



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, treinta (30) de septiembre de dos mil trece (2013)

REF. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

RADICADO N°: 70-001-33-33-003-2012-00088-00

DEMANDANTE: OBED EUGENIO HERNÁNDEZ BECERRA

DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAMPUES, SUCRE

Tema: Contrato realidad sector público. Subordinación como elemento determinante.

Surtidas las etapas del proceso ordinario (Arts. 179 C.P.A.C.A.), presentes los presupuestos procesales, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado (art. 180 de la Ley 1437 de 2011), e impedimento procesal, se procede a dictar **sentencia de primera instancia.**

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA.

1.1.1. Partes.

- Demandante **OBED EUGENIO HERNÁNDEZ BECERRA**, actuando a través de apoderado¹**ARNOL JOSE OTERO ORTEGA**, abogado quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 92.507.754 expedida en Sincelejo, y T.P. 88.840 del C.S.J.
- Demandado: **Municipio de Sampues Sucre.**

¹Fol. 8.

1.1.2. Pretensiones.

- Que se declare la Nulidad de los actos administrativos contenidos en el oficio Nro. MS-434-2012 de fecha 11 de abril de 2012, proferido por el señor Alcalde Municipal de Sampues, en respuesta al derecho de petición de fecha de recibo 06 de marzo de 2012.
- Que como consecuencia de lo anterior y en aras al restablecimiento del derecho del demandante se ordene al Municipio de Sampues, que cancele a favor del actor a título de indemnización el valor equivalente a las prestaciones sociales, indexadas a la fecha en que se materialice el pago de las mismas y sus respectivos intereses, teniendo en cuenta que para tal liquidación se debe tener como base lo liquidado a un trabajador con las mismas características y calidades.
- Que se condene al Municipio de Sampues al pago de los perjuicios causados al actor, teniendo en cuenta que ya existen antecedentes jurídicos o fallos que hacen jurisprudencia de este orden, concediendo el pago de las mismas pretensiones. Más cuando por economía procesal, los entes territoriales deben darle un manejo idóneo a estas situaciones jurídicas, y lograr en la etapa pre jurídico a un arreglo amigable, que permitiría minimizar las cuantías y entrar al camino largo de un proceso, que solo lleva a un desgaste innecesario al sistema judicial y al pecunio del municipio.

1.1.3. Hechos relevantes.

Como fundamentos fácticos o hechos relevantes enuncia el demandante los siguientes:

- Laboró como Contratista, en operario de base de datos o analista en sistema, para el municipio de Sampues, a través de contrato de prestación de servicio desde el 11 de abril de 2008, hasta el día 28 de diciembre de 2011, que laboró sin contrato durante unos días del mes

de enero, hasta que se realizara el empalme de la nueva administración, fecha en la que fue despedido sin causa, solo aduciendo la terminación del contrato.

- El municipio de Sampues le adeuda al demandante, los conceptos de contrato realidad por el tiempo que laboró bajo la supuesta vinculada por contrato de prestación de servicios, es decir desde el 11 de abril de 2008 hasta el 28 de diciembre de 2011. Que ese contrato realmente oculta una verdadera relación laboral, que deberá ser indemnizada con un valor equivalente a las prestaciones sociales, igual a las recibidas por los empleados públicos vinculados al municipio de Sampues, teniendo en cuenta que la labor desempeñada son similares.
- No le han materializado el pago de las cesantías, ni intereses de cesantías, por el tiempo que laboró, así mismo el subsidio familiar, la indemnización a que tiene derecho por ruptura ilegal a causa del empleador, las horas extras, diurnas, nocturnas, dominicales y festivos, la indemnización que trata el artículo 99 numeral 3°. De la Ley 50 de 1990.
- Solicitó el pago de los conceptos antes señalados, intereses moratorios y todos los valores que sean indexados a la fecha en que se materialice el respectivo pago.
- La relación laboral que el demandante ha tenido en ese lapso de tiempo con el municipio de Sampues, la jurisprudencia lo ha llamado CONTRATO REALIDAD, similar a los de los docentes, si se tiene en cuenta que el demandante fue vinculado a través de contrato de prestación de servicio, por lo que se puede decir que prestó sus servicios personales como operador de base de datos o analista en sistemas del SISBEN, al servicio del municipio de Sampues.
- Que la labor desempeñada por el actor como operador de la base de datos o analista en sistemas del SISBEN, envuelve el cumplimiento de directrices impartidas por el empleador, su jefe inmediato era el

Secretario de Planeación e Infraestructura del Municipio, ordenes que le son comunes a todos los empleados del municipio, generando una relación de subordinación y dependencia entre el demandante y la administración municipal. Lo que permite decir que el contrato de prestación de servicio docente, oculta una verdadera relación laboral, similar a los de los empleados vinculados de planta, por lo anterior se debe reconocer al demandante a título de indemnización, el valor equivalente a las prestaciones sociales, indexadas a la fecha que se materialice el respectivo pago.

- Que en aras al derecho de la igualdad propone le liquiden al demandante la indemnización solicitada con el mismo trato y concepto que se hace con los empleados de planta de la administración municipal.

1.7. DISPOSICIONES VIOLADAS.

Con la actuación de la entidad demandada en no cancelar los costos reclamados como son la indemnización, el valor equivalente a las prestaciones sociales, valor indexado a la fecha que se materialice el respectivo pago, con ello la administración viola las siguientes normas: el Artículo 40 y 85 del C.C.A, las jurisprudencias de la Corte, como es la sentencia C-555 de la Corte Constitucional y otras; los artículos 1º., 2,5, 13, 48 y 53 de la Constitución Política, la Ley 91 de 1980.

1.9. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el 08 de noviembre de 2012²
- Se admitió el día 04 de diciembre de 2012³
- El 16 de enero de 2013 se notificó el auto admisorio de la demanda a la entidad demandada Municipio de Sampues y a la Agencia para la Defensa del Estado⁴.
- Por auto del 26 de abril de 2013⁵ se fijó fecha para la audiencia inicial.

²Fol. 03

³Fols. 47-48

⁴Fols. 55-59

- El 29 de mayo de 2013⁶ se realizó la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de C.P.C.A., dentro de la cual se surtieron todas sus etapas: saneamiento, no se presentaron excepciones previas, se surtió la etapa de conciliación la cual se declaró fallida por no haber propuesta ni existir ánimo conciliatorio, fijación del litigio, se decretó la práctica de pruebas e igualmente se fijó fecha para audiencia de pruebas.
- El 04 de julio de 2013⁷, se realizó la audiencia de pruebas, la cual fue suspendida por cuanto no se encontraba consignadas todas las pruebas solicitadas.
- El día 09 de septiembre de 2013⁸, se realizó la continuación de la audiencia de pruebas y se ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión.

1.10. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El Municipio de Sampues contestó en los siguientes términos⁹:

- El hecho primero es cierto parcialmente, en el sentido que el demandante si prestó servicios al municipio como contratista independiente. Que el término que afirma el demandante prestar sus servicios en el mes de enero de 2012, no es cierto por cuanto no tenía contrato que lo vinculara.
- Con respecto al hecho segundo, manifiesta no ser cierto porque el demandante no mantuvo relación laboral con el demandado.
- El hecho tercero, es cierto que no se le ha cancelado valor alguno por prestaciones sociales, pero el motivo es la audiencia de relación laboral entre las partes.
- En cuanto al cuarto hecho, se atiene a lo probado.

⁵Fol. 104

⁶Fols. 122-125

⁷Fols. 135-136

⁸Fols. 160-163

⁹Fols. 46-53

- El quinto hecho no es cierto, por todo lo que han venido controvirtiendo en los numerales anteriores.
- El hecho sexto, no es cierto y que se atiene a lo que se prueba en el proceso, concretamente lo que respecta a la relación de dependencia que dice haber tenido el actor con respecto a los secretarios de Planeación Municipal, que según dice el actor supervisaron los contratos ejecutaron por él como contratista del municipio demandado. Pero que curiosamente la Secretaría de Planeación solo supervisó el contrato No. 291 de diciembre 02 de 2008, el cual tuvo un plazo de ejecución de 21 días, que el resto de contratos ejecutados por el demandante, fueron supervisados por el señor Secretario del Interior, doctor Medardo Vergara Montalvo.

A las pretensiones se opone, toda vez que el demandante no mantuvo una relación contractual subordinada en el municipio de Sampues, sino todo lo contrario, realizó las actividades como contratista independiente, que fueron coordinadas por la entidad contratante.

1.11. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

De la Parte demandante¹⁰: Ratificó que existen pruebas suficientes para que se llegue a una sentencia favorable al demandante, cuando se puede observar claramente los tres elementos de una relación laboral, que se ha querido disfrazar de contrato prestación de servicios, la labor desempeñada por el demandante como operador de base de datos o analista de Sistemas del SISBEN, envuelve el cumplimiento de directrices impartidas por el empleador inmediato, el Secretario de Planeación e Infraestructura del Municipio CARLOS HUGO MONTROYA ARIAS, órdenes que le son comunes a todos los empleados del municipio, generando una relación de subordinación y dependencia entre el demandante y la administración municipal. Lo que permite decir que el contrato de prestación de servicio, guarda una verdadera relación laboral, similar a las de los empleados vinculados a la planta, así como nos enseña Nuestra

¹⁰Fols. 166-167

Carta Magna en su artículo 13, Sentencia C-555 de la Corte Constitucional; por lo anterior se debe reconocer al demandante a título de indemnización el valor equivalente a las prestaciones sociales indexada a la fecha que se materialice el respectivo pago.

Agregó, que lo anterior deja un panorama claro sobre la situación y realidad jurídica del presente proceso, donde se puede observar la subordinación, el salario y tal como los señalan las pruebas presentadas y la necesidad de atención de los asociados, su vinculación al sisen no se realizaba eventualmente, sino que se puede inferir una relación ordinaria de horario de oficina, el cual tenía que cumplir el demandante para darle solución a las familias sampuesanas y el buen funcionamiento de la administración municipal en relación a las coberturas del sisben municipal y sus programas sociales, trabajo realizado bajo la subordinación del Secretario de Planeación e Infraestructura del Municipio.

De la Parte demandada¹¹: Argumentó que la vinculación del demandante con el municipio de Sampués fue netamente contractual, por medio de contrato de prestación de servicios, sin que ello acarreará el reconocimiento de una relación laboral y el pago de salarios y prestaciones sociales, así como tampoco el contratista de ese entonces recibió órdenes del supervisor del contrato, ni mucho menos se le conminó a cumplir horario de trabajo. Si llegaba a las instalaciones de la Alcaldía Municipal, eventualmente era en cumplimiento de su contrato de prestación de servicios, toda vez que este no fue empleado público del municipio sino contratista independiente, esto es que ejecutaba sus actividades de manera autónoma, sin que ello generara nexo laboral, ni relación de dependencia entre las partes. Con respecto a que la actividad desplegada por el demandante en la ejecución de los contratos de prestación de servicios que nos contrae el presente debate, no es atribuible a un empleado público de la Alcaldía Municipal de Sampues, Sucre, tiene su fundamento en que estas no hacen parte del manual de

¹¹ Fols. 170-175

funciones de la Alcaldía Municipal de Sampues, como tampoco existe dentro de la planta de personal cargos para asumir estas actividades.

Por último, esgrimió que de acuerdo a la declaración dada por el señor Medardo Vergara Montalvo, ex secretario del Interior del Municipio de Sampués, se desprende que este era el supervisor de los contratos que el municipio celebró con el demandante, que en ningún momento le impartió ordenes al demandante, así como tampoco le exigió un horario de trabajo, lo que demuestra y ratifica que de la relación contractual sostenida con el demandante no se originó en ningún momento vinculación laboral toda vez que no se dieron los presupuestos para que esta se diera, es decir, no existió subordinación ni exigencia de cumplimiento de horario de trabajo. Por lo que solicita que una vez analizadas las pruebas del proceso y las razones de defensa jurídica, se nieguen las pretensiones de la demanda.

Del Ministerio Público: No se pronunció.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia:

El juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causal de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. Acto administrativo demandado:

Se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No MS-434-2012 de fecha de recibido 13 de abril de 2012¹², expedido por el Alcalde Municipal de Sampues, mediante la entidad territorial negó el reconocimiento de una relación laboral subordinada y sus consecuencias prestacionales, al señor OBED EUGENIO HERNANDEZ BECERRA.

¹²Folios 9-12

2.3. Cuestión previa al Fondo del asunto:

De manera previa, el Despacho destaca, que si bien, no es claro el concepto de la violación de la demanda, el mismo con fundamento en las normas citadas y luego de interpretada la demanda¹³, se tiene que la causal de nulidad invocada, es la de violación de la ley superior, entrando el Despacho a estudiar el asunto, habida cuenta del mandato constitucional, creado a través de la sentencias C – 179 de 1999, que a pesar de ser un análisis basado en el decreto 01 de 1984, continua vigente, habida cuenta que el requisito de norma violada y concepto violado se mantuvo incólume en la ley 1437 de 2011 frente a las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho.

No debe perderse de vista, que si bien estamos frente a la discusión de derechos prestacionales, gozan de la prerrogativa de ser irrenunciables, íntimamente ligados, entre otros con el derecho fundamental al trabajo (artículo 25 de la CP), la garantía del mínimo vital, la dignidad en las relaciones laborales, al pago oportuno y el derecho a la igualdad en el trato frente a la ley, núcleos centrales y valores fundamentales del Estado Social de Derecho, los cuales se pueden ver afectados por la utilización fraudulenta o desbordada de la contratación de personal en las entidades públicas, a través de figuras jurídicas que como el contrato de prestación de servicios tienen a desnaturalizarse y esconder verdaderas relaciones subordinadas de trabajo, que dan lugar al reconocimiento como veremos, de derechos laborales que como antes mencionamos conllevan la característica de ser irrenunciables.

El Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, lo ha mencionada al decir: *"existen en el ordenamiento postulados de rango Constitucional que garantizan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales. En ello se traducen*

¹³ Máxime cuando tal falencia no fue advertida en la audiencia inicial, para adoptar la medida de saneamiento

aspectos de la protección especial del derecho al trabajo que consagra la Constitución. (Art. 25 y 53 de la C.N.)”¹⁴

Así las cosas, el Despacho, privilegiando el derecho fundamental al acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva de los derechos y garantías que la Constitución Política consagra partiendo de los artículos 25 y 53, entrará a resolver el fondo del asunto, confrontado el acto acusado en sede judicial con las norma citadas en el acápite de violación, bajo la interpretación que la causa de nulidad estriba en la violación de la ley superior¹⁵.

2.4. Problema Jurídico a resolver:

Acorde con lo advertido en la etapa de fijación del litigio, el debate en el sub examine, estriba, en establecer si entre las partes, la vinculación a través de contrato de prestación de servicios, derivo en una relación laboral subordinada, en virtud del principio de la primacía de la realidad.

En atención a ello, corresponde al Despacho en aras de desatar la litis, referirse al tema del contrato realidad en el sector público y su desarrollo jurisprudencial, la carga de la prueba de los elementos del contrato realidad, para luego descender al caso concreto.

I. Del Contrato de Prestación de Servicios –Configuración del Contrato Realidad en el Sector Público.

De manera reiterado, el Consejo de Estado, partiendo de la aplicación del principio de primacía de la realidad establecido en el artículo 53 de la Constitución Política ha señalado que:

“El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección II. Subsección A, 730012331000201000673 01. Radicación interna 1555-2012. CP. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁵ Ver, Consejo de Estado. Radicado interno No. 1095 (07)

manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes¹⁶.

Recogiendo lo decantado en providencias de años anteriores, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, igualmente ha declarado que:

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

La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues,

¹⁶ Consejo de Estado, Sección II, Subsección B, radicación No. 05001233100020010363101 Expediente: No. 1363-2012. Sentencia del 15 de mayo de 2013. CONSEJERO PONENTE: DR. GERARDO ARENAS MONSALVE. Se pueden consultar entre muchas, las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez, 19 de Febrero de 2009. Radicación Número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05), expedientes: 05001-23-31-000-2000-04732-01(7979-05); 540012331000200000020 01 (2776-2005); 23001 23 31 000 2002 00244-01 (2152-06); 52001-23-31-000-1999-01215-02(4669-04); 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08).

según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.

....(....)...”¹⁷

De la misma manera, replanteando la tesis expuesta la sentencia del 18 de noviembre de 2003, la Corporación señaló:

“Esta Corporación ha reiterado en fallos como el de 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente 0245, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador. Razonó de la siguiente manera:

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

...

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los períodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.”

Tal tesis, se contrapone a jurisprudencia anterior en la que se sostuvo que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que exista un sometimiento a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, o el hecho de

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección II, Subsección B. 15001-23-31-000-2001-01577-01(1343-09). CP. Bertha Lucía Ramírez.

recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación. Así lo estipuló la sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado de 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, en la que concluyó:

“...si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. **En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.**” (Se destaca).

Este razonamiento fue replanteado por la Sección Segunda, que en fallos como el inicialmente citado de 23 de julio de 2005, volvió a la tesis primigenia que había sido trazada por la Sección en sentencia de 18 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Flavio Rodríguez Arce (Exp. 11722 – 1198/98). La Sala ha hecho prevalecer, entonces, la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, cuyos supuestos fácticos deben ser materia de prueba”¹⁸

Por su parte, la CORTE CONSTITUCIONAL, en sentencia C – 154 de 1997, la cual ha sido punto de partida, frente al principio de la primacía de la realidad y los contratos de prestación de servicios, manifestó que:

“El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características: **a.** La prestación de servicios versa sobre una

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección II, Subsección A, Expediente No. 54001233100020000002001 (2776-2005). CP. Jaime Moreno García. Providencia del 17 de abril de 2008.

obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. **b.** La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. **c.** La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

.....

.....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; al 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. Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

.....

.....La contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes, únicamente, opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta

que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden. Si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la justicia del trabajo, si se trata de un trabajador oficial o ante la jurisdicción contencioso administrativa, con respecto al empleado público.

.....

.....El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará 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. De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del "contratista convertido en trabajador" en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales"¹⁹

II. La Prueba de los Elementos del Contrato Realidad.

La carga probatoria de los elementos del contrato realidad, corresponde exclusivamente a quien alega la figura, o espera ser cobijado por la protección que brinda el principio de la primacía de la realidad, esto es, la persona vinculada mediante el contrato de prestación de servicios y que acude en sede judicial a solicitar la protección de sus derechos.

¹⁹ Asimismo, la Corte Constitucional en sentencia C - 614 del 2 de septiembre de 2009, con ponencia del magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, aborda el estudio del contrato de prestación de servicios y la prohibición para la Administración Pública de celebrarlo para el ejercicio de funciones de carácter permanente,

En esta labor, importa de forma especial el elemento subordinación, porque traza la línea divisoria entre el contrato de prestación de servicios y la relación laboral que puede surgir de la realidad.

La subordinación que no es física, sino de tipo jurídico, implica la posibilidad del contratante del servicio para disponer de la fuerza de trabajo conforme mejor conviene a los intereses de la entidad, con la posibilidad latente de dar órdenes e instrucciones al empleado respecto a la cantidad, forma, tiempo y calidad del servicio que se presta.

En providencia de fecha 21 de mayo de 2009, con ponencia del Consejero, Gerardo Arenas Monsalve, el Consejo de Estado señaló:

“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 a modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerles reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de dar cumplimiento al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral”²⁰

De igual forma, en providencia de fecha 23 de noviembre de 2006, se señaló: “...(…)..., constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el **interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y el hecho de que**

²⁰Expediente radicado 050012331000199901406 01. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda.

desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista 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"²¹

III. ANÁLISIS DE LA CONCURRENCIA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO REALIDAD EN EL CASO CONCRETO.

Recapitulando, la controversia gira en torno a la existencia de una relación laboral, la que al decir del demandante surge porque, el señor OBED HERNANDEZ BECERRA, estuvo vinculado con el Municipio de Sampues, de forma continua mediante contrato de prestación de servicios.

Para el efecto, se recaudó el siguiente material probatorio:

- **Contrato Estatal No. MS-670-037 – 2008 (Fols 13-14).** Inició el 11 de abril de 2008 Terminó el 18 de noviembre de 2008.
- **Contrato Estatal No. MS-670-291-2008 (fol. 15).** Inició en diciembre de 2008 y terminó el 31 de diciembre de 2008
- **Contrato Estatal No. MS-670-031-2009. (F. 16)** Inicia Enero 2009 Termina el 30 de junio de 2009.
- **Contrato Estatal No. MS-670-138-2009 (fl.17).** Inició en julio de 2009. Terminó el 30 de diciembre de 2009
- **Contrato Estatal No. MS-670-020-2010 (fl.18).** Inició en febrero de 2010 y Terminó el 25 de julio de 2010.
- **Contrato Estatal No. MS-670-089-2010 (fol. 19).** Inicia en agosto de 2010 Termina el 28 de diciembre de 2010
- **Contrato Estatal No. MS-670-093-2011 (Fols. 20-23).** Inició en julio de 2011 Terminó el 28 de diciembre de 2011

²¹ Expediente 4356-04 de 2006, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A" .Consejero Ponente: Dr. Jaime Moreno García.

- Testimonio del señor MEDARDO FONTALVO VERGARA. (ver DVD, audiencia de pruebas)
- Certificación de cumplimiento de contratos, expedida por el Secretario del Interior, Recursos Humanos y Control Interno del Municipio de Sampues (folio 26-27)

De las anteriores probanzas²² y su análisis en conjunto, el Despacho concluye que efectivamente el señor OBED HERNANDEZ BECERRA, estuvo vinculado al Municipio de Sampues, conforme los periodos establecidos en cada uno de los contratos de prestación de servicios, esto es, se tiene por probado el elemento prestación personal del servicio, sobre lo cual se volverá en caso de prosperar las pretensiones de la demanda a efectos de precisar el restablecimiento del derecho.

Ahora bien, no puede esta Judicatura afirmar lo mismo del elemento Subordinación, porque de la sola prestación del servicio no se puede extraer o derivar, por cuanto es un elemento que está presente tanto en la relación laboral como en el contrato de prestación de servicios y no puede tomarse entonces como hecho indicativo y concluyente exclusivamente de relación laboral.

Recordemos que la subordinación, la cual como antes mencionamos es la línea divisoria del contrato de prestación de servicios y la relación laboral invocada, no sólo debe ser alegada, sino que debe ser demostrada, con las excepciones donde ella se presume, por estar ínsita en el servicio que se presta, caso especial de los docentes, que no es el que hoy nos convoca muy a pesar que el demandante lo alega en los hechos de su demanda.

Por otra parte, si bien el lugar de cumplimiento del objeto del contrato, lo fue la sede de la Alcaldía del Municipio de Sampues, esté último tampoco

²² Los contratos de prestación de servicios fueron aportados en copia simple, sin embargo el Despacho les otorga valor probatorio como quiera que fueron aducidos contra la entidad estatal contratante, quien no formuló reparo alguno a los mismos, amén que también los incorporó al plenario aportados a folios 78 -102.

es un hecho concluyente de subordinación, porque puede igualmente evidenciarse y pactarse libremente en los contratos donde prima la voluntad contractual de las partes, quienes en ejercicio de su libertad contractual, pueden acordar que para un mejor cumplimiento de lo pactado o porque la información que se requiere para efectuar la actividad se encuentre en la sede del contratante, sea prestado en esta última, aún con la utilización de sus equipos, sin que ello per se, devenga en hecho indicativo de subordinación. Amen que es el contratante, en este caso, la entidad territorial, con fundamento en los estudios previos y de necesidad, quien determina cuales son las condiciones en que debe cumplirse el objeto contractual, sin que ello de manera automática sea signo inequívoco de dependencia.

Por otra parte, vale destacar, la declaración rendida por el señor MEDARDO ENRIQUE FONTALVO, quien se desempeñó como Secretario del Interior y Jefe de Recursos Humanos del Municipio de Sampues, recalca que el tipo de vinculación fue mediante contrato de prestación de servicios (minuto 5:54); que no era jefe inmediato del actor, sólo supervisor para efectos de certificar lo concerniente a su laboración para el correspondiente objeto; agregando que a los contratistas nunca se le exige cumplimiento de horario (minuto 8) y que nunca le hizo llamado de atención ni cumplimiento de horarios (minuto 9).

En ese orden, su dicho sirve sólo para ratificar la prestación del servicio en la modalidad de contratos de prestación de servicios, sin que se pueda afirmar que existe asomo de subordinación de su atestación, por cuanto deja claro que no se les exige cumplimiento de horarios ni llamados de atención, precisamente por el tipo de vinculación, lo cual inclusive es una obligación de la entidad territorial.

En este punto, preciso es mencionar que los supuestos llamados de atención²³, pueden de igual forma obedecer a la vigilancia y supervisión normal que debe tener el Estado, frente a sus colaboradores, tal cual, lo estipulan y consagran las normas de la contratación estatal, como quiera

²³ Folios 28-31

que se trata de la ejecución de una actividad o misión en la que van envueltos dineros del erario público.

De igual forma, los documentos obrantes a folios 34 y 35 de plenario, emanados de terceros y de contenido declarativo, el despacho no les da mérito como quiera que en ellos no se expone la razón del dicho, esto es, las circunstancias de tiempo, modo, lugar, por la cual les consta lo certificado, amen que quien se anuncia como Secretaria de Salud, expide un documento que no utiliza la papelería y membretes de uso oficial de la Alcaldía Municipal de Sampues y concuerda con el tipo de escritura y letra del documento expedido por quien se anuncia como coordinador de la red de veedurías de Sampues, teniendo igual contenido, siendo que provienen de entidades totalmente diferentes, amen que su contenido es totalmente contrario al dicho del testigo MEDARDO FONTALVO, quien para la época de los hechos se desempeñó como Secretario del Interior y Jefe de Recursos Humanos de la Alcaldía Municipal de Sampues.²⁴

Así las cosas, para este Operador Judicial, muy a pesar de la prolongación en el tiempo de los contratos de prestación (2008 a 2011), ello en manera alguna lo desnaturaliza, por cuanto no se logró precisar y evidenciar la existencia de la tan necesaria subordinación o dependencia del contratista frente al Municipio de Sampues.

En relación con la carga de la prueba y la presunción de legalidad de los actos administrativos, el Consejo de Estado, en providencia del 12 de febrero 2009, con ponencia del H. Consejero Alfonso Vargas Rincón, ha previsto que²⁵:

“De conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen; y por la presunción de legalidad inherente a los actos administrativos se consideran ajustados a

²⁴ Ver igualmente documento obrante a folio 102.

²⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda- Subsección A. Expediente No. 250002325000200106763 02 No. Interno: 0422-2008.

derecho mientras no se demuestre lo contrario, lo cual se deduce del texto del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

En esas condiciones como el demandante no logró probar los vicios del acto acusado, la presunción de legalidad no ha sido desvirtuada, siendo del caso confirmar la sentencia del Tribunal que denegó las súplicas de la demanda"

En el sub examine, la carga de la prueba correspondía a la Parte Demandante, quien no cumplió con la obligación de desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado, ya que no demostró el elemento subordinación del contrato realidad alegado y por tanto las pretensiones de su demanda están llamadas al fracaso.

CONDENA EN 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 Código de Procedimiento Civil.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 392 y 393 del CPC. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandada, en porcentaje del uno (1%) por ciento de las pretensiones reclamadas²⁶, equivalentes a la suma de doscientos mil pesos (\$200.000), conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NIÉGUESE las pretensiones de la demanda.

²⁶Estimada en 20.000.000

SEGUNDO: CONDENASE en costas a la parte demandante, por Secretaría tásense. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandada, en porcentaje del uno (1%) por ciento de las pretensiones reclamadas, equivalentes a la suma de doscientos mil pesos (\$200.000), conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

TERCERO: En firme este fallo, devuélvase al la P. demandante el excedente si lo hubiere de las sumas consignadas para gastos del proceso, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CESAR E. GÓMEZ CÁRDENAS
JUEZ.