



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veintitrés (23) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: 70-001-33-33-007-2014-00221-01
DEMANDANTE: GEOVANY ENRIQUE OLIVERA GARCÍA.
DEMANDADO: MUNICIPIO DE OVEJAS- SUCRE.

Tema: Teoría del contrato realidad en el sector público.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala, la apelación interpuesta por la parte demandada en oposición a la sentencia del 18 de abril de 2016, proferida por el JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE, en el proceso que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instauró GEOVANY ENRIQUE OLIVERA GARCÍA en contra del MUNICIPIO DE OVEJAS- SUCRE.

1. ANTECEDENTES:

1.1 LA DEMANDA¹.

La parte actora formuló las siguientes **PRETENSIONES**:

Que se declare nulo el acto administrativo contenido en el Oficio de julio 28 de 2014 expedida por el Dr. Edwin Miguel Mussy Morinelly, en su calidad de Alcalde

¹ Folios 1-29.

Municipal, en el que se despachan desfavorablemente las peticiones elevadas en mediante vía gubernativa.

Que en consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada a reconocer, liquidar y pagar al demandante las prestaciones sociales enlistadas en el numeral 2 del acápite de pretensiones, y demás derechos derivadas del servicio de Instructor de la disciplina deportiva de futbol desde el mes de marzo del año 2008, hasta el mes de octubre de 2011.

Que se ordene la indexación respectiva de cada uno de los conceptos mencionados en el numeral 2 del acápite de las pretensiones; y a dar el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y 299 de la Ley 1437 de 2011. Asimismo, se condene en costas a la parte demandada.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS** se expuso que

El actor se vinculó por medio de un contrato de prestación de servicios con la Administración Municipal de Ovejas- Sucre como instructor de la disciplina deportiva de futbol, desde el 04 de marzo de 2008 hasta el 28 de octubre de 2011 sucesivamente y de manera ininterrumpida en donde recibió órdenes de servicio firmadas.

Recibía un pago por la cantidad de seiscientos cincuenta mil pesos (\$650.000) mensualmente por la prestación personal del servicio personal y que siempre ejerció sus funciones bajo la subordinación y dependencia del señor Alcalde y del señor Coordinador de Deporte del Municipio de Ovejas, quienes le impartían órdenes de trabajo en la jornada laboral y le suministraban los elementos de trabajo necesarios para la realización de las labores.

Mencionó que, fue privado del pago de las prestaciones sociales y demás haberes salariales, tal como la afiliación al sistema de Seguridad Social integral en salud, pensión y riesgos laborales. Finalmente expuso que el día 5 de junio de 2014 presento derecho de petición ante la Alcaldía del Municipio de Ovejas, el cual a través de oficio de fecha 28 de julio de 2015, se niega a acceder a sus peticiones.

Como **NORMAS VIOLADAS** se señalaron los artículos 13, 25, 53 y 123 de la C.P.; Ley 80 de 1993 Art. 32; Ley 200 de 1995 Art. 39; Ley 244 de 1995 Art. 2; Ley 344 de 1996 Art. 13; Decreto 1160 de 1947 Art. 1 y 2; Decreto 3135 de 1968 Art. 8 y 11; Decreto 2400 de 1968 Art. 7 y 25; Decreto 1848 de 1969 Art. 51; Decreto 1950 de 1973 Art. 7; Decreto 1045 de 1978 Arts. 8, 17, 24, 25, 28, 32 y 33; Decreto 1042 de 1978 Art. 58 y 59; Decreto 01 de 1984 Art. 36 y Decreto 40 de 1998 Art. 7.

Como **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN** argumenta el actor que los artículos 25, 53 y 123 de la Constitución Política cambiaron la forma de interpretar el trabajo, otorgándole mayor protección al trabajador, estableciendo en su artículo 53 los principios fundamentales que debe tener en cuenta el congreso al momento de expedir el estatuto del trabajo. En este sentido adujo que la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es uno de los principio decantados por la H. Corte y que tienen aplicación para toda clase de trabajadores sin importar el sector, ya sea público o privado, en donde estos desempeñan su respectiva actividad.

Señala, hizo mal al utilizar la figura del contrato de prestación de servicios, ya que este no estaba adecuado a la verdadera relación laboral existente, y debido a esto no se apropió de los derechos salariales y las prestaciones que le correspondían, menciona también que a pesar de estar vinculado a través de un contrato de prestación de servicios hizo erogaciones tales como el pago de los aportes a seguridad social y descuento por retención de fuente.

Hace referencia a la violación directa al Art. 32 de la Ley 80 de 1990, en donde hablan de los contratos estatales y hacen también mención al contrato de prestación de servicios. Con respecto a esto expone que se puede apreciar que la administración uso mal la figura de los contratos de prestación de servicios, hablando de su caso, al contratar una persona natural para realizar labores que pueden desarrollarse por cualquier instructor de fútbol, que no requieren de un conocimiento especializado al ser una actividad que se encuentra dentro del giro ordinario del municipio.

Dijo a su vez, que el cargo desempeñado por este, no goza de autonomía e independencia para su realización, ya que en ella siempre estará presente la subordinación para su ejecución, como en su momento lo dejo ver a la administración del municipio al contratarlo por órdenes de prestación de servicios, con el fin de librarse de la carga prestacional.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA².

La entidad contestó la demanda en oportunidad legal, oponiéndose a todas las pretensiones propuestas por el demandante, solicitando se desestimen, ya que considera que carecen de fundamentos facticos y jurídicos. En cuanto a los hechos señala como ciertos los hechos cuarto, noveno y décimo de la demanda, indico que no eran ciertos el segundo, tercero, sexto y octavo; finalmente indico como parcialmente ciertos el primero y el quinto, acalorando que la vinculación del demandante no fue el 04 de marzo de 2008 como lo manifiesta, sino el 11 de agosto de 2008.

Como fundamento a su oposición señaló que la vinculación contractual del accionante no fue sucesiva e ininterrumpida, ya que las mismas se contemplaron en los siguientes periodos: del 11 de agosto de 2008 al 11 de diciembre de 2008, del 24 de marzo de 2009 hasta el 24 de diciembre de 2009, del 19 de abril de 2010 hasta el 19 de septiembre de 2010, del 20 de septiembre de 2010 hasta el 20 de diciembre de 2010, del 19 de enero de 2011 hasta el 19 de abril de 2011 y finalmente del 28 de junio de 2011 hasta el 28 de octubre de 2011; esto conforme a las órdenes de prestación de servicios aportadas como prueba del demandante y que las sumas pagadas correspondieron a honorarios profesionales por la prestación de sus servicios, pero nunca a una “asignación mensual”.

Sostuvo que el servicio prestado por el accionante no fue subordinado, teniendo en cuenta que al demandante nunca se le impuso por parte de la entidad demandada el cumplimiento de ningún horario, que este tenía la autonomía para presentar el plan de trabajo, cronograma de actividades y horarios de las prácticas, y que estas

² Folios 106-111.

actividades no eran todos los días y mucho menos ocho horas diarias, ya que la población beneficiada eran niños y adolescentes estudiantes, lo cual implica responsabilidades y compromisos académicos. Propuso las excepciones de **inexistencia de la relación laboral y prescripción.**

Frente a la primera, señala que la vinculación del demandante realizada por el Municipio de Ovejas no puede ser considerada de carácter laboral, sino como un típico contrato de prestación de servicios entre un particular y una entidad estatal, lo cual está regulado por normas especiales, por tanto manifiesta que es imposible jurídicamente entrar a reconocer el pago de prestaciones sociales, ya que el vínculo laboral alegado no existió.

En torno a la prescripción, sostuvo que sin que ello implique el reconocimiento o aceptación de lo reclamado por el demandante, se evidencia que la prestación del servicio no fue ininterrumpida y al no reclamar sus derechos antes de que se cumplieran los tres años por cada contratación tales derechos se encuentran prescritos; indica que en relación a lo anterior el H. Consejo de Estado ha manifestado que si bien los términos de prescripción de los derechos laborales solo podrán contabilizarse a partir de la ejecutoria de la sentencia por ser de carácter constitutiva, no es menos cierto que la persona que pretenda tal reconocimiento debe ejercer la acción respectiva dentro del término indicado, el cual es dentro de los tres años siguientes a la relación contractual existente.

1.3 LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA APELADA³.

El Juez de primera instancia, luego de estudiar en su conjunto las pruebas documentales y testimoniales practicadas dentro del discurrir procesal y de analizar el marco jurídico y jurisprudencial que gira en torno a la tesis de la configuración del contrato realidad y la prueba de sus elementos, negó las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

Consideró el *A quo* que, en aras de desvirtuar un contrato de prestación de servicios en el surgimiento de una relación laboral, lo primero que se debe acreditar es el

³Folios 156-166

elemento de la subordinación y dependencia, aclarando que la coordinación de actividades entre el contratante y el contratista no significa que se configure el elemento de subordinación.

Manifestó que, si existió una vinculación del demandante como instructor deportivo en el área de fútbol y también que la entidad demandada realizó pagos al demandante, sin embargo el horario indicado por los testigos denotó que solamente alcanzaría las 5 horas diarias, lo cual le da independencia a la prestación de sus servicios, teniendo en cuenta que tales funciones no eran realizadas todos los días de la semana, lo cual amplía aún más la libertad del contratista; por ende no se logró acreditar que el señor Geovany Enrique Olivera García, estuviera sometido a un horario de trabajo.

Indicó además, que tampoco pudo desvirtuarse lo contenido en los contratos de prestación de servicios con referencia al albedrío del contratista, es decir, no se logró demostrar su dependencia ni la subordinación por parte del municipio. Así las cosas, a pesar de haberse demostrado la vinculación, la prestación del servicio y el pago de honorarios, no se demostró la subordinación o dependencia con el municipio de Ovejas, siendo este un requisito fundamental para la declaratoria de la existencia de una relación de carácter laboral y por ende necesario para el reconocimiento de prestaciones sociales.

Por último, el *A quo* condenó en costas a la parte demandante.

1.4 EL RECURSO DE APELACIÓN⁴.

Inconforme con la sentencia, el apoderado de la parte actora interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia del 18 de abril de 2016, alegando que el *a quo* no da valor a lo recopilado en las pruebas testimoniales, sin tener en cuenta que ellos tienen conocimiento del horario en virtud de que es el mismo al que ellos estuvieron sometidos.

4 Folios 178-180

Manifestó que, no se tuvieron en cuenta otros elementos claves para determinar la subordinación en la relación laboral, como la entrega de elementos de trabajo por parte de la entidad demandada, las instrucciones impartidas por la entidad demandada, la permanencia en el servicio y la cantidad de personal contratado, los llamados de atención y memorandos y la asignación de los alumnos por parte del supervisor del contrato.

Finalmente señaló que el a quo se equivoca al indicar que un horario de trabajo de solo cinco horas y de solo tres días a la semana no implica subordinación, sino por el contrario, le da independencia a la prestación del servicio; lo que no es así, pues el empleador en virtud de las facultades del *ius variandi* es quien establece el horario, y este no deja de serlo por el hecho de no cumplir un horario de 8 a 12 am y de 2 a 6 pm los cinco días de la semana.

1.5 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA⁵.

- **PARTE DEMANDANTE:** La parte actora no presentó alegaciones finales en segunda instancia.

- **PARTE DEMANDADA:** La entidad demandada no alegó de conclusión en segunda instancia.

- **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:** El Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación no presentó concepto de fondo.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. COMPETENCIA.

EL Tribunal es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de proferida en primera instancia el 18 de abril de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A.

⁵ Nota Secretarial a folio 20.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Se demandó la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio de fecha 20 de julio de 2014, a través del cual, el señor Alcalde del Municipio de Ovejas niega al actor el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y derechos laborales, derivados de una relación laboral en aplicación del contrato realidad, que fueron solicitado en petición de fecha 5 de junio de 2014⁶.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Con fundamento en la argumentación del demandante – recurrente, debe el Tribunal establecer, *si entre las partes en contienda se configuró la existencia de una relación laboral derivada de la celebración de contratos de prestación de servicios como instructor de futbol en el municipio de Ovejas.*

Para resolver, la Sala abordará los siguientes temas específicos: **(i)** la teoría del contrato realidad en el sector público **(ii)** el caso concreto.

2.3.1. 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 impone sobre aquella formalidad que se haya pactado inicialmente por los sujetos o partes, queriendo ello decir, que sea cualquiera la modalidad de contratación si en la práctica se reúnen o dan las condiciones necesarias de una relación, esta debe ser reconocida y privilegiada sobre la formalidad.

Si bien el artículo 32 de la ley 80 de 1993, establece la modalidad o posibilidad para que las entidades públicas celebren contratos de prestación de servicios, siendo una modalidad de prestación de servicios personales en beneficio del Estado, debe aclararse que en la medida en que mediante ellos se esconda o encubra una verdadera relación laboral con el propósito de desconocer derechos laborales,

6 Folios 30-31 C. Ppal.

porque materialización de la actividad o servicio contratado muestra que en la misma subyace 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, bajo la teoría del contrato realidad.

En ese norte, la H. Corte Constitucional, ha señalado que *“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”*⁷.

En el Contrato de Prestación de Servicios la característica determinante es que carece del elemento de subordinación laboral o dependencia, puesto que la actividad personal contratada se realiza a 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.”*⁸(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”*⁹.

7 Sentencia C-154-1997

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

9 Sentencia T-063 de 2006

Por su parte, acerca del Contrato de Prestación de Servicios y los elementos propios de la relación laboral, en Sentencia del 27 de enero de 2011, el H. Consejo de Estado, expresó¹⁰:

“En el contrato de prestación de servicios se desarrolla una actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica con respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada, es decir, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas.”¹¹

Preciso es traer a colación, lo señalado por el Consejo de Estado, en sentencia del 15 de mayo de 2013, cuando sobre la ejecución de actividades permanentes bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios expresó que:

“En este punto de la providencia, se advierte por la Sala que las entidades estatales no deben recurrir a la práctica de vincular personal bajo la modalidad de prestación de servicios para cumplir actividades permanentes propias de la administración y de esta manera evitar el pago de prestaciones sociales y de aportes parafiscales, entre otros, pues con dicha conducta, como se lo ha reiterado tanto esta Corporación como la Corte Constitucional, no sólo se vulneran los derechos de los trabajadores sino que además dicha nómina paralela desvirtúa la razón de ser del artículo 32, numeral 3° de la Ley 80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal. En consecuencia, a los contratistas de prestación de servicios que logren demostrar que en realidad en su vinculación con una entidad, se configuraron los tres elementos propios de la relación laboral, se les debe reconocer y pagar como reparación del daño, los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad en la cual prestaron los servicios bajo la apariencia de un contrato administrativo.

Finalmente, para la Sala está demostrado que el actor ejerció de funciones en iguales condiciones a las que desempeñan los servidores de planta de la entidad y que forman parte del “giro ordinario de su objeto” como es la prestación del servicio de salud, criterios éstos que como lo ha expuesto recientemente la Corte Constitucional, se trata del cumplimiento de funciones de carácter permanente para las cuales, por expresa disposición legal, está prohibida la celebración de contratos de prestación de servicios con la administración, lo que contradice el carácter temporal propio de este tipo de acuerdo”¹²

10 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicación número: 05001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10), Actor: Gloria Mileidy Giraldo, Demandado: Municipio de Rionegro- Antioquia

11 CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A. M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda. Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000

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

La Corte Constitucional, en sentencia C-171 de 2012, en la misma línea de pensamiento ha sido enfática en señalar que:

“La Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a “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)”; (ii) *al criterio de igualdad, esto es, cuando “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”;* (iii) *al criterio temporal o de 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”;* (iv) *al criterio de 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”;* y (v) *al criterio de 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”*¹³

Ahora bien, como quiera que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, contiene una presunción en el sentido que lo celebrado es formalmente un acuerdo contractual con el Estado, para ejecutar una actividad de forma autónoma, sin descartar por ello la necesaria coordinación y vigilancia que debe existir por el contratante, para que se cumplan los cometidos bajo los cuales se efectuó la contratación, se ha establecido por el legislador que no hay lugar a relación laboral como tampoco a pago de prestaciones sociales; por tal razón, quien afirme que el vínculo formal se desnaturalizó y derivó en un contrato realidad, asume la carga y actividad probatoria de los tres elementos del mismo, a saber, prestación personal del servicio, subordinación y retribución.

¹³ Al respecto consultar igualmente, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 614 del 2 de septiembre de 2009

En otra arista, cuando se desvirtúa el contrato de prestación, la persona que fue vinculada formalmente como contratista tiene derecho a recibir a título de reparación del daño, el valor de las prestaciones sociales dejadas de pagar, liquidación que se efectúa tomando en cuenta el valor de los honorarios profesionales pactados por las partes. El punto de vista del Consejo de Estado es el siguiente:

“(...) 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.

El artículo 53 de la Constitución que establece la prevalencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no puede ser escindido, si no concordado con la “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”, por lo que una vez declarada la situación irregular del contrato de prestación de servicios, la lógica jurídica y la interpretación gramatical de la norma superior no debe ser otra que reconocer las garantías establecidas en las normas jurídicas.

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda de ordenar la indemnización reparatoria 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 la indemnización de 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.

(...)¹⁴.

Acorde con lo expuesto, en aplicación del principio de la primacía de la realidad, una persona vinculada al Estado formalmente para ejecutar una actividad en apariencia independiente y autónoma por prestación de servicios, puede lograr a través de la teoría del contrato realidad, que se le reconozca y pague el equivalente a **prestaciones sociales** en igualdad de condiciones que las personas que prestan sus servicios personales al Estado mediante vinculación legal o

14 CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, C.P Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sentencia de 19 de febrero de 2009, expediente No.3074-2005, actora: Ana Reinalda Triana Viuchi.

reglamentaria, siendo indispensable que se acredite que detrás de la labor de contratista o trabajador por cuenta propia, se esconde, disfraza una verdadera relación laboral, siendo cardinal la prueba de la subordinación¹⁵; carga probatoria que corresponde exclusivamente a quien alega la figura, o espera ser cobijado por la protección que brinda el principio de la primacía de la realidad, como se señala en providencia de fecha 23 de noviembre de 2006, por el Consejo de Estado, así:

“Entonces, constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor; siempre y cuando, de las circunstancias en que se desarrollaron tales actividades, no se deduzca que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales”¹⁶.

De otro lado, es pertinente destacar que el reconocimiento y aplicación del principio de la primacía de la realidad a una relación inicialmente contractual, no implica conferir la condición de empleado público al contratista, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado¹⁷, punto este que igualmente, acoge la Corte Constitucional, como se puede apreciar en sentencia T- 093 de 2010¹⁸.

15 CONSEJO DE ESTADO. Sección II, sentencia del 4 de marzo de 2010, expediente No Interno: radicado 1413-08, C. P. Gustavo Gómez Aranguren. “El tema del contrato de prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales; sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, analizó la diferencia entre tal contrato y el de carácter laboral. Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental cuando se comprueba la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación inicialmente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación. Al respecto, esta Corporación en fallos como el del 23 de junio de 2005 proferido dentro del expediente No. 0245 por el Dr. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador”

16 Expediente 4356-04 de 2006, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección “A”. Consejero Ponente: Dr. Jaime Moreno García. 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 II, radicado 050012331000199901406 01.

17 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.

18 “La Sala de Revisión también debe precisar, como se estableció en la parte 3 de esta sentencia, que el hecho de que se configuren los elementos propios del contrato realidad entre una persona y una institución oficial no significa que se adquiera la calidad de empleado público. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha definido un límite al alcance del principio de “primacía de la realidad sobre las formas” en los casos en los cuales

2.3.2. CASO CONCRETO.

Recapitulando tenemos que el señor GEOVANNY ENRIQUE OLIVERA GARCIA expresa que celebró con el municipio de Ovejas, varios contratos de prestación de servicios para ejecutar la labor de instructor deportivo, vínculo formal, que se desnaturalizó y derivó en una verdadera relación laboral comprendida entre el 11 de agosto de 2008 y el 28 de octubre de 2011.

El juez de primera instancia, negó las pretensiones de la demanda, considerando que no se probó el elemento subordinación, pues las laborales ejecutadas, no eran realizadas todos los días de la semana, lo cual amplía aún más la libertad del contratista.

El demandante en su recurso de apelación, reitera la existencia de la relación laboral, señalando que contrario a lo afirmado por el *a quo*, si existió subordinación en la ejecución de la labor contratada, como lo muestran las pruebas testimoniales recaudadas en la audiencia de pruebas, señores MARIO ALBERTO GONZALEZ y JOHN ARLEN TABORDA, como tampoco tuvo en cuenta otros elementos claves, como la entrega de implementos de trabajo por parte de la entidad demandada, las instrucciones impartidas, la permanencia del servicio y la cantidad de personal contratado, los llamados de atención y memorando de asignación de alumnos por parte del supervisor del contrato.

Asimismo, expone que el horario no deja de serlo porque solo sea de cinco (5) horas durante tres (3) veces a la semana, argumento utilizado para concluir que no existió subordinación.

Pues bien, a efectos de establecer la prosperidad de las pretensiones y del recurso de apelación interpuesto, es necesario establecer si se encuentran demostrados los elementos que condicionan la aplicación de la teoría del contrato realidad, a saber,

este se ha aplicado: el respeto de los principios que configuran la función pública. En consecuencia, la regla jurisprudencial que se ha decantado con los diferentes pronunciamientos de estas corporaciones es que ninguna persona puede ser empleado público sin que medien las siguientes condiciones: el nombramiento y la posesión, la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una vacante en la planta de personal y la respectiva disponibilidad presupuestal; a pesar de que entre la respectiva entidad y el trabajador se haya verificado el cumplimiento del principio de primacía de la realidad sobre las formas”

prestación personal del servicio bajo modalidad contractual, subordinación y la retribución, a lo cual pasa la Sala, así:

- **PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO.**

De conformidad con la certificación expedida por el Secretario de Gobierno del Municipio de Ovejas, obrante a folios 22-23, se tiene que el señor GEOVANNY ENRIQUE OLIVERA GARCÍA, celebró varios contratos estatales con el municipio de Ovejas, así:

1. Contrato estatal de apoyo a la gestión No. MO-CD-AG-10-2008 del 11 de agosto de 2008, duración 4 meses¹⁹.
2. Contrato estatal de apoyo a la gestión No. MO-CD-AG-08-2009 del 24 de marzo de 2009, duración 9 meses²⁰.
3. Contrato estatal de consultoría No. MO-SA-10%MC-CO-03-03-2010 del 19 de abril de 2010, para la realización de asesoría técnica de la coordinación de las acciones de secretaria de desarrollo social en la disciplina de futbol, Don Gabriel – Salitral, zona rural del municipio de Ovejas. Duración 5 meses²¹.
4. Orden de prestación de servicios No. MO-CD-OS-02-2010 del 20 de septiembre de 2010. Duración 3 meses²².
5. Orden de prestación de servicios No. MO-CD-OS-02-2011, como instructor deportivo de futbol, en el corregimiento de Don Gabriel – municipio de Ovejas, del 19 de enero de 2011. Duración 3 meses²³.
6. Orden de prestación de servicios No. MO-CD-OS-25-2011, para el acompañamiento como instructor deportivo de futbol en la vereda Buenos Aires - municipio de Ovejas, del 28 de junio de 2011. Duración 4 meses²⁴.

En suma, existió evidentemente una prestación personal del servicio en ejecución de una contratación formal a través de contratos de apoyo a la gestión, órdenes de servicios y contrato de consultoría.

19 Folios 32-41

20 Folios 42-54

21 Folios 55-61

22 Folios 62-66

23 Folios 67-71

24 Folios 72-77

- **SUBORDINACIÓN**

Lo crucial, acorde con lo expuesto en acápite anterior, entratándose del contrato realidad, es la prueba de que la actividad personal que se ejecuta en beneficio de una entidad pública a través de modalidad de contrato estatal, se realizó bajo la continuada subordinación de la entidad contratante, por lo que la sola prestación personal del servicio, salvo en casos excepcionales, donde la subordinación se presume, por estar ínsita, implícita o ser consustancial con la misma labor desempeñada o contratada, que dicho sea de paso, no es el caso que nos ocupa, es un elemento que está presente en ambas modalidades de vinculación, esto es, laboral y contractual (entiéndase vinculación por CPS u OPS) y por ende no es un criterio que determine por si solo la existencia de un contrato realidad.

En aras de lo anterior, el actor en su deber probatorio incorporó al proceso y solicita en su recurso de apelación se valoren los testimonios de los señores MARIO ALBERTO GONZALEZ y JOHN ARLEN TABORDA, que en su sentir, de sus dichos, es posible extraer la dependencia del actor –contratista, respecto del municipio de Ovejas, en la ejecución o materialización de la actividad para la cual fue contratado.

Sea en primer lugar destacar que del objeto contractual, por el cual fue celebrado el contrato estatal del hoy actor se puede señalar que era de acompañamiento como instructor del futbol de la zona rural del municipio de Ovejas, no obstante, estima la Sala que no hay forma de realizar punto de comparación con empleados de planta del municipio de Ovejas que cumplieran idénticas funciones, a efectos de establecer si existió en primer lugar violación al derecho de igualdad, puesto que el actor no demostró que dentro de la planta de cargos del municipio de Ovejas, existían funcionarios que realizaban la misma labor vinculados mediante una relación legal y reglamentaria.

De otra parte, es de recordar que el contrato estatal de prestación de servicios no está vedado para que el Estado o la Administración a través de su celebración persiga el cumplimiento de fines estatales²⁵, cuando ellos no se puedan celebrar con

25 ARTÍCULO 30. Ley 80 de 1993. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en

personal de planta y la labor, no guarde estrecha y directa relación con las actividades administrativas y/o misiones de la entidad territorial, pues ello implicaría, el ejercicio o desempeño de funciones permanentes, para lo cual, la entidad deberá crear los cargos necesarios²⁶.

Ahora bien, el actor afirma que le fueron entregados elementos de dotación e insumos, de lo cual no se advierte prueba o constancia de entrega o recibo alguna; no obstante, si ello fuera así, en manera alguna puede convertirse en un hecho univoco creador de indicio de subordinación, pues dentro del marco de la liberalidad contractual o autonomía de la voluntad que aplica igualmente para las relaciones contractuales del Estado con sus colaboradores ocasionales, ello es una circunstancia que admite sea pactada, sin que por sí mismo, sea se reitera, indicio de existencia de una relación laboral subordinada.

De otra parte, igualmente señala el apelante que recibía órdenes e instrucciones de parte del Coordinador de Deportes del municipio de Ovejas, de cara a la forma de cumplir con la labor contratada, sin embargo, no se advierten en el plenario, llamados de atención, memorandos, citas a reuniones obligatorias u otras evidencia o elementos probatorios que respalden en grado de certeza la afirmación que se realiza en el recurso de apelación.

En este punto, debe recordarse, citando al H. Consejo de Estado, tal como lo expuso el *a quo*, que cuando se celebra un contrato estatal, es deber del contratante, en este caso, la entidad pública territorial, ser vigilante del cumplimiento del objeto del contrato y ello por tanto supone que exista una necesaria labor vigilancia y de

consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

²⁶ El artículo 2° 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”

coordinación de actividades con el contratista y se reitera un control sobre la ejecución del contrato.

En efecto, mírese como el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, dispone:

“ARTÍCULO 40. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. *Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:*

10. *Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.*

...

4. *Adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan”*

A su vez, el artículo 14 numeral 1º, dispone que para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato, tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato.

Asimismo, recuérdese que el contratista es un colaborador del Estado para el cumplimiento de sus cometidos o fines y en tal sentido se constituye en un deber como lo establece el artículo el numeral 2 del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, *“colaborar con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse”*.

Frente a la prueba testimonial que en sentir del recurrente, dejo de apreciar debidamente el A quo, debe manifestar esta Sala que una vez revisados los dichos de los señores MARIO ALBERTO GONZALEZ y JOHN ARLEN TABORDA, los mismos por si solos, son insuficientes para extraer certeza sobre la alegada dependencia y subordinación que se afirma tenía el actor frente al municipio de Ovejas, dado que lo afirmado por los testigos no encuentra apoyo alguno en otro en medio de convicción dentro del proceso, siendo ello necesario como quiera que aceptaron

tener una misma demanda por la misma causa, razón por la cual, el análisis crítico – valorativo de su atestación, impone un mayor rigor probatorio.

En ese orden, su eficacia demostrativa no conduce a la convicción de lo narrado en la demanda por el actor, debiendo reiterar esta Sala que *“entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades²⁷, de manera 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, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación”²⁸*

Así las cosas, para la Sala, no cumple con la prueba fehaciente de los tres elementos estructurantes y necesarios para la aplicación de la teoría del contrato realidad en el presente asunto, de manera especial, la subordinación razón por la sentencia de primera instancia será confirmada.

- **CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS:**

Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 rige un criterio objetivo en su imposición de conformidad con el artículo 188 de la citada codificación, como en ocasiones anteriores lo ha señalado este Tribunal y como quiera que en este caso no prosperó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, hay lugar a condenar en costas.

En tal sentido, la condena obrara estrictamente en lo que este probado en sujeción a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P. y bajo los parámetros del Acuerdo 1887 de 2003 emanado de la Sala Administrativa del C.S.J. Corresponderá a la Secretaría del Juzgado de primera instancia proceder a elaborar la liquidación de costas en esta instancia.

²⁷ Esta Sala bajo las consideraciones expuestas líneas antes, estima que esa coordinación de actividades no es solo posible sino necesaria para el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A. Expediente No. Expediente No: 05001-23-31-000-2002-04865-01. Sentencia del 6 de mayo de 2015. C.P. Luis R. Vergara Quintero.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de abril de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandante apelante. Procédase por la Secretaría del juzgado de primera instancia a la liquidación de las costas de conformidad con el artículo 366 del C.G.P.in condena en costas.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 158.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
Ausente con permiso

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA