



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, seis (6) de mayo de dos mil quince (2015)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-31-003-2013-00203-00
Demandante: Wilberto Manuel Medina Montesino.
Demandado: Municipio de Los Palmitos – Sucre.

Tema: Configuración e Indemnización Contrato Realidad Sector Público.

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES.

1.1. LA DEMANDA (fls. 1 - 6).

1.1.1. Partes.

- Demandante: **Wilberto Manuel Medina Montesino**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 92.554.530, expedida en Corozal - Sucre, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandada. **Municipio de Los Palmitos – Sucre.**

1.1.2. Pretensiones.

Primero: Que se declare la nulidad del **oficio N° 100** de fecha 20 de febrero de 2013 (indebidamente notificado), por medio del cual la entidad demandada, despachó desfavorablemente las solicitudes elevadas por el accionante, y se ordene el correspondiente reconocimiento, liquidación y pago de las sumas de dinero

¹Folio 7 del expediente.

adeudadas por concepto de las prestaciones sociales no pagadas durante el tiempo de la existencia de la mencionada relación laboral.

Segundo: Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada, a que reconozca, liquide y pague las sumas adeudadas a mi mandante durante el tiempo de la existencia de la relación laboral, por concepto de prestaciones sociales tales como prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías, y demás emolumentos adeudados, teniendo en cuenta el valor pactado en el documento vinculante y la naturaleza docente de su actividad laboral.

Tercero: Que se ordene a la entidad demandada a reconocer y pagar al demandante a título de reparación del daño los aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y los aportes al sistema de salud, que debieron haber sido girados por la entidad en razón de su porcentaje, así como también se ordene la contabilización del tiempo laborado para efectos de la pensión, conforme lo dispuesto por la ley 91 de 1989 en aplicación del artículo 279 de la ley 100 de 1993.

Cuarto: Que los valores resultantes a favor del demandante, tras efectuarse la correspondiente liquidación, le sean reajustados conforme la fórmula de indexación el Índice de Precios al Consumidor (IPC).

Quinto: Que se condene en costas a la entidad demandada.

1.1.3. Hechos.

Primero: Manifiesta el demandante que en razón a su condición de docente fue vinculado laboralmente al Municipio de los Palmitos, mediante sucesivas Órdenes de Prestación de Servicios, a partir del 1 de febrero de **1992 hasta el 30 de noviembre de 1994**, en calidad de docente al servicio de las escuelas “Nueva Aldea” y “Boca Grande” jurisdicción del Municipio de los Palmitos.

Segundo: Afirma el accionante que durante el tiempo laborado, desempeñó las funciones que le fueron asignadas, siempre bajo las órdenes de directivo docente de las Instituciones Educativas para las cuales laboraba, en idéntico calendario y jornada laboral que los demás servidores públicos que laboraban como docentes en los mencionados establecimientos educativos y en general en todo el Municipio de los Palmitos.

Tercero: Aduce el demandante que mantuvo una relación legal de carácter laboral con la entidad demandada, durante el tiempo referido, pues se dieron todos los requisitos para ello: salario, subordinación, prestación personal del servicio, en igualdad de condiciones que quienes se encontraban nombrados en propiedad.

Cuarto: Sostiene el demandante que desde que se vinculó como contratista de prestación de servicios, la relación entre este y la entidad demandada se dio sin solución de continuidad, relación laboral que se prolongó incluso hasta el día de hoy.

Quinto: Explica el accionante que durante el periodo laborado, la entidad demandada no canceló el mínimo de los derechos prestacionales a que legalmente tenía derecho.

Sexto: Manifiesta el demandante que con la conducta asumida por la entidad convocada, se le vulneró el derecho a la igualdad, toda vez que el simple hecho de su vinculación no facultaba y mucho menos autorizaba al mencionado ente territorial a darle un tratamiento diferente ni discriminatorio respecto de otras personas que prestaban servicios docentes en idénticas circunstancias.

Séptimo: Agrega que durante el tiempo que prestó sus servicios como docente, jamás se le exigió obligación contractual de cotizar a salud o pensión, y de igual forma tampoco tenía obligación legal de hacerlo, en consideración a que la ley 737 de 2003 no había entrado en vigencia.

Octavo: Explica el accionante que presentó petición solicitando reconocer la existencia de la relación laboral oculta bajo la modalidad de Contratos u Órdenes de Prestación de Servicios y como consecuencia de dicha declaratoria, también se solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de las sumas de dinero adeudadas por concepto de prestaciones sociales que debió percibir durante el tiempo de la existencia de la mencionada relación laboral, petición que le fue resuelta negativamente.

1.1.4.- Disposiciones Violadas.

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos constitucionales y legales: decreto 222 de 1983, ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007.

1.1.5. Concepto de la violación.

Manifiesta que en el régimen de contratación estatal vigente se estableció un tipo contractual denominado contrato de prestación de servicios u órdenes de prestación de servicios, figura ésta que le permite a las entidades estatales contratar personas naturales para desarrollar actividades relacionadas con la administración. Sin embargo dicha figura jurídica implica el cumplimiento de una serie de requisitos, sin los cuales solo se configuraría una desviación de poder, con las consecuencias penales y disciplinarias previstas en dicho régimen sancionatorio y la obligatoria declaración de ilegalidad de la relación dando paso al reconocimiento de la realidad laboral.

Así mismo arguye, que el máximo Tribunal Constitucional, en la muy conocida sentencia C - 154 de 1997, se encargó de clarificar los requisitos de los contratos estatales de prestación de servicios y sus equivalentes, diciendo que dichos elementos eran básicamente tres: una obligación de hacer; la autonomía e independencia del contratista; y la temporalidad de la labor, requisitos que ante la ausencia de solo uno de ellos, podríamos estar en presencia de otra figura jurídica con consecuencias distintas, como lo es una verdadera relación laboral.

En consideración a lo expuesto, son evidentes las equivocaciones en que incurre la entidad demandada en la motivación del acto administrativo referido demandado, donde considerar que el demandante no tenía derecho a percibir prestaciones sociales, pues con ello desconoció que el Consejo de Estado ha venido consolidando su Jurisprudencia sobre el Contrato Realidad, para entender que de darse cualquiera de los elementos de la relación laboral, en un contrato de prestación de servicios, se está ante una verdadera relación laboral enmascarada a través de un acto de poder desviado.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- Presentación de la demanda el 8 de julio de 2013, remitida a este despacho el 9 de julio de 2013².
- En auto del 29 de julio de 2013, se inadmitió la demanda, y se le otorgo a la parte el término de 10 días para que corrigiera lo indicado.³
- Mediante memorial de fecha 14 de agosto de 2013 el apoderado demandante corrigió la demanda⁴.

²Folio 25 del exp.

³ Folio 27 del exp.

- La demanda fue admitida, mediante auto del 22 de agosto de 2013 y notificada mediante estado electrónico No. 108 del 23 de agosto del 2013⁵.
- El apoderado de la parte presentó memorial el 17 de marzo de 2014, en el que aportaba el recibo de consignación de los gastos procesales⁶.
- La notificación de la demanda a las partes se realizó el día 2 de abril de 2014⁷.
- Vencidos los términos conferidos para responder la demanda se observa que la entidad demandada NO contesto la demanda.
- Mediante auto del 29 de septiembre de 2014, se señaló fecha para audiencia inicial⁸.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad demandada NO contesto la presente demanda.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Como quiera que las partes no se hicieron presentes a la diligencia de Audiencia Inicial, se deja constancia que no hubo pronunciamiento al respecto.

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 causa de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en el **oficio N°100 de fecha 20 de febrero de 2013, expedido por el Municipio de Los Palmitos - Sucre**, mediante la cual se negó la relación laboral existente entre el Municipio y el señor Wilberto

⁴ Folios 30 y 31 del exp.

⁵ Folios 34 – 35 del exp.

⁶ Folios 37 y 38 del exp.

⁷ Folios 42 al 44 del exp.

⁸ Folio 49 del exp.

Manuel Medina Montesino, durante el tiempo que el actor se desempeñó como docente contratado bajo la modalidad de Ordenes de Prestación de Servicios.

2.3 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 contratos de prestación de servicios, derivó 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, su desarrollo jurisprudencial, la prueba de sus elementos, para luego descender al análisis de sus elementos en el caso concreto.

2.4- CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS –CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO. MARCO JURISPRUDENCIAL.

En sentencia C – 154 de 1997, la Corte Constitucional estableció las diferencias entre el contrato de carácter labora y el contrato de prestación de servicios, de la siguiente manera:

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

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

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

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

El 18 de noviembre de 200, mediante decisión de Sala Plena del Consejo de Estado, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, se consideró que no había quebranto, al principio de la igualdad, que una era la situación del **empleado público**, que se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales aquélla no adquiere vida jurídica; elementos que se encuentran consagrados en el art. 122 de la C.P., que dan origen al pago de las prestaciones que corresponden a este tipo de servidores públicos; y otra, muy distinta, la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios, que no genera relación laboral ni prestaciones sociales; y otra, finalmente, a la que da lugar el contrato de trabajo, que con la administración no tiene ocurrencia sino sólo cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.

Consideró dicho fallo no se puede pretender que los efectos de una figura sean idénticos a los de otra, so pretexto del principio de la igualdad, porque cada realidad es fuente de obligaciones bien diferenciadas por el derecho positivo, por haberse regulado por ordenamientos distintos, por lo cual exponía que era imposible semejanza alguna entre las tres figuras de la relación laboral, negando en dicha oportunidad el reconocimiento solicitado por cuanto no se apreciaba la falsa motivación del acto alegado.

Posteriormente cambió la posición el H. Consejo de Estado, en pronunciamiento de la Sección Segunda C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, en sentencia del 19 de febrero de 2009, en la cual se ha referido al principio de la primacía de la realidad, así:

“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, 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”.

La misma providencia analizó frente al fallo de Sala Plena del Consejo de Estado, del 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, lo siguiente:

“En dicho fallo se concluyó:

- 1. El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.*
- 2. No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.*
- 3. No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestacional.*
- 4. La situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo, que con la Administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.*
- 5. Se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico*

Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (Art. 53 C.P.)”

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

Tal posición ha sido adoptada por la Sala en los siguientes términos⁹:

“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 periodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público:

(...)

Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad.”

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a 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, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación”¹⁰.

Adicionalmente, el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 modificado por el Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, dispuso:

⁹ Expedientes Nos. 0245 y 2161 de 2005, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante

¹⁰ Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, Bogotá, D. C., 19 de Febrero de 2009. Radicación Número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05). Ver igualmente los siguientes 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).

“Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.

(...)”.

La parte subrayada fue demandada ante la Corte Constitucional quien en sentencia C-614 de 2009, abordó nuevamente el estudio del contrato de prestación de servicios la prohibición para la Administración Pública de celebrarlo para el ejercicio de funciones de carácter permanente, señalando entre otros criterios, la permanencia como un elemento más que indica la existencia de una verdadera relación laboral y manifestando que:

“...los jueces ordinarios y constitucionales han sido enfáticos en sostener que la realidad prima sobre la forma, de ahí que no puede suscribirse un contrato de prestación de servicios para ejecutar una relación laboral. De hecho, el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad sobre la forma impone el reconocimiento cierto y efectivo del real derecho que surge de la actividad laboral. Por consiguiente, en caso de que los jueces competentes encuentren que se desnaturalizó la relación contractual de trabajo procederán a declarar la existencia del verdadero contrato celebrado, sin que sea relevante el nombre acordado, y ordenarán ajustar los derechos económicos a lo que corresponda en justicia y derecho.”

En la cita, se reitera y se concluye por parte del Tribunal Constitucional que, la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente, pues para ese efecto debe crear los

cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Así mismo, se establecen a efectos de determinar el concepto de función permanente, como elemento que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios, los siguientes criterios, a saber:

- i) **Criterio funcional:** la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público. En otras palabras, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral.
- ii) **Criterio de igualdad:** Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia citada del 6 de septiembre de 2008¹¹).
- iii) **Criterio temporal o de la habitualidad:** Si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia ya citada del 3 de julio de 2003¹²).
- iv) **Criterio de la excepcionalidad:** si la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002¹³ a que se ha hecho referencia). Por el contrario, si la gestión contratada equivale al “giro normal de los negocios” de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual.

¹¹ Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 2152-06. Cita de la Providencia

¹² Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, expediente 4798-02. Cita Original de la Providencia de la C. Constitucional.

¹³ Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 3530-2001. Cita original de la providencia de la CC.

- v) **Criterio de la continuidad:** Si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.

El Tribunal Administrativo de Sucre, en sentencia del 26 de septiembre de 2013, manifestó frente a la posibilidad que exista una relación laboral, que no precisamente sea conducida por la celebración de contratos de prestación de servicios, partiendo de precisiones jurisprudenciales hechas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, que:

“... Sin embargo, la H. Corte Constitucional ha puntualizado que, es claro que en la realidad los municipios, y Estado en general, en ocasiones se benefician del trabajo personal y subordinado sin satisfacer las condiciones jurídicas, establecidas en la constitución y la ley, como indispensables para una vinculación laboral en forma. Pero eso no significa que no haya vinculación laboral. Aceptar que sólo la inobservancia de las formas jurídicas de vinculación en regla, puede ser desvirtuado por completo el carácter laboral de una relación de prestación de servicios personales y subordinados, es concederle primacía a la forma sobre la realidad; eso es tanto como desconocer la Constitución; porque esta última ordena justamente lo contrario: concederle primacía a la realidad sobre las formas (art. 53 C.P.)

Por tanto, cuando la justicia advierte que una persona le ha prestado sus servicios personal y subordinadamente a un ente territorial, pero no tiene la investidura de trabajador oficial, no puede simplemente absolver a dicha administración; podría hacerlo si con seguridad el demandante es empleado público, pues en ese caso este tendría la oportunidad de ventilar sus pretensiones en la jurisdicción competente: la justicia contencioso administrativa; pero si hay razones para concluir que el peticionario no es ni trabajador oficial ni empleado público, la justicia debe decidir el fondo de cuestión de manera congruente: establecer si hubo relación de trabajo personal y subordinado; en caso afirmativo condenar a aquella entidad al pago de los emolumentos laborales dejados de cancelar”.

En cuanto a la forma como se debe liquidar las sumas adeudadas a la demandante, se tendrán en cuenta pronunciamientos al respecto del Consejo de Estado:

“Prestaciones Sociales”¹⁴

Una de las consecuencias de la relación laboral es precisamente otorgar al trabajador los derechos, obligaciones y beneficios inherentes a su condición, siendo la justificación principal para reconocer dicho status.

Este tema no ha sido ajeno a la Sección Segunda de esta Corporación, que se ha pronunciado en reiteradas sentencias sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Mediante providencia de 16 de febrero de 2005, M. P. Tarsicio Cáceres Toro, Exp. 3130-04, reconoció el pago de una indemnización equivalente a las prestaciones sociales ordinarias liquidadas, de la siguiente manera:

*“En esas condiciones, aunque realmente **no se trata de una relación legal y reglamentaria**, no es menos cierto que la persona que labora en esas condiciones lo hace en forma similar al empleado público con funciones administrativas de apoyo para el personal de salud, que sí es esencial para el objeto del Ente. No obstante lo anterior, teniendo en cuenta los principios de equidad e igualdad, hasta donde es posible admitir, la Jurisdicción ha aceptado que es procedente reconocer **al contratista unos derechos consistentes en el reconocimiento y pago de INDEMNIZACION por lo que ha dejado de percibir en forma equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que reciben esa clase de empleados de la entidad pero liquidables teniendo en cuenta los “honorarios” pactados en los contratos.**”(Negrilla del texto)*

En sentencia de 15 de junio de 2006, M. P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, la Sala sostuvo:

“los simulados contratos de prestación de servicios docentes suscritos con la demandante, pretendieron esconder una vinculación de derecho laboral público, a pesar de que, como se explicó, la actora no puede ser considerada empleada pública docente. Al no tener entonces esa calidad, mal puede esta Sala decretar las prestaciones que reclama, por la sencilla razón de que tales prestaciones sociales nacen en favor de quienes, por cumplir todas las formalidades sustanciales de derecho público, para el acceso al servicio público, alcanzan la condición de servidor, cuestión que no es el caso de la demandante.

Sin embargo, como se dijo anteriormente, la administración desconoció el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, y con ello

¹⁴ Consejo De Estado. Secc. Segunda C.P. Bertha Lucia Ramírez De Páez 19 Febrero 2009.Rad:3074-05
Actor: Ana Reinalda Triana Viuchi.

ocasionó unos perjuicios que deben ser resarcidos a la luz del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo. (...).”

“La Indemnización En El Contrato Realidad”.

La tesis que actualmente maneja esta Corporación al momento de indemnizar este tipo de controversias, se limita a condenar al pago de las prestaciones sociales ordinarias que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios.

Dicho argumento es justificado, en que como quien pretende demostrar el contrato realidad, no ostenta la calidad legal de empleado público, carece del derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que tendría derecho un servidor en estas condiciones, tal como se desprende de la siguiente providencia:

“La condena al pago de prestaciones sociales en favor de la parte actora, en igualdad de condiciones a un educador oficial.

*En la sentencia de nov. 30/00 se expresó que **no es de recibo** porque, como ya se dijo, el régimen prestacional tiene unos destinatarios que son los empleados públicos y trabajadores oficiales, calidad que en verdad la Parte demandante no tenía en el lapso discutido.*

Agregó, que no obstante, en aras de preservar la equidad hasta donde es posible, la Jurisdicción ha accedido a reconocer a título de INDEMNIZACION, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los docentes oficiales (de la respectiva Entidad Contratante), tomando el valor de lo pactado en el contrato de prestación de servicios, como base para la liquidación de la indemnización, tal como se expresó claramente en la Sentencia de marzo 18/98 del Exp. No. 11722 – 1198/98, de la Sección 2ª de esta Corporación, con ponencia del Dr. Flavio Rodríguez.

Y para tal efecto, se deben determinar inicialmente cuáles son esas prestaciones ordinarias a que tienen derecho los educadores oficiales (v.gr. prima de navidad, cesantía, etc.) y la forma de su liquidación (v.gr. número de días y valores, etc.), para después calcular, teniendo en cuenta esos parámetros y el valor de esas prestaciones que no pudieron devengar, conforme a los honorarios pactados.¹⁵”

¹⁵ Sentencia de 28 de junio de 2001, M.P. TARSICIO CÁCERES TORO, Exp. 2324-00, Actora: MARÌA BERTHA DÍAZ CORREA.

2.5.- LA PRUEBA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO REALIDAD.

Cuando se trata de demostrar la existencia de un contrato realidad, la carga probatoria de los elementos de dicho contrato, incumbe exclusivamente a quien alega la figura, o espera ser cobijado por la amparo 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.

Tal subordinación que no es física, sino de tipo jurídico, involucra 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 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”¹⁶.

¹⁶Expediente radicado 050012331000199901406 01. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda.

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

Extractando del cuaderno de la demanda, se observa que la controversia planteada gira en torno a la existencia de una relación laboral, la que según el demandante nace porque, estuvo vinculado con el Municipio de Los Palmitos - Sucre, de forma continúa mediante contratos de prestación de servicios.

Para el efecto, se recaudó el siguiente material probatorio:

- Derecho de petición presentado ante la entidad por parte del demandante el día 4 de febrero de 2013 solicitando el reconocimiento de la relación laboral y el pago de unas prestaciones sociales¹⁷.
- Acto Administrativo contenido en la Resolución o N° 100 del 20 de febrero de 2013, expedido por el Municipio de Los Palmitos - Sucre, mediante el cual se negó la relación laboral existente entre las partes, durante el tiempo que el actor se desempeñó como docente contratado bajo la modalidad de Órdenes de Prestación de Servicios.¹⁸
- Certificado de tiempo de servicios del señor Medina Montesino, expedido por la Secretaría del Interior y Control Disciplinario del Municipio de los Palmitos - Sucre¹⁹.
- Contrato Nro. 047 del 3 de enero de 1994, celebrado entre el accionante y la entidad accionada, para que realice las labores de docente en la Escuela Rural Municipal de Boca Grande, con una duración de doce (12) meses, desde el 3 de enero 1994 hasta el 31 de diciembre del mismo año.²⁰
- Contrato de trabajo (prestación de servicios), No 36 del 3 de febrero de 1992.²¹
- Orden de Laboral 001.²²
- Conciliación extrajudicial y la constancia.²³

Del material probatorio recaudado hay evidencias documentales de la vinculación con la entidad demandada.

De las anteriores probanzas y su análisis en conjunto, para este despacho es claro que efectivamente el señor WILBERTO MANUEL MEDINA MONTESINO, estuvo

¹⁷Folios 12 del exp.

¹⁸Folios 16 del exp.

¹⁹Folio 19 del exp.

²⁰Folios 20 – 21 del exp.

²¹ Folio 22 del exp.

²²Folio 23 del exp.

²³ Folio 8 al 11 del exp.

vinculado al Municipio de los Palmitos – Sucre, como DOCENTE en diferentes escuelas del municipio, en los siguientes periodos: **Del 1º de febrero de 1992 hasta el 30 de noviembre de 1994, en las escuelas Nueva Aldea y Boca Grande, jurisdicción del Municipio de los Palmitos;** tal y como se desprende de la certificación dada por la Secretaria del interior y Control Disciplinario obrante a folio 19 del expediente.

En ese orden, frente al elemento prestación personal del servicios, quedó acreditado, que el demandante laboró en las fechas descritas con anterioridad, conforme los periodos establecidos en cada uno de las ordenes laborales, y certificación de tiempo laborado, sobre lo cual se volverá en caso de prosperar las pretensiones de la demanda a efectos de precisar el restablecimiento del derecho.

En cuanto a las labores encomendadas al actor, “Docente” las mismas órdenes obrantes en el proceso dan cuenta que el demandante recibía una retribución por la prestación de sus servicios personales, servicios como docente que ejecutó en las diferentes escuelas en las cuales laboro.

En relación con el elemento subordinación, como antes mencionamos, línea divisoria del contrato de prestación de servicios y la relación laboral invocada, se tiene que las funciones desempeñadas por los docentes no son independiente sino que su ejercicio es de carácter personal y está sujeto al cumplimiento de los reglamentos del servicio público de educación en este mismo sentido en reiteradas oportunidades el Honorable Consejo de Estado²⁴ ha manifestado que : *"De lo anterior se infiere, que pertenece a la esencia de la labor docente el hecho de que el servicio se preste personalmente y esté subordinado al cumplimiento de los reglamentos educativos, a las políticas que fije el Ministerio de Educación, a la entidad territorial correspondiente para que administre dicho servicio público en su respectivo territorio, al pénsum académico y al calendario escolar. No es entonces la labor docente independiente y siempre corresponde a aquella que de ordinario desarrolla la administración pública a través de sus autoridades educativas, pues no de otra manera puede ejercerse la enseñanza en los establecimientos públicos educativos, sino por medio de los maestros. "*

Por lo anteriormente expuesto, es evidente que la subordinación y la dependencia se encuentran ínsitas en la labor que desarrollan los docentes; es decir, son consustanciales a su ejercicio por lo tanto para el Despacho es claro que la labor realizada por el accionante, dista mucho de ser independiente.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección Segunda A, sentencia del 23 de octubre de 2008, Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón.

Así las cosas, el supuesto fáctico probado a la luz de los argumentos expuestos, nos lleva a concluir que estamos en presencia de una verdadera relación laboral subordinada, con presencia de los criterios de continuidad y permanencia establecidos por la Corte Constitucional, disfrazada bajo el ropaje de contratos de prestación de servicios y/o ordenes laborales, razón por la cual en aplicación de los postulados fundamentales establecidos en los artículos 25 y 53²⁵ de la Constitución Política, citados como normas violadas, se declarará la nulidad del actos administrativos demandados, mediante los cuales se negó el reconocimiento de las prestaciones sociales de la accionante en virtud de su labor como docente en el Municipio de los Palmitos - Sucre²⁶.

3. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Consecuencia de la declaratoria de nulidad, deviene el restablecimiento del derecho, que en casos como el que nos ocupa se limita al reconocimiento de las prestaciones sociales que el régimen aplicable tenga previstas para el servidor público²⁷. Así se desprende que lo dispuesto en el artículo 53 de la C.P., en tanto consagra el principio de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos en las normas laborales.

Reconocimiento que acogiendo la tesis del H. Consejo de Estado, se hace a título de reparación del daño, razón por la cual se ordenará que a la demandante se le pague el equivalente a las prestaciones sociales, incluyendo el derecho a vacaciones (compensación en dinero) que percibían los empleados públicos mediante relación legal y reglamentaria a dicha entidad, reconocimiento que debe hacerse con fundamento en los valores pactados por honorarios en cada uno de los contratos u órdenes de prestación de servicios celebrados.

El pago se percibirá por los siguientes periodos: por el año 1992 desde 1 febrero hasta el 30 de noviembre; por el año 1993 del 1 de febrero hasta el 30 de noviembre; y para el año 1994 del 1º de febrero al 30 de noviembre.

²⁵Y es, a esta especial protección al trabajo, a la cual el Despacho le da prevalencia en virtud de mandato constitucional contenido en el artículo 25 de la C. P., sin olvidar igualmente que el trabajo es un derecho fundamental que debe ser garantizado en condiciones dignas y justas, dentro de las cuales esta, el derecho a recibir los beneficios laborales que se generan por la prestación personal de un servicio subordinado.

²⁶ El CONSEJO DE ESTADO, en providencia del 13 de mayo de 2013, expediente No. 05001233100020010363101, Sección II, Subsección B. CP GERARDO ARENAS MONSALVE, al respecto señaló: “Sea lo primero advertir, que la Sala ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos”

²⁷ Más no la condición de empleado Público.

La liquidación la efectuará la entidad demandada, según los parámetros antes dichos, la cual la actualizará conforme a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (Vigencia a la fecha de ejecutoriada la sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada prestacional. Los intereses se pagarán en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

Así mismo, el tiempo de servicios, se tendrá en cuenta para efectos pensionales, razón por la cual la entidad territorial, deberá consignar en el Fondo o Entidad de Seguridad Social que elija la actora el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar en el porcentaje correspondiente a cargo del empleador, durante el término de la vinculación laboral con el municipio de los Palmitos - Sucre²⁸.

Igualmente, no hay lugar a declarar la prescripción como excepción de oficio, porque el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada²⁹. En igual sentido, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Sucre en providencia del 4 de septiembre

²⁸“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” Ídem 56.

²⁹Sentencia del 19 de febrero de 2009. C. E. Ponente. Berta Lucia Ramírez. Expediente 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05), la Sección Segunda del Consejo de Estado ha venido señalando que: “En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.....; Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.” Tesis que ha sido reiterada entre otras en la sentencia del 1º de julio de 2009 expediente 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08)

de 2014³⁰ mediante la cual se apartó de posición asumida por el H. Consejo de Estado a través de sentencia del nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014)³¹, en el entendido que el término extintivo de los derechos laborales de los trabajadores comienzan a correr una vez sean reconocidos, la que en los casos de contrato realidad, nacen con la sentencia, al ser la misma constitutiva del derecho que se reclama.

4. 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 General del Proceso.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, 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 demandante, en porcentaje del CINCO (5%) por ciento de las pretensiones reconocidas, conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

6. 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: DECLARAR la nulidad del **acto administrativo contenido en el oficio N° 100** de fecha 20 de febrero de 2013, proferido por el Municipio de los Palmitos - Sucre, en cuanto negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del señor **WILBERTO MANUEL MEDINA MONTESINO**, con fundamento en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR al **MUNICIPIO DE LOS PALMITOS - SUCRE** a pagar al actor a título de reparación del daño, el valor equivalente a las prestaciones sociales

³⁰ Sentencia de Segunda Instancia de la Sala Primera de Decisión Oral- MP: Luis Carlos Álzate Ríos.- radicado: 2013-0018-01- accionante: Brenda Ildelfonsa Arias- accionado: municipio de Sincelejo.

³¹ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección 2da- Subsección A- CP: Luis Rafael Vergara- Radicado: 20001-23-31-000-2011-00142-01(0131-13); Demandante: Rosalba Jiménez Pérez & Otros- Demandado: Departamento del Cesar.

comunes devengadas por los empleados públicos mediante relación legal y reglamentaria a dicha entidad, durante el periodo que prestó sus servicios, es decir, por el año 1992 desde 1 febrero hasta el 30 de noviembre; por el año 1993 del 1 de febrero hasta el 30 de noviembre; y para el año 1994 del 1º de febrero al 30 de noviembre; sumas liquidadas conforme al valor pactado en los contratos de prestación de servicios, al igual que serán ajustadas conforme quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia.

El tiempo laborado por la señor **WILBERTO MANUEL MEDINA MONTESINO** bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios y/o ordenes laborales, se debe computar para efectos pensionales; en consecuencia, se condena al **MUNICIPIO DE LOS PALMITOS - SUCRE** a que consigne en el Fondo o Entidad de Seguridad Social que elija el actor el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar durante el término de la vinculación laboral en el porcentaje correspondiente al empleador.

TERCERO: CONDENASE en costas a la parte demandada, por Secretaría tásense. Las agencias en derecho se establecen a favor de la parte demandante, en porcentaje del CINCO (5%) por ciento de las pretensiones reconocidas, conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

CUARTO: La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

QUINTO: En firme este fallo, devuélvase al 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.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA SANCHEZ DE PATERNINA

JUEZ