República de Colombia

Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito
Sincelejo - Sucre

Carrera 18 No. 20 – 34, Tercer Piso, Edif. Guerra, Teléfono: 2825355

Sincelejo, treinta y uno (31) de julio de dos mil trece (2013)

Sentencia N° 034 de 2013

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: **70-001-33-33-009-2012-00075-00**
DEMANDANTE: **EVER HERNÁNDEZ MENDOZA**
DEMANDADO: **MUNICIPIO DE SAMPUÉS**

Tema: Contrato realidad

1. ASUNTO A TRATAR

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a dictar sentencia del MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO Y DEL DERECHO, interpuesta por EVER HERNÁNDEZ MENDOZA, en contra del MUNICIPIO DE SAMPUÉS, de conformidad con el artículo 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo – CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1 BREVE RESUMEN DE LA DEMANDA.

La parte actora depreca la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. MS-852-2012 de fecha 14 de junio de 2012, recibido el 15 del mismo mes y año, por medio del cual el Municipio de Sampués le negó el reconocimiento y pago definitivo de los derechos laborales prestacionales y salariales.

Como consecuencia de la anterior declaración y título de restablecimiento del derecho se reconozca y pague a favor de la actora el valor correspondiente a factores prestacionales y salariales adeudados por el tiempo laborado esto es, 13 de febrero de 2008 hasta el 28 de diciembre de 2011, tales como cesantías, intereses de cesantías, primas de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, indemnización vacaciones, bonificación por servicios prestados, bonificación especial por recreación, prima de alimentación, auxilio de transporte, indemnización de dotaciones, horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivos, recargos diurnos - nocturnos, compensatorios remunerados, aportes a pensión-salud y subsidio familiar.

Se condene al Municipio de Sampués en gastos y costas.

Fundamenta lo pretendido en los siguientes hechos:

1. El demandante fue contratado por el Municipio de Sampués, según contratos estatales suscritos, para que ocupara el cargo de ayudante del parque automotor del referido Municipio. Que desde la fecha de su vinculación, febrero 13 de 2008, hasta la fecha de terminación del vínculo, diciembre 28 de 2011, cumplió con las funciones asignadas.

2. Que en virtud de la relación laboral reglamentaria sucedida desde el 13 de febrero de 2008 hasta el 28 de diciembre de 2011, en la cual se le daban una serie de órdenes y funciones que debía cumplir, las cuales demostraban subordinación y dependencia laboral, lo cual era contradictorio con las O.P.S., contratadas, se solicitó a la entidad convocada reconocer y pagar, a través de derecho de petición realizado en fecha enero 26 de 2012, lo correspondiente a prestaciones sociales y factores salariales por devengar por el tiempo laborado, fundamentado lo anterior en la sentencia C- 555 de diciembre 06 de 1994, de la Corte Constitucional sobre el Principio de la Primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas, aplicables a las relaciones de trabajo sucedidas en las O.P.S., en concordancia con el Consejo de estado sobre la Desnaturalización de los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral.

3. Que la entidad demandada a través de su representante legal, mediante oficio No. MS-852-2012 de fecha 14 de junio de 2012y con fecha de recibido

junio 15 del mismo año, dijo en respuesta a la petición de reconocimiento y pago de derechos laborales que:

> *"le manifestamos que su relación laboral con esta entidad era como contratista independiente, por tal motivo usted en ningún momento estuvo subordinado al Despacho del alcalde, cuando se desempeñó como contratista del Municipio"*

4. Que en audiencia extrajudicial de conciliación celebrada en la procuraduría delegada pertinente en la fecha de julio 4 de 2012, la entidad demandada no le asistió animo conciliatorio a dicha diligencia, demostrando nuevamente vulneración a los derechos laborales del demandante, en tal diligencia dijo al respecto;

> *"El Municipio no ha celebrado contrato laboral con el señor Ever Hernández Mendoza, si no unos contratos estatales de prestación de servicios y existe una diferencia entre lo uno y lo otro;… para que exista contrato laboral se necesita de los tres elementos esenciales…actividad personal, continua subordinación y salario. En el caso que nos ocupa el señor reunía dos de esos tres elementos; el salario y actividad personal, pero en ningún caso existió la subordinación o dependencia del trabajador, no existía el cumplimiento de horario y no existía la dependencia o subordinación con el empleador en forma directa.*

5. Que el demandado con su conducta tanto en la respuesta al derecho de petición realizado como en la contestación en la audiencia de conciliación, sigue desconociendo argumentos contenidos dentro de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional y Consejo de Estado, mas cuando mediante O.P.S., se escondía una relación laboral reglamentaria con derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y factores salariales pedidos, y se escondía tal relación ya que había subordinación laboral desde el mismo momento en que el actor de una u otra forma recibía órdenes para realizar su trabajo.

Ordenes laborales que eran dadas, según las pruebas testimoniales que se aportan por el señor secretario de Gobierno, por el señor secretario de planeación o infraestructuras, y por el propio alcalde de la entidad o por su subalternos encargados o delegados, demostrando las labores realizadas y cumplidas por el demandante subordinación, continuidad y remuneración, características propias de una relación laboral reglamentaria escondida por el Municipio, durante el lapso de tiempo laborado desde el 13 de febrero de 2008 a 28 de diciembre de 2011, que lo dicho por el convocado en la diligencia de conciliación realizad aes falso, toda vez que las pruebas aportadas demuestran lo contrario, es decir que el demandante si estaba subordinado para cumplir con las labores pactadas, y ello es así, ya que según se desprende de los ismos

contratos, las supervisiones de los mismos estaban a cargo de los señores secretarios de Gobierno y Planeación municipal, y que a la hora de la verdad y de acuerdo a los testimonios solicitados, eran estos funcionarios los que impartían una serie de órdenes para cumplir con su labor, incluso por orden del mandatario local.

6. Que el actor en su condición de ayudante del parque automotor de la entidad demandada, realizó las labores encomendadas desde el horario comprendido entre las 7:00 a.m., hasta las 5:00 p.m., los días lunes a viernes. Labores que cumplió hasta en os días sábados, domingos y festivos, pero con turnos que ameritaban su labor como ayudante del parque automotor hasta con turnos de 12:00 horas seguidas. Tal situación es demostrable con los testimonios solicitados los cuales confirman y demuestran que efectivamente se cumplió con un horario de trabajo.

Labores que fueron impartidas, vigiladas y supervisadas por sus jefes superiores e inmediatos, en este caso por los supervisores encargados de la entidad demandada.

7. Que de acuerdo a la labor contratada, el demandante debía cumplir con las labores estrictamente legales, pero ello no fue así ya que fue obligado a trabajar más de lo que realmente fue contratado, razón por la cual las O.P.S suscritas perdieron su naturaleza y encajaron en la primacía de la realidad sobre las formalidades plenas, constituyendo el contrato realidad con derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

8. Que la entidad demandada deberá reconocer y paga al demandante a manera de restablecimiento del derecho, los derechos laborales solicitados, toda vez que ha pretendido esconder, simular e ignorar una situación reglamentaria de derecho público, la cual se ha circunscrito a la realización de diversos contratos estatales, derivándose de ellos la continuada dependencia laboral, requisito óbice para el reconocimiento y pago de los mismos.

2.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por su parte el extremo pasivo dentro del término procesal, contestó la demanda, manifestando:

El hecho 1° es cierto, en el sentido de que el actor estuvo vinculado contractualmente con esta, pero bajo la modalidad de prestación de servicios, sin que ello acarreara el reconocimiento de una relación laboral, solo se pactó el pago de honorarios.

En relación a que la vinculación del actor fue para ocupar un cargo público alega que no es cierto.

El hecho 2º es parcialmente cierto, en el sentido de que el actor si formulo derecho de petición solicitando el pago de unos derechos que le fueron negados, pues la relación contractual desplegada entre las partes no generó relación laboral, por tanto al contratista no se le impartía órdenes, si no que se le hacían seguimientos a las ejecuciones de del objeto del contrato.

Tiene como cierto lo dicho en el hecho 3º.

El 4º hecho es cierto, pero la conducta asumida por el representante legal del demandado en la audiencia de conciliación no violo derechos laborales al citante, toda vez que este no fue empleado público del municipio, si no contratista independiente.

El hecho 5º No es cierto no se desconoció argumentos jurisprudenciales, si no la insuficiencia probatoria arrimada a la conciliación por parte del apoderado y el actor.

No es cierto lo dicho en el hecho 6º, toda vez que el demandante ejecuto los contratos de prestación de servicios actuando como contratista independiente, sin cumplir horario de trabajo.

No es cierto lo manifestado en el hecho 7º, al contrario de lo que se refiere el actor, por ser supuestamente contratado a labores ilegales que ejecuto de manera obligada en más de lo contratado, entonces ello equivaldría a una relación laboral. Estas afirmaciones son además carentes de sentido lógico, un sofisma para esconder la falta de evidencia de sus pretensiones.

No es cierto lo dicho en el hecho 8º, pues este condensa la pretensión principal del actor y su apoderado luego afirma, que el ente demandado pretende

esconder, simular, e ignorar una situación legal y reglamentaria de derecho público, por lo tanto bajo esta premisa se hará la defensa del demandado.

En ese sentido, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y solicita no acceder a estas. Fundamenta su negativa manifestando que al controvertir los hechos de la demanda, se reseñó la autonomía con que estaba asistido el contratista para ejecutar el objeto contractual, pero, la ejecución de este, dentro de horarios de trabajo o jornada laboral no es una irregularidad dentro de esta clase de contratos de prestación de servicios que pueda transformarlos en un contrato laboral, citando la sentencia IJ-39 de 18 de noviembre de 2003 del H. Consejo de Estado.

Por último, hace referencia a la clasificación de los empleos públicos, citando y transcribiendo apartes de la Ley 909 de 2004, y de esa manera concluye que la actividad desplegada por el demandante en la ejecución de los contratos de prestación de servicios del presente caso, no es atribuible al de un empleado público de la alcaldía de Sampués, tiene su fundamento en que estas no hacen parte del manual de funciones de la alcaldía , como tampoco existe dentro de las planta de personal cargos para asumir estas actividades, por tanto si no es asimilable su despliegue como contratista al de un empleado público, y sus ejecutorias, aunque como contratista independiente, fueron del resorte y mantenimiento de obras públicas, es imposible para el despacho fallar de fondo el presente asunto, toda vez que la competencia la tiene la jurisdicción ordinaria.

3. TRÁMITE PROCESAL

3.1 AUDIENCIA INICIAL

Admitida la demanda[1], notificadas las partes[2] y contestada la demanda en término[3], se procedió a realizar audiencia inicial el 08 de mayo de 2013[4],

[1] Auto de fecha 13 de noviembre de 2012.(Fol. 98)
[2] Folios 99, 105 a 107, 179 a 180
[3] Folios 108 a 119.
[4] Folios 191 y 192

previa convocatoria mediante auto[5], diligencia que fue aplazada[6] y celebrada el 21 de mayo de 2013[7].

En dicha audiencia, se realizó el saneamiento del proceso, se fijó el litigio concluyéndose que el punto central de la Litis es determinar si entre el demandante y la entidad demandada existió un vínculo laboral y por lo tanto existe la obligación de pagar las prestaciones sociales dejadas de percibir durante el tiempo que laboró, o si por el contrario no existió tal relación laboral existiendo un vínculo basado en un contrato de prestación de servicios.

Se realizó la etapa de conciliación la cual fue declarada fallida por no asistir el representante de la entidad demandada. Se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

Se fijó fecha para audiencia de pruebas para el día 19 de junio de 2013 a las 9:00 a.m.

3.2 AUDIENCIA DE PRUEBAS

Celebrada en el día y hora señalado[8], se escuchó la declaración de los tres testigos citados, el señor Edwin Anselmo Peñates Contreras (Minuto 6:22), Obed Eugenio Hernández Becerra (Minuto13:58) y el señor David Rafael Arroyo Díaz (Minuto 29:43).

Por último, se ordenó mediante auto dentro de la audiencia de pruebas, la presentación por escrito de los alegatos de conclusión.

3.3 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte demandante, dentro del término, presentó sus alegatos.

Expresó que en el presente caso, la entidad demandada ha violado la Ley y mucho más la Constitución Nacional, pues en el plenario está demostrado que

[5] Auto de 18 de abril de 2013. (Fol. 183)
6 Folio 191
7 Folio 197 a 199
[8] Folio 209 a 211.

efectivamente el demandante laboró para el Municipio de Sampués, mediante órdenes de prestación de servicios las cuales en un principio cumplieron con la labor asignada, pero sucesivamente se fueron tornando en una verdadera relación laboral, hasta el punto de asignarle nuevas funciones no detalladas en las ordenes descritas, tal como lo reafirman los testimonios recepcionados, por lo tanto dentro del presente asunto se demostraron los elementos de una verdadera relación laboral.

Por su parte, la entidad demandada se ratifica en los argumentos esbozados al momento de la contestación de la demanda, tanto en el acápite de los hechos que se constaron, como en los argumentos o razones de la defensa, para que el Despacho proceda a verificar lo allí expresado, lo cual complementa el derecho o razón que le asiste al municipio demandado para oponerse a los hechos y pretensiones de la demanda.

El Ministerio Público no emitió concepto alguno.

4. CONSIDERACIONES

4.1 PROBLEMA JURÍDICO.

Consiste en establecer si entre el demandante y la entidad demandada existió un vínculo laboral y por lo tanto existe la obligación de pagar las prestaciones sociales dejadas de percibir durante el tiempo que laboró, o si por el contrario existió un vínculo basado en un contrato de prestación de servicios.

4.2 TESIS DEL DESPACHO.

Para el Despacho resulta claro que existió una relación laboral entre el señor EVER HERNÁNDEZ MENDOZA y el MUNICIPIO DE SAMPUÉS, conforme al material probatorio aportado, los testimonios escuchados y el precedente jurisprudencial reiterado por el Consejo de Estado, en casos similares al estudiado.

4.3 EL CONTRATO REALIDAD

El artículo 32 de la Ley 80 definió en su numeral tercero el contrato de prestación de servicios, así:

> ***3o. Contrato de Prestación de Servicios.***
> *Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.*
>
> *En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.*

Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la H. Corte Constitucional mediante Sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Doctor Hernando Herrera Vergara: *"salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada"*, lo que significa que el trabajador puede acudir en vía judicial, a controvertir lo plasmado en el contrato, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, consagrado por el artículo 53 de la Constitución Política:

> ***ARTICULO 53.*** *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho;* ***primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales****; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*
>
> *El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.*
>
> *Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.*
>
> *La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. (Subrayas nuestras)*

La Honorable Corte Constitucional, en la citada sentencia, se refirió a este principio, manifestando:

> *"El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal. De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del "contratista convertido*

en trabajador" en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales."

En la sentencia, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y el de prestación de servicios, resaltando los elementos esenciales de cada uno de ellos y sin los cuales deviene en uno diferente, como se lee en el siguiente aparte:

> *"b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas. Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.".*

Por su parte el Consejo de Estado en su Sección Segunda[9], habla sobre el tema del principio de la primacía de la realidad en un contrato de prestación de servicios:

> *El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado[10]*
>
> Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza *"...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.".* De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

Con respecto a los elementos de prueba para demostrar la relación laboral, se manifestó en la misma sentencia por parte del Consejo de Estado:

> 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

---

[9] CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Sentencia de 16 de febrero de 2012. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 41001-23-31-000-2001-00050-01(1187-11)

[10] Cita del texto: "Ibídem", se refiere a la siguiente cita: "Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara"

> pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.
>
> *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 establecidos por la jurisprudencia,*[11] *para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.*

Con relación a la calidad de empleado público, el Consejo de Estado es claro al manifestar que por el hecho de reconocer la relación laboral no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado la misma Corporación[12], sin embargo esto no obsta para que se le reconozcan a manera de indemnización las prestaciones sociales dejadas de percibir basados en los honorarios recibidos.

> *El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas…*
>
> *Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a titulo de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia".*[13]*.*

Con respecto a las prestaciones sociales a reconocer, en sentencia ya citada se ha manifestado, el Consejo de Estado acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas. Unas son las que debe cancelar directamente el empleador como son entre otras las primas y las

---

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

[12] Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda: "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."

[13] CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Radicación 3074-05.

cesantías y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización, en este caso, el empleador debe pagar la cuota parte que dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista.[14]

En suma, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre que, además de la prestación personal del servicio y la remuneración o retribución del mismo, ha tenido también lugar la subordinación o dependencia respecto del empleador, tercer elemento esencial de la relación laboral que confiere el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Es importante resaltar, que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no conlleva la condición de empleado público pues, como lo ha reiterado el H. Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el solo hecho de trabajar para el Estado pues *"(…) para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley (…)".* [15]

4.4 DEL PRESENTE CASO:

4.4.1 LA PRESTACIÓN PERSONAL Y LA REMUNERACIÓN.

El señor EVER HERNÁNDEZ MENDOZA, manifiesta que fue contratado por el Municipio de Sincelejo, según contratos estatales suscritos, para que ocupara el cargo de AYUDANTE DEL PARQUE AUTOMOTOR del referido Municipio, que en virtud de esa relación laboral, se le daban una serie de órdenes y funciones que debía cumplir en un horario de trabajo de 07:00 a.m. a 05:00 p.m., de lunes a viernes, y hasta sábados, domingos y festivos, las cueles demostraban subordinación y dependencia laboral, lo cual era contradictorio con las O.P.S.

---

[14] CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Sentencia de 16 de febrero de 2012. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 41001-23-31-000-2001-00050-01(1187-11)

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

contratadas, por ello depreca el pago de los salarios y prestaciones sociales generados con la relación laboral existente.

El municipio fundamento su negativa señalando que la demandante no mantuvo una relación laboral con la demandada y que la actividad desplegada por este, en la ejecución de los contratos de prestación de servicios del presente caso, no es atribuible al de un empleado público de la alcaldía de Sampués, tiene su fundamento en que estas no hacen parte del manual de funciones de la alcaldía, como tampoco existe dentro de las planta de personal cargos para asumir estas actividades. Por tanto si no es asimilable su despliegue como contratista al de un empleado público, y sus ejecutorias, aunque como contratista independiente, fueron del resorte y mantenimiento de obras públicas, es imposible para el despacho fallar de fondo el presente asunto, toda vez que la competencia la tiene la jurisdicción ordinaria.

Conforme a las órdenes de prestación de servicios autorizadas por el MUNICIPIO DE SAMPUÉS, se encuentra demostrado que el actor prestó sus servicios desempeñando funciones de apoyo a la gestión como ayudante del parque automotor del Municipio de Sampués, durante el año 2008, 2009, 2010 y 2011. Los extremos temporales fueron los siguientes:

Tipo de vinculación	**Desde**	**Hasta**	**Folios**
OPS	13/02/2008	13/08/2008	42-43 y 124-127
OPS	26/08/2008	31/12/2008	44 y 128, 129
OPS	3/01/2009	29/05/2009	47 y 130, 131
OPS	18/06/2009	29/12/2009	48 y 132, 133
OPS	28/01/2010	25/07/2010	32, 45 y 135, 136
OPS	10/08/2010	28/12/2010	31, 46 y 137, 138
OPS	15/06/2011	28/11/2011	25-28 y 139-142

En concordancia con la información anterior, la Secretaria del Interior, Recursos Humanos y Control Disciplinario del Municipio de Sampués certificó[16], que el señor EVER HERNÁNDEZ MENDOZA prestó sus servicios en las labores desempeñando funciones de apoyo a la gestión como ayudante del parque automotor de la Alcaldía Municipal.

[16] Folios 51 a 86 y 147 a 178

Con el material probatorio antes referenciado, se logra afirmar con certeza que el actor fue retribuido por el ejercicio de su labor, tal como se señaló en cada uno de los contratos de prestación de servicios, donde se lee como valor de los contratos las sumas de $4.200.000, $3.150.000, $4.250.000 $5.950.000, $5.283.600 y $ 6.440.000 siendo cancelados en cuotas mensuales.

Los documentos anteriormente descritos, nos llevan a demostrar que se dieron dos de los elementos propios de la relación de trabajo, como son la prestación personal de servicio y la remuneración.

4.4.2 LA SUBORDINACIÓN.

En punto a la subordinación o dependencia, las declaraciones de terceros[17] rendidas dentro de la oportunidad procesal correspondiente, hacen las siguientes manifestaciones:

- El señor EDWIN ANSELMO PEÑATES CONTRERAS, manifestó que actualmente labora como técnico operativo de la tesorería del Municipio de Sampués, y conoce al actor porque este también fue empleado del Municipio como ayudante del operador de la maquinaria, vinculado a través de Ordenes de Prestación de Servicios, quien realizaba trabajos de campo y recibía órdenes de su jefe inmediato que era el Secretario de Planeación, sabia de los pagos que se hacían al actor, porque a través de la tesorería donde el labora se hacían los cheques. (Fol. 211, Minuto 6:22, CD de pruebas)

- OBED EUGENIO HERNÁNDEZ BECERRA, en relación a los hechos de la demanda manifestó que el actor fue funcionario del Municipio de Sampués, como Operador de Maquina, en el Gobierno del Dr. Sergio Hernández en el cual el también laboró, como coordinador del SISBEN, quien debía desplazarse a sectores rurales y siempre lo veía en su lagar de trabajo y horas laborales que eran las mismas del declarante, y se encontraban a la hora de salida. En relación al horario de trabajo, manifiesta que laboraba de 7 am., a 6 pm., de lunes a viernes y algunas veces los sábados y festivos. (Fol. 211, Minuto13:58, CD de pruebas)

[17] Audiencia de pruebas visible a folios 209 y 210 y CD de audio y video a folio 211.

- DAVID RAFAEL ARROYO DÍAZ: en relación a los hechos de la demanda, confesó que trabaja como operador de maquinaria pesada, y el actor fue su compañero de trabajo durante el tiempo que estuvo vinculado a la alcaldía, quien indicó constarle respecto de las funciones del actor. Desde el gobierno del Dr. Sergio Hernández, desempeñándose como ayudante de la Maquina, en horario de 6 am., a 5 pm., de lunes a viernes y en muchas ocasiones sábados y festivos, recibía órdenes de el mismo alcalde y también del Jefe de Planeación. (Fol. 211, Minuto 29:43, CD de pruebas)

De las declaraciones reseñadas, puede colegirse que existía una relación de subordinación entre el demandante y la entidad accionada, toda vez que aquel recibía órdenes para el desempeño de sus funciones, del jefe inmediato, de los funcionarios y del Alcalde del Municipio de Sampués y cumplía un horario trabajo. En consecuencia, podemos afirmar, atendiendo el material probatorio recaudado, que el vínculo contractual que ligó al actor con el MUNICIPIO DE SAMPUÉS, trascendió más allá de lo pactado, convirtiéndose en una verdadera relación laboral, en la que estuvieron presentes sus elementos esenciales antes mencionados:

- ✓ Prestación personal del servicio
- ✓ Retribución y
- ✓ Continuada subordinación y dependencia

La labor del demandante, consistió en prestar sus servicios como ayudante del parque automotor. En el Municipio de Sampués, cumpliendo con las mismas obligaciones impuestas a los servidores vinculados por una relación legal y reglamentaria. Ello nos permite afirmar que la administración municipal pretendió ocultar una verdadera relación laboral, a través de las órdenes de prestación de servicios.

En efecto, el actor fue contratado para prestar los servicios de mantenimiento y ayudante de maquinaria, cargo que no requiere de conocimientos especializados, donde no se realizan labores de carácter científico y en el que el margen de discrecionalidad con que se cuenta es mínimo, pues se está sujeto a un horario de trabajo y a las directrices del Alcalde del Municipio, siendo vinculado a través de sucesivas órdenes de prestación de servicios, lo que nos permite inferir que no fue contratado para realizar un proyecto determinado o para solucionar una situación eventual, sino para realizar

actividades propias de una relación laboral, oculta tras la formalidad de suscribir órdenes o contratos de prestación de servicios.

Determinada la existencia de una verdadera relación laboral, se declarará la nulidad del acto acusado por ser contrario a la ley, siendo procedente la protección de los derechos invocados por el actor, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por ende, el accionante tendrá derecho a percibir la misma remuneración de los servidores incluidos en la planta de personal del municipio, por laborar en igualdad de condiciones, lo que determina la nulidad del acto acusado.

No se ordenará el pago de horas extras por cuanto en el plenario no se evidencia prueba fehaciente de haberse realizado o autorizado las mencionadas horas.

Las pretensiones concedidas, deberán ser resueltas con aplicación de lo dispuesto en los artículos 187 y 192 del CPACA.

4.5 NO CONDENA EN COSTAS

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, que manifiesta que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, siendo su liquidación y ejecución conforme al Código de Procedimiento Civil, en el cual en su artículo 392, numeral 6, que en caso de condenas parciales el Despacho podrá abstenerse de condenar en costas, se considera que ante la no existencia de actitudes desleales o dilatorias, el despacho no condenará en costas al a parte demandada.

4.6 LA DECISIÓN

De acuerdo a lo probado por la parte actora y los fundamentos jurídicos relacionados, se accederá a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad del acto administrativo y a título de restablecimiento del derecho, se condenará al demandado a reconocer y pagar al demandante a título de indemnización los valores adeudados, teniendo en cuenta para ello las sumas pactadas en cada orden de prestación de servicios para los períodos invocados, que servirá de base para la liquidación de la indemnización equivalente a las

prestaciones sociales que devengara cualquier servidor al servicio de la entidad demandada, durante el término durante el cual prestó sus servicios el actor.

Lo anterior se predica, teniendo en cuenta que la configuración del llamado *contrato realidad* no implica la declaratoria de existencia de una relación laboral legal y reglamentaria de la que se pueda inferir la calidad de servidor público y las prerrogativas que tal calidad arrastran, pues tal calidad solo se alcanza con la posesión en el cargo, luego de cumplir con los requisitos constitucionales y legales exigidos para ello.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

F A L L A

PRIMERO: Declarar la nulidad del Acto Administrativo contenido en el Oficio No. MS-852-2012 de fecha 14 de junio de 2012 por medio del cual el MUNICIPIO DE SAMPUÉS el reconocimiento y pago de los derechos prestacionales y salariales del señor EVER HERNÁNDEZ MENDOZA.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, condenar al MUNICIPIO DE SAMPUÉS a reconocer y pagar al señor EVER HERNÁNDEZ MENDOZA identificado con la cédula de ciudadanía N° 92.255.118, a título de indemnización, la cantidad de dinero equivalente a las prestaciones sociales recibidas por los empleados públicos de la planta de personal de la entidad, y reintegrar al actor los porcentajes de ley que debieron ser trasladados por el ente territorial demandado como aportes al sistema de seguridad social, según la forma indicada en la parte motiva, teniendo en cuenta para ello las sumas pactadas en cada orden de prestación de servicios durante los siguientes extremos temporales:

- ✓ Del 13 de febrero de 2008 al 13 de agosto de 2008
- ✓ Del 26 de agosto de 2008 al 31 de diciembre de 2008
- ✓ Del 03 de enero de 2009 al 29 de mayo de 2009
- ✓ Del 18 de junio de 2009 al 29 de diciembre de 2009

- ✓ Del 28 de enero de 2010 al 25 de julio de 2010
- ✓ Del 10 de agosto de 2010 al 28 de diciembre de 2010
- ✓ Del 15 de junio de 2011 al 28 de diciembre de 2011

TERCERO: La entidad demandada deberá cumplir esta decisión en los términos de los artículos 192 a 195 del CPACA.

CUARTO: Niéguense las demás suplicas de la demanda.

QUINTO: No hay lugar a condena en costas.

SEXTO: Ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JOSÉ DAVID DÍAZ VERGARA
Juez