exige que se brinde el servicio de seguridad en forma permanente para poder funcionar con total tranquilidad.»⁴

Incluso, en numerosas oportunidades han cimentado sus fundamentos jurídicos en la presunción legal como una garantía a favor del trabajador establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual dispone que "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo", lo cual implica un traslado de la carga de 'a prueba al contratante, pues la relación de trabajo subordinado nace fundamentalmente de la realidad de los hechos. Y es bajo esta argumentación puntual que de manera reiterada se han impuesto numerosas condenas en contra del municipio de Pasto.

No obstante, vale la pena recalcar, que respecto a la excepción de prescripción, la jurisprudencia ha dado un giro frente a este fenómeno jurídico, haciendo que esas cuantiosas condenas se reduzcan en gran proporción e incluso en algunos litigios en donde se da la extinción absoluta de los derechos pretendidos por no haberse reclamado en debida oportunidad, esto es, dentro de los tres (3) años siguientes a la culminación del aludido vínculo laboral al amparo del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

Para una mayor comprensión, es preciso traer a colación apartes de la sentencia emitida por el Máximo Órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa del 18 de julio de 2018 radicado bajo el No. 68001-23-33-000-2013-00689-01(3300-14), actor: Isabel Vega Beltrán Magistrado Ponente William Hernández Gómez, en la que se definió lo siguiente:

“La Subsección sostendrá la siguiente tesis: La relación laboral encubierta a través de contratos de prestación de servicios únicamente, en el caso objeto de estudio, puede ser reconocida en los periodos efectivamente contratados y laborados. Lo anterior se sustenta a continuación.

En el caso concreto, el motivo de apelación radica exclusivamente en la interpretación errónea de la prueba por parte del a quo, al reconocer la relación de carácter laboral entre la señora Isabel Vega Beltrán y el municipio de Rionegro y, consecuentemente, a pagar las prestaciones sociales y

SUBSECCION A Consejero ponente:

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil doce (2012). Radicación número: 25000- 23-25-000-2006-08203-01(2411-11). Actor: FABIO SOLER SANCHEZ. Demandado: ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA D.C. - SECRETARIA DE EDUCACION.

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION A Consejero ponente:

ALFONSO VARGAS RINCON. Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013). Radicación número: 05001-23-31-000-2004-00287- 01(0486-13). Actor: PEDRO GUILLERMO MORENO CUESTA. Demandado: MUNICIPIO DE MEDELLIN.

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION A Consejero ponente:

ALFONSO VARGAS RINCON Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013). Radicación número: 05001-23-31-000-2004-00287- 01(0486-13) Actor: PEDRO GUILLERMO MORENO CUESTA Demandado: MUNICIPIO DE MEDELLIN.

demás emolumentos entre el 1.º de febrero de 2004 y el 30 de noviembre de 2002, sin tener en cuenta la existencia de múltiples interrupciones en los periodos contratados.

Frente a ese tópico es preciso indicar que, en la práctica, las vinculaciones a través de contratos de prestación de servicios con el Estado pueden ser sucesivas o interrumpidas, al respecto:

Sucesivas: implican la suscripción de contratos de forma sucesiva, inmediata, sin que medie la suspensión del objeto o de las actividades contractuales en el tiempo, es decir, que su prestación es continua.

Interrumpidas: en tanto transcurre un lapso entre cada vinculación, a través de los contratos u órdenes de prestación de servicios.

De acuerdo con lo anterior, cuando el juez administrativo comprueba la configuración de los tres elementos de la relación laboral como son: i) la prestación personal del servicio, ii) la continuada subordinación o dependencia, y iii) la remuneración o contraprestación; se pueden presentar las siguientes situaciones a efectos de declarar los extremos temporales laborados:

Vinculación sucesiva: en estos eventos los periodos a reconocer como relación laboral serán contabilizados desde la fecha de inicio y hasta la fecha de finalización, aun así, hubiesen mediado múltiples contratos.

Vinculación interrumpida: en este caso, la relación laboral únicamente puede reconocerse por los periodos efectivamente contratados o debidamente ejecutados, pues los tiempos reclamados que no consten o cuya prestación no pueda acreditarse fehacientemente a través de los medios probatorios con que cuenta la parte demandante, no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de la respectiva condena, sin importar si la interrupción es de un día, inclusive. (negrilla y subrayado fuera del texto).

Lo anterior toda vez que, conforme con la jurisprudencia unificada de esta Corporación, los derechos prestacionales derivados del contrato realidad son pasibles de perderse por prescripción extintiva, esto es, por no reclamarse en la oportunidad que la Ley otorga para ese efecto. Así lo ha entendido esta Sección en pleno, tal como se indicó en la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, estipuló como regla respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad⁵ que, en aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización. Así lo sostuvo la Corporación en dicha oportunidad:

« [...] Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015).

existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. [...]» (Subraya de la Subsección)

Ahora bien, sobre la forma de demostrar los tiempos de vinculación, esta Subsección debe advertir que los periodos objeto de reconocimiento judicial por la configuración del contrato realidad, deben ser aquellos efectivamente acreditados a través del medio de prueba idóneo, siendo este, por regla general, el contrato o la orden de prestación de servicios el elemento de convicción que permite llegar al juez al grado de certeza sobre los extremos temporales de la vinculación con el Estado.

Respecto de la PRESCRIPCIÓN, sostuvo:

“La Subsección sostendrá la siguiente tesis: En el caso concreto y de acuerdo con la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, debe declararse la prescripción de las prestaciones sociales a que tendría derecho la demandante por la existencia de la relación laboral, al haber transcurrido más de tres años entre la finalización de los vínculos contractuales y la reclamación del derecho ante la autoridad pertinente, como pasa a explicarse:

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968⁶ y 102 del Decreto 1848 de 1969⁷ (reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Particularmente, en cuanto al reconocimiento de la existencia de la relación laboral encubierta a través de un contrato de prestación de servicios, esta Sección, en la mencionada sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, estipuló las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad⁸:

Que el término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella.

⁶ «Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.»

⁷ «Artículo 102. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

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

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015).

Que en aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización.

Según las reglas jurisprudenciales expuestas, en el caso objeto de estudio, en razón a que la petición de reconocimiento y pago de las acreencias laborales fue radicada ante la entidad demandada el 27 de noviembre de 2012⁹, y por tratarse de vinculaciones interrumpidas al servicio público, el término para contabilizar la prescripción extintiva debe empezar a contarse a partir de la finalización de cada uno de los periodos laborados.

Quiere decir lo anterior, que el plazo para reclamar los derechos prestacionales derivados de los periodos de vinculación laboral de la señora Isabel Vega Beltrán se encuentran prescritos al haber transcurrido más de 3 años entre la finalización de cada uno de ellos y la fecha de reclamación del derecho”.

LINEAMIENTO:

El Municipio de Pasto cuenta con distintas herramientas que dispuestas adecuadamente pueden ayudar con la prevención del daño antijurídico y se destacan las siguientes:

- Ejercicio óptimo de la supervisión y/o interventoría que redunde en la satisfacción de la necesidad del servicio requerida por la administración, enmarcada en programas y proyectos con la adecuada administración en tiempos, condiciones y oportunidad ajustada a derecho. Para el efecto, el manual de supervisión e interventoría deberá ser difundido adecuadamente al igual que realizados los procesos de inducción y reinducción que garanticen el cabal conocimiento por parte de los servidores públicos y/o contratistas que ejercen dicho rol en los contratos.
- Adopción de un manual de contratación ajustado a la realidad del Municipio de Pasto.
- Establecer estrategias internas de estructuración de necesidades de servicio y modelo de contratación, pretendiendo que los servicios contratados sean los efectivamente recibidos en condiciones de tiempo, modo y lugar, y obedeciendo a condiciones propias del servicio profesional o de apoyo de gestión.
- Desarrollar a cargo del Departamento Administrativo de Contratación Pública a concordancia con la Subsecretaría de Talento Humano un monitoreo que permita determinar los posibles riesgos de declaratorias de contrato realidad por la prestación continuada, subordinada y dependencia de servicios a cargo de personas naturales.
- El Municipio deberá adoptar minutas de contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión de la Entidad que de forma clara y precisa establezcan productos cuantificados o cuantificables, se eliminarán referencias a horarios, formas de prestación del servicio, presentación personal, suministros de material o dotación.
- Evitar en las minutas de contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión de la Entidad el uso de las cláusulas de exclusividad.
- Los Supervisores, al momento de ser notificados de la designación suscribirán un acta de compromiso en el que velarán por el cumplimiento del

⁹ Ver folios 2 a 4.

contrato con estricta sujeción a las cláusulas en el previstas, la Constitución y la Ley.

- Los expedientes contractuales darán cuenta de la necesidad y la forma de satisfacerlo, de forma consistente con las metas del Plan de Desarrollo que apliquen a la respectiva entidad enmarcándolo claramente en tiempos y condiciones.
- El mantenimiento y servicios generales serán contratados a través de empresas legalmente constituidas y habilitadas para la prestación de dicho servicio. Las actividades reguladas o controladas, entre ellas, vigilancia y transporte se sujetarán a las disposiciones y regulaciones propias de la materia.
- Los funcionarios que prestan el servicio de transporte del personal de mantenimiento harán rotaciones y coordinarán en tiempo y funciones evitando la continuidad en el mismo. En lo posible el servicio de transporte, será contratado.
- Debe verificarse que las actividades a realizar por contratistas de prestación de servicios no sean desarrolladas por personal vinculado.
- El Municipio, debe proveer los cargos vacantes, previa revisión a los procedimientos de Ley, disponibilidades financieras y presupuestales a efecto de disminuir así sea en un número mínimo, la contratación de prestación de servicios.
- Capacitar a los supervisores de los contratos sobre las prácticas relativas a la indebida ejecución de los contratos de prestación de servicios que pueden originar la configuración del contrato realidad, que incluyan acciones como (i) verificar el cumplimiento de obligaciones legales o contractuales; ii) solicitar informes periódicos; iii) determinar tiempos de entrega cuando haya lugar a ello, es decir, cuando éstos no estén delimitados en el contrato; y iv) constatar la calidad del producto que es entregado.

Atentamente,



CÁSTULO FERNANDO CISNEROS TRUJILLO
Asesor de Despacho