



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, tres (3) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Ref.	Conciliación Prejudicial
Radicación N°.	70-001-33-33-003- 2021-00049-00
Demandante:	José Luis Puentes Cervantes.
Demandado:	Empresa Social del Estado de I nivel San Juan de Betulia - Sucre.
ASUNTO:	Requisitos de aprobación de conciliación prejudicial

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Despacho a realizar control judicial sobre el acuerdo conciliatorio contenido en el acta de fecha 24 de marzo de 2021, celebrada en la Procuraduría 164 Judicial II para Asuntos Administrativos.

1. ANTECEDENTES:

1.1. LA SOLICITUD DE CONCILIACIÓN PREJUDICIAL.

El señor **JOSÉ LUIS PUENTES CERVANTES** a través de apoderado presentó ante la Procuraduría 164 Judicial II para Asuntos Administrativos de Sincelejo, solicitud para realizar audiencia de conciliación prejudicial, en la cual se convocaría a la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DE I NIVEL SAN JUAN DE BETULIA**, para efecto de que se declare la nulidad del oficio N° 108 del 13 de octubre de 2020, y que a título de restablecimiento del derecho se le paguen a la parte convocante las prestaciones sociales y aportes de seguridad social en salud y pensión, a los que afirma tiene derecho por desempeñarse en el cargo de Jefe de Presupuesto vinculado mediante contratos de prestación de servicios.

1.2. LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y EL ACUERDO LOGRADO.

La audiencia de conciliación en la modalidad no presencial fue celebrada el día veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021)¹, en la Procuraduría 164 Judicial II para Asuntos Administrativos de Sincelejo, llegando las partes a un acuerdo, en atención a que la parte convocada la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DE I NIVEL SAN JUAN DE BETULIA**, a través de su apoderado judicial y aportando el acta del Comité de Conciliación de dicha entidad², fórmula propuesta de acuerdo conciliatorio a la parte convocante en los siguientes términos:

"Empresa Social del Estado de II Nivel San Juan de Betulia"

Carlos Adolfo de la Ossa Buelvas actuando como apoderado de la **Empresa Social del Estado de II Nivel San Juan de Betulia** manifiesta que de conformidad con las directrices aprobadas por el Comité de Conciliación de la E.S.E San Juan de Betulia, la posición de esta entidad es CONCILIAR. Los parámetros de la propuesta son los siguientes:

*Teniendo en cuenta que la **Empresa Social del Estado de II Nivel San Juan de Betulia**, mediante la resolución No. 283 del 28 de abril de 2017 reconoció y pagó las prestaciones sociales a que tenía derecho el señor José Luis Puentes Cervantes, correspondientes a las vigencias*

¹ Fls. 125 - 134, ver TYBA.

² Fls. 112 - 123, ver TYBA.

2013-2014, en cuanto al periodo marcado entre el 2 de enero de 2015 al 31 de mayo de 2020, se tiene que Puentes Cervantes radicó el 18 de enero ante este descentralizado derecho de petición solicitando el reconocimiento y pago de los derechos laborales que dice él le correspondían y se le causaron por la prestación de sus servicios en las vigencias 2015-2016-2017, escrito que interrumpió la prescripción tal como lo establece el artículo 41 del decreto 3135 de 1968. A partir de lo dicho, en procedencia y con el fin de evitar una demanda contenciosa administrativa bajo el medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho que provocaría un desgaste a la entidad, considera que se puede conciliar el presente asunto en los siguientes términos:

La E.S.E San Juan de Betulia – Sucre reconoce el derecho a **JOSÉ LUIS PUENTES CERVANTES** por haber laborado al servicio de aquella, en el extremo, desde el 2 de enero de 2015, hasta el 31 de mayo de 2020, por lo tanto reconoce los siguientes derechos laborales:

LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES	
Nombre del empleado:	José Luis Puentes Cervantes
Cédula de ciudadanía:	3.836.202
Cargo:	Jefe de presupuesto
Lugar de trabajo:	E.S.E DE SAN JUAN DE BETULIA
Desde:	2 de enero de 2015
Hasta:	31 de mayo de 2020
Cesantías:	\$11.047.175
Intereses sobre cesantías	\$1.260.169
Indemnización por vacaciones	\$7.516.808
Prima de vacaciones	\$5.369.148
Prima de servicios	\$4.698.959
Prima de navidad	\$10.197.392
Aporte a salud 8.5% patrono	\$9.585.875
Aporte a pensión 12%	\$13.533.000
Indexación	
Intereses moratorios	
TOTAL LIQUIDACIÓN	\$63.208.526

La propuesta fue aceptada por la convocante y el delegado del Ministerio Público conceptuó de manera favorable el acuerdo extrajudicial tal quedó consignado en el mismo acta y ordenó posteriormente, la remisión del expediente mismo a los Jueces Administrativos del Circuito de Sincelejo, para el estudio de legalidad.

2. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO:

2.1. CONTROL DE LEGALIDAD DE CONCILIACIONES PREJUDICIALES POR PARTE DEL JUEZ ADMINISTRATIVO. REQUISITOS DE APROBACIÓN.

La Ley 640 de 2001, en su artículo 24, consagra que la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa, debe ser aprobada o improbadada por el Juez o corporación competente para conocer de la acción respectiva.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tendría que la misma es competencia de este despacho en virtud de la naturaleza del asunto, la cuantía (artículo 155 numeral 6º del C.P.A.C.A.) y el factor territorial (artículo 156 numeral 6º del C.P.A.C.A.).

De conformidad con el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, pueden conciliar, total o parcialmente en las etapas extrajudicial o judicial, las personas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de los medios de control previstos en los artículos 138; 140 y 141 de la Ley 1437 de 2011.

Conforme a la normativa vigente, el juez administrativo en el control de legalidad que le corresponde de conformidad con el artículo 12 del Decreto 1716 de 2009³, para aprobar el acuerdo conciliatorio, deberá previamente verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que no haya operado el fenómeno de la caducidad (artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998- parágrafo 1 artículo 2 del Decreto 1716 de 2009).
2. Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (artículos 59 de la Ley 23 de 1991 y 70 de la Ley 446 de 1998, artículo 2 del decreto 1716 de 2009).
3. Que las partes estén debidamente representadas y que estos representantes tengan capacidad para conciliar⁴.
4. Que los hechos que son el fundamento de la conciliación estén probados dentro del expediente de conciliación, esto es, que el acuerdo cuente con las pruebas necesarias⁵.
5. Que al acuerdo no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público (artículo 65 de la Ley 23 de 1991 y artículo 73 de la Ley 446 de 1998).

2.2. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS EN EL CASO CONCRETO.

1. CADUCIDAD.

En el presente asunto, el medio de control a incoar sería el de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral y el acto administrativo que sería objeto de control judicial, es el N° 108 del 13 de octubre de 2020 y como se evidencia en el expediente la parte convocante presentó la solicitud de conciliación extrajudicial el día 4 de diciembre de 2020, lo que evidencia que no existe caducidad del medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

2. DERECHOS ECONÓMICOS DISPONIBLES POR LAS PARTES.

El acuerdo conciliatorio versa sobre sumas de dinero reclamados por la parte convocante, por concepto prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión que le son adeudados por la Empresa Social del Estado de I Nivel San Juan de Betulia - Sucre; sumas de dinero que al no hacer referencia a derechos mínimos irrenunciables, a la luz de la ley pueden ser objeto de negociación entre las partes.

3. REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES.

La parte convocante actuó por conducto de apoderado judicial, con expresas facultades para conciliar, como se aprecia en el poder obrante en el expediente visto a folio 17 del expediente adjunto a TYBA.

Asimismo, el apoderado judicial de Empresa Social del Estado de I Nivel San Juan de Betulia - Sucre fue facultado expresamente para conciliar (visto a folio 66 del Expediente en TYBA) y se contó con el concepto del comité de conciliación de la entidad, como consta a folios 112 - 123 en el expediente visible en TYBA.

³ **Artículo 12. Aprobación judicial.** El agente del Ministerio Público remitirá, dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la correspondiente audiencia, el acta de conciliación, junto con el respectivo expediente al juez o corporación competente para su aprobación.

⁴ **Artículo 5°. Decreto 1716. Derecho de postulación.** Los interesados, trátese de personas de derecho público, de particulares o de personas jurídicas de derecho privado, actuarán en la conciliación extrajudicial por medio de apoderado, quien deberá ser abogado inscrito y tener facultad expresa para conciliar.

⁵ Ello, como quiera que debe exigirse que exista lo que la jurisprudencia ha denominado "probabilidad de condena", como aspecto complementario a la valoración que haga el juez de los elementos probatorios arrojados al expediente, para establecer que no basta con la constatación de los hechos que fundamentan el acuerdo, sino que además es necesario que se deduzca la probabilidad de declaratoria de responsabilidad de la entidad como consecuencia de ellos, en el evento de que el afectado acuda al ejercicio de las acciones contenciosas.

4. QUE EL ACUERDO CONCILIATORIO CUENTE CON LAS PRUEBAS NECESARIAS, NO SEA VIOLATORIO DE LA LEY O NO RESULTE LESIVO PARA EL PATRIMONIO PÚBLICO:

Los hechos que motivan la solicitud de conciliación y la eventual demanda, se narran por la parte actora, así.

"PRIMERO: Mi poderdante fue vinculado a **LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DE I NIVEL SAN JUAN DE BETULIA** en el cargo de **JEFE DE PRESUPUESTO** mediante la modalidad de Contratos de Prestación de Servicios u Órdenes de prestación de Servicios, convirtiéndose en un funcionario de hecho de la Entidad, debido a que se implementó la figura de Contratación por prestación de Servicios Profesionales señaladas en la ley 80 de 1993 con la finalidad de desdibujar y desnaturalizar la relación laboral, en aras de evadir el pago de salarios y prestaciones sociales, aduciendo la calidad de Contratista, el periodo vinculado por **LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DE I NIVEL SAN JUAN DE BETULIA** mediante esta modalidad fue del 4 de enero de 2013 hasta el 31 de mayo de 2020 fecha en que fue desvinculado sin mediar justificación alguna.

SEGUNDO: durante toda la relación laboral que ha sostenido el señor **JOSE LUIS PUENTES CERVANTES** con la Entidad, suscribió Contratos de Prestación de Servicios Profesionales u Órdenes de Prestación de Servicios Profesionales, figura esta utilizada por la Entidad con el objeto de evadir el pago de salarios y prestaciones sociales, pero en la práctica mi poderdante cumplía funciones propias de un empleado público, por ende tendrían derecho en principio a gozar del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, debido a que en la práctica no era Contratista sino un verdadero empleado público de hecho o de investidura irregular.

TERCERO: El señor **JOSE LUIS PUENTES CERVANTES** durante el tiempo de la relación laboral que ha tenido con la Entidad, nunca fue afiliado al Régimen de Seguridad Social Integral en Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales, ni le cancelaron en forma integral el salario y mucho menos las prestaciones sociales a que tienen derecho los empleados públicos de conformidad con el régimen jurídico aplicable.

CUARTO: La remuneración salarial del señor **JOSE LUIS PUENTES CERVANTES** fue de UN MILLON NOVECIENTOS DIEZ MIL PESOS M/CTE (\$1.910.000.00),

QUINTO: El señor **JOSE LUIS PUENTES CERVANTES** cumplía horario de trabajo en el periodo comprendido del 4 de Enero de 2013 hasta el 31 de mayo de 2020, de Lunes a Viernes de 8:00 A.M a 12: 00M y de 2:00 P.M. a 6:00P.M.

SEXTO: Así mismo, el señor **JOSE LUIS PUENTES CERVANTES** contaba con una oficina dotada de todos los elementos propios de la entidad que le permitía la realización de sus funciones.

SEPTIMO: Mi poderdante recibía las órdenes directas del Gerente de **LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DE I NIVEL SAN JUAN DE BETULIA**

OCTAVO: La Entidad citada le adeuda a mi poderdante la liquidación de las prestaciones sociales a que tienen derecho los empleados públicos.

NOVENO: Al momento de finalizar la relación laboral la Entidad citada no canceló las prestaciones sociales que por ley tiene derecho mi prohijado en su calidad de funcionario de hecho de la administración, en consecuencia, el empleador no canceló a su empleado los valores correspondientes a cesantías, así como los intereses de las cesantías, correspondientes a todo el tiempo de duración de la relación laboral. Mi poderdante estuvo vinculado a la Administración del 4 de Enero de 2013 hasta el 31 de mayo de 2020, fecha en que le dieron por terminada la relación laboral sin mediar justificación alguna

DECIMO: Dentro de la relación laboral que surge de la realidad de los hechos, dada la continuidad en el cumplimiento de las funciones que le son propias al cargo de **JEFE DE PRESUPUESTO**, y al cumplimiento de horarios, así como el recibo de órdenes y funciones aparece igualmente de bulto el elemento subordinación que existe para con **LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DE I NIVEL SAN JUAN DE BETULIA**. El empleado o funcionario de hecho de la Administración cumplía en forma personal, de manera cabal y honesta con sus labores y funciones en el cargo de **JEFE DE PRESUPUESTO** del 4 de Enero de 2013 hasta el 31 de mayo de 2020, así mismo recibía unos honorarios que en la práctica se traducen en salarios, por tal razón existe una verdadera relación laboral en la práctica, que fue desnaturalizada de mala fe por parte del nominador, con la finalidad de evadir la obligación legal que le asiste de reconocer el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales.

DECIMO PRIMERO: por medio de la Resolución No.023 de fecha 30 de enero de 2015, el gerente de la Empresa Social del Estado de San Juan de Betulia, reconoció y pago las prestaciones sociales al señor **JOSE LUIS PUENTES CERVANTES** por prestar sus servicios personales como Jefe de Presupuesto bajo la modalidad de Contratos de Prestación de Servicios Personales en forma directa No. 071-2013 (01/01/2013 – 28/02/2013, 078-2013 (01/03/2013 – 31/03/2013) y 0181-2013 (02/09/2013 – 31/12/2013)

DECIMO SEGUNDO: de la misma forma el Gerente de la Empresa Social del Estado de San Juan de Betulia, reconoce y ordena el pago de las prestaciones sociales de la vigencia 2014 al señor **JOSE LUIS PUENTES CERVANTES** por prestar sus servicios personales como Jefe de Presupuesto bajo la modalidad de Contratos de Prestación de Servicios Personales en forma directa No. 01-2014 (02/01/2014 – 30/06/2014); 99-2014 (01/07/2014 – 31/08/2014) y 179-2014 (01/09/2014 – 31/12/2014) mediante la Resolución No. 0283 del 28 de abril de 2017.

DECIMO TERCERO: aunando lo anterior, se tiene que el señor **JOSE LUIS PUENTES CERVANTES** en la practica no era Contratista sino un verdadero empleado publico de hecho o de investidura irregular, por lo que se solicita su REINTEGRO al cargo de JEFE DE PRESUPUESTO que venia desempeñando en la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DE 1 NIVEL DE SAN JUAN DE BETULIA, del cual no debió ser desvinculado.

DECIMO CUARTO: El 31 de agosto de 2020 se inicia ante el Gerente de **LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DE I NIVEL SAN JUAN DE BETULIA**, actuación Administrativa al radicar petición, recibiendo respuesta mediante Oficio N. 108 de fecha 13 de octubre de 2020, emanado del despacho del Gerente de **LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DE I NIVEL SAN JUAN DE BETULIA** Dr. **FELIPE NERIS AGUAS ALVAREZ**”

Para fundamentar probatoriamente la conciliación, se aportaron las siguientes documentales anexas a la solicitud de conciliación prejudicial:

- Petición radicado ante el despacho del Gerente de la E.S.E. SAN JUAN DE BETULIA el 04 de septiembre de 2020⁶.
- Oficio N° 108 del 13 de octubre de 2020, expedido por el Gerente de la E.S.E. de I Nivel San Juan de Betulia - Sucre⁷.
- Copia de la Resolución N° 023 de 2015 expedida por el Gerente de la E.S.E. de I Nivel San Juan de Betulia - Sucre que reconocen y ordenan pagar prestaciones sociales al señor José Luis Puentes Cervantes vigencia 2013⁸.
- Copia de la Resolución 0283 de 2017 expedida por el Gerente de la E.S.E. de I Nivel San Juan de Betulia - Sucre que reconocen y ordenan pagar

⁶ Fls. 18 - 23, ver TYBA.

⁷ Fls. 25 - 26, ver TYBA.

⁸ Fls. 31 - 36, ver TYBA.

prestaciones sociales al señor José Luis Puentes Cervantes vigencia 2014⁹.

- Acta del Comité de Conciliación de la E.S.E.DE SAN JUAN DE BETULIA. Del 16 de marzo de 2021, adjunto la liquidación de la propuesta de conciliación¹⁰.

LA TEORÍA DEL CONTRATO REALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO.

El artículo 53 de la Constitución Política establece el principio protector conocido como primacía de la realidad en las relaciones laborales, según el cual, la materialización, desarrollo y/o ejecución de la labor contratada se imponen sobre aquella formalidad que se haya pactado inicialmente por los sujetos o partes de una relación, queriendo ello decir, que sea cualquiera la modalidad de contratación adoptada formalmente, sí en la práctica se reúnen y prueban las condiciones necesarias de una relación laboral (prestación personal del servicio, salario y subordinación) esta debe ser reconocida y privilegiada sobre la formalidad.

El Consejo de Estado señala que, "se ha denominado contrato realidad aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma"¹¹.

La Sala Laboral del Consejo de Estado, sobre el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, ha señalado que, "el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no contiene una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio que traslade a la entidad contratante la carga de probar que el contratista ejecutó el objeto contractual con autonomía e independencia"; por consiguiente, si el contratista recurre a la jurisdicción, está en la obligación de desvirtuar la naturaleza del contrato estatal, como quiera que es él quien está llamado a demostrar los elementos esenciales o configurativos de una verdadera relación laboral"¹².

La Corte Constitucional, por su parte, ha señalado que para que el contrato realidad 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"¹³.

Por ello, si bien el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pone de manifiesto que el contrato estatal de prestación de servicios, no sólo está autorizado para situaciones que se consideren excepcionales, sino también para aquellas actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, esto es, que tengan que ver con el giro ordinario de sus actividades u objeto social, debe aclararse que en la medida en que mediante la celebración de este tipo de contratos se esconda o encubra una verdadera relación laboral con el propósito de desconocer derechos laborales, o en su defecto se celebren para la ejecución de actividades permanentes o misionales, en donde la materialización de la actividad o servicio contratado muestra la existencia de los tres elementos de una relación laboral, en especial el elemento subordinación, siendo una situación completamente distinta a lo establecido en el acto contractual, habrá lugar a la declaratoria de existencia de una relación laboral.

⁹ Fls. 46 - 51, ver TYBA.

¹⁰ Fls. 112 - 123, ver TYBA.

¹¹ Consejo de Estado, Sección II Subsección B, Sentencia del 4 de febrero de 2016. Radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15). C. P. Sandra L. Ibarra.

¹² Ídem nota 15.

¹³ Sentencia C-154-1997.

Por consiguiente, quien pretenda ser arropado por la teoría del contrato realidad en el sector público, asume la carga probatoria de traer al plenario los elementos que demuestren la desnaturalización del vínculo contractual público, pues en principio, la celebración del contrato estatal se entiende celebrado bajo la presunción legal de no dar lugar al pago y reconocimiento de salarios y prestaciones sociales, como lo indica el parágrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que reza: "en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable".

En ese norte, la tarea probatoria radica en demostrar la existencia de los tres elementos de una relación laboral, partiendo de la premisa que la prestación personal del servicio cuando se trata de la teoría del contrato realidad en sector público, trae una connotación especial, y es que el ejercicio de dicho servicio debe tener origen en un contrato estatal, bajo el entendido, que ello es lo que se pretende desvirtuar, desnaturalizar o desdibujar.

Como aspecto fundamental entonces, se deberá probar que existió una labor que celebrada y ejecutada en virtud de la formalidad de un contrato estatal por razón de la materialización de la misma, emergió subordinada, puesto que en el contrato de prestación de servicios la característica determinante es que la actividad personal contratada se realiza por cuenta propia y con autonomía del contratista, tema específico sobre el cual, la misma Corporación expresó:

*"Sobre el elemento en particular de la subordinación laboral, la Corte ha manifestado que es el "poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos. Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél."*¹⁴(Subrayado fuera del texto)

*Así pues, la figura jurídica de la subordinación implica por lo tanto la aptitud que tiene el empleador para impartir órdenes al trabajador que condicionan la prestación del servicio, relacionadas con el comportamiento que tiene que tener el empleado durante el desempeño de sus funciones y con la forma de realizar sus labores"*¹⁵.

Se ha indicado que la subordinación se configura cuando se acredita el desempeño de labores y actividades públicas en las mismas situaciones y condiciones de dependencia de cualquier otro funcionario público¹⁶, por lo cual, no es suficiente que se aporte como prueba la sola suscripción del contrato, porque siempre será necesario corroborar que en la ejecución se dio de manera subordinada, porque la sola prestación del servicio, no es un elemento único de la relación laboral y por tanto no se puede tomar como punto de partida para realizar construir enunciados probatorios acerca de la existencia del contrato realidad.

Ahora bien, no se descarta que por el tipo de actividad materializada analizada desde el punto de vista funcional, se pueda en algunos casos a partir de indicios

¹⁴ Sentencia C-386 de 2000. Posición reiterada en las sentencias T-523 de 1998, T-1040 de 2001 y C-934 de 2004.

¹⁵ Sentencia T-063 de 2006.

¹⁶ "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" CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, RADICADO 050012331000199901406 01.

concluir que el elemento subordinación¹⁷ esta ínsito en la misma actividad desplegada, o conlleva el ejercicio de funciones relacionadas con el giro misional de la entidad, o su permanencia y continuidad dan lugar la ejecución de funciones permanentes por contrato de prestación de servicios lo cual se encuentra prohibido¹⁸⁻¹⁹. En tal sentido, la facultad de contratación, tiene una limitante en la medida que no puede ser utilizada para encubrir o enmascarar relaciones permanentes que configuren relaciones laborales subordinadas²⁰.

Ahora bien, para que proceda el reconocimiento es menester considerar que con la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 5 de 2016, del 25 de agosto de 2016, proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado²¹, donde luego de un extenso y riguroso análisis del devenir de la teoría del contrato realidad en la Sección, se unificó postura sobre el término prescriptivo de la reclamación, los derechos a reconocer y la condición de su reconocimiento, así como la imprescriptibilidad del derecho a reclamar aportes pensionales derivados del contrato realidad:

"3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales: i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo 70 Decreto 2277 de 1979, "por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente", artículo 36: "Derechos de los educadores. Los educadores al servicio oficial gozarán de los siguientes derechos: (...) b. Percibir oportunamente la remuneración asignada para el respectivo cargo y grado del escalafón; (...)": 35 contractual. ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad. iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional. iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de

¹⁷ Amén de aquellas labores donde la subordinación se encuentra ínsita en el desarrollo de la misma, como es el caso de los docentes, vigilantes.

¹⁸ Consejo de Estado, sentencia del 15 de mayo de 2013, Sección II Subsección B, Radicación: No. 05001233100020010363101. CP. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁹ El artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, dispuso: "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"

²⁰ Sentencia del 15 de junio de 2011, expediente No. 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10).Consejo de Estado, Sección II Subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Igualmente, Consejo de Estado, sentencia del 15 de mayo de 2013, Sección II Subsección B, Radicación: No.05001233100020010363101. CP. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del Consejo de Estado. M.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. Bogotá, 25 de enero de 2001. Expediente: 1654-2000. Igualmente, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 30 de junio de 2011, C.P. Gerardo Arenas Monsalve

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Radicación No. 23001233300020130026001. C. P. Carmelo Perdomo C. Actor: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL Demandado: MUNICIPIO DE CIÉNAGA DE ORO (CÓRDOBA)

control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA). v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables. vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral). vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador. De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) **el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados**".

Por consiguiente, 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 el 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 desvirtuar la presunción del artículo 32 de la ley 80 de 1993²².

Ahora bien para acreditar en sede prejudicial el contrato realidad, se aporta una certificación de fecha 18 de septiembre de 2020 suscrita por el Profesional Grado 5 con funciones de recursos humanos y de tesorería de la ESE CENTRO DE SALUD DE BETULIA²³, en la que se hace constar la temporalidad de los contratos de prestación de servicios suscritos por el señor JOSÉ LUIS PUENTES CERVANTES con la entidad hospitalaria, detallando asimismo, el valor percibido como honorarios pactados como retribución por la prestación personal de sus servicios como jefe de presupuesto vinculado por contratos de prestación de servicios, los cuales dicho sea de paso no se aportaron, siendo ello necesario para establecer sino se trata de regularizar hechos cumplidos, lo cual no esta permitido.

Con esta prueba documental, solo se logra acreditar la prestación personal del servicio más no la subordinación, porque no se aportan elementos de juicio que permitan concluir, como se afirma en la solicitud de conciliación prejudicial, que existió cumplimiento de ordenes y horarios impuestos directamente por los directivos de la empresa social del Estado, es más a juicio de este despacho no existe prueba de la materialización de sus funciones como jefe de presupuesto²⁴.

²² "Ahora bien, sobre la forma de demostrar los tiempos de vinculación, esta Subsección debe advertir que los periodos objeto de reconocimiento judicial por la configuración del contrato realidad, deben ser aquellos efectivamente acreditados a través del medio de prueba idóneo, siendo este, por regla general, el contrato o la orden de prestación de servicios el elemento de convicción que permite llegar al juez al grado de certeza sobre los extremos temporales de la vinculación con el Estado." CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00689-01(3300-14)

²³ Folios 28 y 29.

²⁴ "La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que cuando el objeto del contrato versa sobre el desempeño de funciones de carácter permanente y en el proceso se demuestra que hubo subordinación o dependencia respecto del empleador, surge el derecho al pago de prestaciones[56], porque de lo contrario se afectan los derechos del trabajador". Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Nicolás Pájaro Peñaranda, sentencia de 18 de noviembre de 2003, expediente: IJ-0039, actor: María Zulay

Al margen de lo anterior, si se asumiera que de la sola suscripción del contrato por el tipo de actividad desplegada acorde con la prueba documental antes referida se podría inferir la existencia del elemento subordinación, debe indicar este despacho judicial, que el acuerdo conciliatorio adolece de otras falencias desde el punto de vista probatorio y económico que hacen inviable su aprobación judicial, por cuanto ello, afectaría el patrimonio público.

En efecto, revisado el acuerdo conciliatorio y el acta de conciliación que lo contiene, estima el despacho que el mismo no puede ser aprobado por esta instancia judicial, con fundamento en las siguientes razones:

Cuando se trata de liquidar prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho en virtud del reconocimiento judicial de un contrato realidad derivado de la celebración de contratos de prestación de servicios²⁵, las sub reglas establecidas por la sentencia de unificación del Consejo de Estado en su sala plena de sección segunda demarcan que las mismas deben ser liquidadas exclusivamente sobre la base de los honorarios pactados en cada uno de los contratos de prestación de servicios celebrados por las partes, sin incluir factores salariales alguno, porque ello no se extiende o encuentra comprendido dentro del restablecimiento del derecho (ello solo incluye el regimen prestacional más no el salarial), dado que no existe nivelación salarial entre los empleados de planta y el personal vinculado a través de contratos de prestación de servicios²⁶.

De la misma forma, debe recordarse que por el hecho de que se declare judicialmente la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, lo cual no acaece en el presente asunto.

En ese norte revisada la liquidación presentada por la la convocante, la realizada por el comité de conciliación (concepto del 16 de febrero de 2021) y la vertida en el texto del acta de conciliación celebrada el 24 de marzo de 2021 en la Procuraduría 164 II para asuntos administrativos se advierte claramente que al momento de efectuar la liquidación de los emolumentos prestacionales (cesantías, intereses de cesantías y demás reconocidos en la conciliación) se incluyeron porcentajes adicionales correspondientes a factores salariales que no debieron ser incluidos (1/12 prima servicios, 1/12 prima de vacaciones, 1/12 prima de navidad), porque ello es contrario al precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado, respecto de la remuneración que se se debe tomar como base para liquidar prestaciones en aplicación de la tesis del contrato realidad.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la Sala Laboral del Consejo de Estado ha señalado que los derechos que surgen de aplicar el principio de la primacía de la realidad a la vinculación por contratos de prestación de servicios estatales (teoría del contrato realidad en el sector público) se deben liquidar sobre los honorarios pactados en cada uno de los contratos celebrados²⁷, tal como se puede apreciar en sentencia del 3 de octubre de 2019, radicado 73001233300620120019501 (001514), providencia en la que la Sección

Ramírez Orozco. Reiterado en CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS Bogotá D.C., cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 05001-23-31-000-2004-06114-01(2656-13) Actor: TERESA DE JESÚS PALACIO RAMÍREZ Demandado: ÁREA METROPOLITANA DEL VALLE DE ABURRÁ

²⁵ Como sería el evento en que prosperaran las pretensiones de la demanda que se intentan conciliar prejudicialmente.

²⁶ Sobre la improcedencia de la nivelación salarial con el personal de planta como consecuencia del reconocimiento del contrato realidad, ver Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 2 de febrero de 2006. Rad 0800-1233-1000-1996-11550 (4250-2005).

²⁷ Ibídem 22.

Segunda recordó que el ingreso sobre el cual se deben calcular las prestaciones dejadas de percibir corresponderá a los honorarios pactados.

De la misma manera, advierte el despacho que existe orfandad probatoria respecto de los dineros que por concepto de aportes a pensión y salud se pretende conciliar y pagar directamente el trabajador.

En la sentencia de unificación jurisprudencial sobre contrato realidad citada previamente, el Consejo de Estado frente a esta pretensión ha indicado lo siguiente:

“Por último, resulta oportuno precisar que la imprescriptibilidad de la que se ha hablado no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador”

En el presente asunto, no existe prueba respecto de las cotizaciones que el solicitante de la conciliación como contratista de la ESE SAN JUAN DE BETULIA realizó en vigencia de su relación contractual y que pretende le sean devueltos.

En ese orden, debe concluir este despacho que el reconocimiento patrimonial conciliado es contrario a los precedentes jurisprudenciales del CONSEJO DE ESTADO y de la misma forma, es lesivo para el patrimonio público, pues se aprobaría una suma superior a la realmente, en caso de existir prueba del contrato realidad le correspondería al convocante como restablecimiento del derecho.

Con referencia a la conciliación en materia contenciosa administrativa, el Consejo de Estado ha determinado:

“Entratándose de materias administrativas contenciosas para las cuales la ley autoriza el uso de este mecanismo, dado el compromiso del patrimonio público que le es inherente, la ley establece exigencias especiales que debe tomar en cuenta el juez a la hora de decidir sobre su aprobación.

Entre dichas exigencias, la ley 446 de 1998, en el último inciso del art. 73, prescribe que el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en “las pruebas necesarias” que permitan deducir una alta probabilidad de condena contra el Estado - en el evento de que el interesado decidiese ejercitar las acciones pertinentes -, de modo tal que lo acordado no resulte lesivo del patrimonio público o violatorio de la ley.

Sin que sea necesario construir un complejo razonamiento jurídico, es claro que en el presente caso el acuerdo logrado por las partes puede ser lesivo para los intereses de la administración, pues, de las pruebas allegadas al expediente no se puede deducir, con claridad, la existencia de la obligación que es objeto de conciliación, a cargo del ente público...

A título de reflexión final, vale la pena advertir que la conciliación contenciosa administrativa constituye, sin duda, un mecanismo valioso en

la solución de los conflictos en los cuales se ve envuelto el Estado, no solo porque borra las huellas negativas del conflicto sino porque contribuye eficazmente a la descongestión de los despachos judiciales.

Tal circunstancia, sin embargo, no debe hacer perder de vista el hecho de que, a través suyo, se comprometen recursos del erario público cuya disposición no se puede dejar a la voluntad libérrima de los funcionarios sino que requiere del cumplimiento de reglas y exigencias muy severas y precisas que impiden el uso de la conciliación para fines no previstos y no queridos por la ley”²⁸.

En suma, en el presente asunto no se cumplen los requisitos establecidos por la Ley y las sub reglas jurisprudenciales establecidas por el Consejo de Estado, para impartir aprobación al acuerdo conciliatorio celebrado entre José Luis Puentes Cervantes y la Empresa Social del Estado de I nivel San Juan de Betulia, contenido en el acta suscrita el día 24 de marzo de dos mil veintiuno (2021) de la Procuraduría 164 Judicial II para Asuntos Administrativos.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo:**

RESUELVE:

PRIMERO: IMPROBAR la conciliación lograda entre el señor **José Luis Puentes Cervantes**, identificado con la Cédula de ciudadanía No. 3.836.202 y la **Empresa Social del Estado de I nivel San Juan de Betulia** contenida en el acta suscrita el día 24 de marzo de dos mil veintiuno (2021) de la Procuraduría 164 Judicial II para Asuntos Administrativos., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente auto.

SEGUNDO: Por secretaría, **COMUNICAR** a la Procuraduría 164 Judicial II para Asuntos Administrativos, la decisión adoptada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CÉSAR E. GÓMEZ CÁRDENAS
JUEZ

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto 30 de marzo 2000, radicación: 16.116, actor: Hospital Universitario San Rafael. En el mismo sentido ver: auto de dos de noviembre de 2000, radicación: 17.674, actor: DISCON LTDA.; auto de 29 de junio de 2000, radicación: 17.909, actor: José María Pertuz Parra.