



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veinticuatro (24) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

REFERENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
PROCESO: 70-001-33-33-007-2014-00233-01
DEMANDANTE: ROSA TUIRÁN ÁLVAREZ
DEMANDADO: UNIVERSIDAD DE SUCRE

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 29 de agosto de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió negar las súplicas de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora ROSA TUIRÁN ÁLVAREZ contra la UNIVERSIDAD DE SUCRE.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

La señora ROSA TUIRÁN ÁLVAREZ por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, **SOLICITÓ:** (i) se declare la nulidad del Oficio No. 300-124/14 de fecha mayo 5 de 2014, el cual negó la existencia de una relación laboral, (ii) a título de restablecimiento del derecho reclama el reconocimiento y pago de los conceptos salariales y prestacionales adeudados, correspondientes al tiempo de servicios comprendido entre 1 de abril de 1986 y el 31 de diciembre de 1990; derechos que comprenden diferencias salariales, cesantías y sus intereses, primas de navidad, de servicios, de vacaciones, reintegro de lo pagado por retención en la fuente, pagos a seguridad social y reconocimiento

de bono pensional, auxilio de transporte, auxilio de alimentos, bonificación por servicios prestados, bonificación especial por recreación, subsidio de transporte, trabajo suplementario; así como la condena por gastos y costas del proceso.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS** se expuso que:

Prestó sus servicios a la UNIVERSIDAD DE SUCRE a través de actos contractuales desde el 1º de abril de 1986 hasta el 31 de diciembre de 1990.

Indicó que en la realidad dichos contratos se materializaron como contratos de trabajo al permanecer en continuada subordinación laboral y sujeta al obediencia de instrucciones y órdenes impartidas por el Rector de la época.

Adujo que los elementos de trabajo eran suministrados por la entidad demandada; además, que su última asignación mensual ascendió a la suma de \$1.715.181, y que laboraba de lunes a viernes con intensidad de ocho horas diarias.

Como **NORMAS VIOLADAS** señaló Constitución política Art 25, 53 y 122; Decreto 2127 de 1945; art. 17 de la Ley 6ª de 1945; art. 6º del Decreto 1160 de 1947; art. 45 del Decreto 1045 de 1978.

En el **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN** indicó que en el momento en que la actividad desempeñada por el contratista se torna en una necesidad de carácter permanente para la entidad, surge la obligación para la autoridad administrativa de crear el empleo público correspondiente y asignar el respectivo titular mediante las ritualidades o formas que impone el ordenamiento jurídico. Que la temporalidad no es una característica accidental del negocio jurídico, sino que es el presupuesto mismo de su existencia y validez, lo que denota una clara desviación de poder, cuando la administración, excusándose en el carácter técnico de una actividad, durante años celebra contra de prestación de servicios para el adelanto de la misma.

Considera que se configura el cargo de falsa motivación, en atención a que los motivos invocados por el nominador para negar lo pedido, no han sido desvirtuados realmente, que sus argumentos no son válidos y con ello se

menoscaba lo previsto en los arts. 25 y 53 de la Carta Superior en virtud de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y, en materia laboral siempre se protege al trabajador, por ser el más indefenso en la relación laboral.

1.2 ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 24 de octubre de 2014 (Folio 28).
- Admisión de la demanda: 1 de diciembre de 2014 (Folio 81).
- Notificación a las partes: 4 de febrero de 2015 (Folio 88).
- Contestación de la demanda: 27 de abril de 2015 (Folio 101 a 116).
- Audiencia inicial: 21 de agosto de 2015 (Folio 123 a 125).
- Audiencia de pruebas: 9 de febrero de 2016 (Folio 144 a 146).
- Sentencia: 29 de agosto de 2016 (Folio 156 a 168).
- Recurso de apelación: 14 de septiembre de 2016 (Folio 182 a 191).
- Concesión de recurso: 23 de septiembre de 2016 (Folio 193 y 194).
- Auto que admite el recurso de apelación: 31 de octubre de 2016 (Folio 4 C. de Apelación).
- Auto que corre traslado para alegar en segunda instancia: 25 de enero de 2017 (Folio 12 C. de Apelación).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad accionada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal prevista para ello. Como razones de la defensa manifestó que no existe probanza alguna en el proceso que acredite la existencia de los elementos requeridos por la jurisprudencia de las diferentes jurisdicciones para que se configure la existencia material de un contrato de trabajo, como quiera que la demandante prestó sus servicios a la Universidad de Sucre en el marco de una relación netamente contractual, con autonomía e independencia de los funcionarios de la entidad demandada.

Citó la jurisprudencia vigente de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, según la cual, si bien es cierto el carácter constitutivo de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, la correspondiente demanda

debe intentarse dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación de la relación contractual.

Propuso las excepciones de Prescripción de los supuestos derechos laborales reclamados, e inexistencia de la relación laboral entre la demandante y la entidad demandada.

1.4 LA PROVIDENCIA IMPUGNADA.

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo negó las pretensiones de la demanda. Indicó que se encuentra evidenciado en el proceso que la señora ROSA TUIRAN ALVAREZ estuvo vinculada a la UNIVERSIDAD DE SUCRE en virtud de diversos contratos estatales para la prestación de servicios y, se tendrá como retribución o remuneración de los mismos, las sumas de dinero que en ellos se pactó.

Por otro lado, en lo que respecta al elemento subordinación, señaló que no aparece demostración alguna del mismo en el proceso; además, en la audiencia de pruebas celebrada el 9 de febrero de 2016, la parte demandante desistió de las pruebas testimoniales que habían sido decretadas a su favor.

Reiteró que la parte demandante no trajo al proceso ningún componente probatorio para evidenciar los elementos que configuran el contrato de trabajo. Tal actuar omiso de la parte actora deja sin piso las aseveraciones que hace en la demanda, cuando afirma que prestó sus servicios como contratista a favor de la UNIVERSIDAD DE SUCRE, pero que dicha relación se desnaturalizó en la medida en que fue subordinada al cumplimiento de horario, de órdenes y de instrucciones, restando su capacidad y autonomía para ejecutar el contrato.

Culminó anotando que los contratos celebrados por las partes venían regidos por el Decreto 222 de 1983, al ser anteriores a la Ley 80 de 1993 que reglamentó la actividad contractual de la Administración.

1.4 LA IMPUGNACIÓN.

El demandante inconforme presentó recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, con los siguientes argumentos:

“Es decir el presente Despacho hace referencia que dentro de la AUDIENCIA PRUEBA; se había presentado desistimiento de los testigos, que había sido decretado dentro de la Audiencia Inicial: es decir, La presente actuación procesal incurre en vía de hecho o defecto factico en la medida como se expresa en la audiencia prueba, no se practicó la prueba testimonial, no porque se haya desistido, por el contrario se espera la presencia de los testigos, el cual se requería por el Honorable despacho decretar un receso o decretar nueva citación, ante la ausencia de los mismos, lo que requería por parte despacho para tomar la decisión pertinente.

(...)

Indudablemente, este tipo de hipótesis degradan la condición del sujeto procesal, para convertirlo en otro caso, en victima procesal, ya que se impide cumplir la finalidad del proceso, que es defenderse probando.

(...)

Es decir que a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de las pruebas que pretenda hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer los espacios oscuros de la controversia; cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir o cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material.

Desde allí y en referencia al caso en concreto (relacionado con absolver la parte demandada, por no haberse demostrado el elemento de subordinación, cuya prueba (testimoniales) servía para demostrar elemento respectivo, actúa en contra de su papel de director del proceso y del rol protagónico que le asigna el ordenamiento en la garantía de los derechos materiales, al omitir la práctica impredecible para fallar, es decir esperando un término o receso prudencial, o requerir nuevamente a los testigos o practicar de oficio un interrogatorio de parte, es decir una prueba impredecible para fallar, a pasar de la presencia de los elementos que le permitían concluir que por esa vía llegaría a una decisión indiferente al derecho material.

Ha entenderse, que por esta vía optada por el Honorable Despacho de Instancia cerró definitivamente las puertas de la jurisdicción a mi cliente, olvido su papel de garante de derecho sustanciales, y su compromiso con la búsqueda de la verdad en el proceso como presupuesto para la adopción de decisiones justas.

(...)

Conclusión el Juez de instancia, atendiendo la necesidad requerida y atendiendo la complejidad del asunto, de practicar la prueba testimonial, la actuación procesal pertinente era la de suspender la audiencia de prueba, para efectos de establecer la procedencia de los testigos y por ende decretar su receso, aplazamiento y nueva citación o decretar sus desistimiento.

En materia probatoria en el proceso Contencioso Administrativo, el CPACA no hizo regulación completa, por lo cual su decreto, practica y valoración se harán teniendo en cuenta las reglas del Código de Procedimiento Civil hoy Código General de Proceso, en lo no previsto en aquella, de conformidad con el Artículo 211.”

En consecuencia, el recurrente solicitó la nulidad de todo lo actuado hasta la etapa procesal de la notificación de la Audiencia de Prueba y ordene citar a los testigos solicitados por la parte demandante, practicar la prueba testimonial, o en su lugar ordenar decretar prueba de oficio de interrogatorio de parte o inspección judicial ante el empleador, o prueba testimonial, interrogatorio de parte o inspección judicial en segunda instancia, tal como lo dispone el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011.

Pidió asimismo, que se revoque la sentencia, y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, con sustento en que con los contratos de prestación de servicios, el servidor público cumple funciones y tareas a la empleadora Universidad de Sucre, en la cual el Juez instancia, podía constatar con el decreto de una prueba de oficio para que se le suministrara los cargos y funciones de la planta personal y si las misma se cumplen dentro o fuera del campus universitario.

1.5 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Solo la parte actora alegó de conclusión en segunda instancia (Folio 18 a 28), reiterando lo expuesto en el recurso de apelación.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1 LA COMPETENCIA.

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

2.2 PROBLEMA JURÍDICO.

Partiendo de los antecedentes reconstruidos, entra el Tribunal a dilucidar, *¿si existe prueba dentro del plenario que conduzca a declaración del contrato*

realidad entre las partes, en especial, si se logró acreditar el elemento subordinación?

De la misma forma, resolverá la Sala si se vulneraron garantías fundamentales de la parte actora que conlleven a la consolidación de una causal de nulidad del proceso en primera instancia.

Para dar respuesta a lo expresado, la Sala abordará los siguientes temas: i) la teoría del contrato realidad en el sector público, ii) Caso concreto.

2.2.1. 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 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, si 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.

Por ello, 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, 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, porque 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.

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”¹.

Ahora bien, es menester precisar que 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 párrafo 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 tal sentido, el Consejo de Estado considera 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”²*, agregando 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”*,

En ese norte, la tarea probatoria radica en demostrar la existencia de los tres elementos de una relación laboral, pero de forma cardinal, y de sumo relieve, 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.

Por ello, la prestación personal del servicio como elemento de toda relación laboral trae consigo una especial condición cuando se analiza la tesis del contrato realidad en el sector público, puesto 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; claro está, sin llegar a decir,

¹ Sentencia C-154-1997

² 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.

al punto de exigir prueba solemne del mismo, pues de lo que se trata es de probar su ejecución.

Preciso es traer a colación lo dicho al respecto por el Consejo de Estado, quien señala que es una carga probatoria del actor demostrar la existencia de una relación laboral que desnaturaliza el contrato estatal.

*"CONTRATO REALIDAD – Carga de la prueba / CARGA DE LA PRUEBA - En contrato realidad es del demandante / CARGA PROBATORIA – Demostrar la existencia de una relación laboral que desnaturaliza el contrato estatal. En ese orden, se tiene que el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no crea una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio. Antes por el contrario, la disposición en cita de manera expresa estableció que en ningún caso se generaría una relación de trabajo, **por lo que, 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" (negrillas fuera del texto).³*

Misma providencia donde se señaló:

*"En ese orden, se tiene que el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no crea una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio. Antes por el contrario, la disposición en cita de manera expresa estableció que en ningún caso se generaría una relación de trabajo, **por lo que, 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"*

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 reglamentaria, siendo indispensable que se

³ Ídem 3."

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 subordinación⁴; carga probatoria que corresponde, se reitera, 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"*⁵.

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

⁴ 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"

⁵ 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.

de trabajar para el Estado⁶, punto este que igualmente, acoge la Corte Constitucional, como se puede apreciar en sentencia T- 093 de 2010⁷.

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 Estado⁸, 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

⁶ 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.

⁷ “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 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”

⁸ 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)

contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de 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”

Así las cosas, la sub regla jurídica vigente de la Corporación Suprema de lo Contencioso Administrativo y precedente aplicable⁹, entendido este “*como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla – prohibición, orden o autorización – determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”*, indica que la reclamaciones laborales que se deriven de la teoría del contrato realidad por celebración de contratos de prestaciones de servicios, deben ser realizadas dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación del vínculo contractual – formal que se pretende desvirtuar, amén de lo expuesto frente al tema de aportes pensionales.

2.2.2. CASO CONCRETO

Recapitulando tenemos que la señora ROSA TUIRÁN ÁLVAREZ expresa que celebró con LA UNIVERSIDAD DE SUCRE, varios contratos de prestación de servicios para ejecutar la labor de AUXILIAR ADMINISTRATIVO, vínculo formal que se desnaturalizó y derivó en una verdadera relación laboral

⁹. Sentencia T- 292 de 2006. Citada por Manuel Fernando Quinche Toro, en su texto, “el precedente judicial y sus reglas”. Página 38. Ediciones doctrina y ley.

comprendida entre el 1 de abril de 1986 y el 31 de diciembre de 1990, para lo cual formuló reclamación en sede administrativa el 4 de abril de 2014 (ve folio 33-36).

La juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, considerando que no se probó el elemento subordinación, pues no se allegó prueba tendiente a acreditar dicho elemento de la relación laboral.

El demandante en su recurso de apelación, expone que se vulneraron derechos fundamentales al demandante al no practicarse la prueba testimonial solicitada en la demanda, lo que configura además la nulidad del proceso. Reitera además las pretensiones de la demanda, con sustento en la configuración de los elementos de la relación laboral y la desnaturalización de los contratos de prestación de servicios.

Pues bien, conforme el material probatoria incorporado de manera oportuna debe la Sala analizar si se encuentran demostrados los elementos que condicionan la aplicación de la teoría del contrato realidad, a saber, prestación personal del servicio bajo modalidad contractual, subordinación y la retribución, a lo cual se Sala, así:

2.2.2.1. PRUEBA DE LOS ELEMENTOS DE LA RELACIÓN LABORAL.

En lo que respecta a la acreditación de los elementos de la relación laboral, para efectos de dar cabida a la tesis del contrato realidad, encuentra la Sala que, tal como lo señaló el A quo, la prestación del servicio se encuentra acreditada con la copia de los contratos respectivos, e igual ocurre con la retribución, la cual se acredita con la remuneración pactada en los respectivos contratos de prestación de servicios.

El problema jurídico gira en torno a la prueba del elemento subordinación, dado que el A quo consideró que el mismo no se encuentra probado, punto en el cual, el Tribunal concuerda con la conclusión de primera instancia, porque no existen medios probatorios de los cuales se permita tener acreditado el elemento subordinación en la prestación del servicio de la señora ROSA TUIRÁN ÁLVAREZ como Auxiliar Administrativo en la UNIVERSIDAD DE SUCRE, en el tiempo comprendido entre el 1 de abril de 1986 y el 31 de diciembre de 1990, pues en este caso particular, la sola

existencia de los contratos per se, no puede ser tomado como hecho indicativo y único de la existencia de la subordinación, como quiera que el elemento prestación personal del servicio, es un elemento presente en diversas formas de vinculación, no siendo predicado único del contrato realidad.

En ese orden, revisado el expediente, no encuentra la Sala elemento de prueba tendiente a acreditar que existió subordinación en medio de la prestación del servicio de la demandante para con la UNIVERSIDAD DE SUCRE, máxime que era precisamente la primera quien tenía la carga de la prueba de dicho supuesto de hecho, para efectos de la prosperidad de las pretensiones, conforme lo señala el artículo 167 del CGP, aplicable por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011.

Es menester reafirmar, que 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 tal sentido, Ha dicho el Consejo de Estado 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*"¹⁰, agregando 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*",

Frente al elemento subordinación, se ha señalado como la línea divisoria del

¹⁰ 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.

contrato de prestación de servicios y la relación laboral, pues ello permite acreditar que la vinculación contractual formal, esto que detrás de la labor de contratista se esconde, disfraza una verdadera relación laboral.

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 estatales¹¹, cuando ellos no se puedan celebrar con 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 necesarios¹².

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"*, debiendo reiterar esta Sala que *"entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades"*¹³, *de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el*

¹¹ ARTÍCULO 3o. Ley 80 de 1993. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en 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.

¹² 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"

¹³ 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.

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”¹⁴⁻¹⁵

De donde se sigue entonces 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, recordando tal como antes se expresó, que el contrato estatal puede ser suscrito para la realización de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, esto es, que tengan que ver con el giro ordinario de sus actividades u objeto social, sin embargo ello no descarta que la sólo celebración del contrato *per se*, permita en algunos casos presumir la existencia del elemento subordinación¹⁷ por estar ínsita en la misma actividad desplegada, o en otros por virtud del indicio, 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 expresamente prohibido¹⁸.

Revisando el plenario, no se encuentra prueba que permita afirmar con certeza la existencia del elemento subordinación, la cual en este caso particular no puede ser extraída de la sola celebración de los contratos estatales, puesto que la misma no se presume, ni se enmarca en aquellos eventos en los cuales, el H. Consejo de Estado, ha dicho que por estar ínsita en la misma actividad

¹⁴ 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.

¹⁵ Ídem 9.

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.

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.

desarrollada, se presume¹⁹. Esta falencia probatoria que debe ser asumida por quien le incumbía la responsabilidad de confirmar la existencia de los tres elementos de la teoría del contrato realidad.

Así las cosas y retomando el argumento central, para la Sala en el sub examine, no se cumplió con la prueba fehaciente de los tres elementos estructurantes y necesarios para la aplicación de la teoría del contrato realidad, de manera especial, la subordinación, razón por la cual la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada.

- **De la solicitud de nulidad de lo actuado en primera instancia.**

En lo que comporta el análisis de la validez del acto procesal como tal, resalta la Sala que en el trámite impartido al decreto de pruebas se aplicó el procedimiento legal establecido, así como las normas que rigen la correspondiente actuación procesal, por lo que no es dable concluir que no existió un desconocimiento normativo que implique la nulidad del acto procesal. Máxime si consideramos que el solicitante no expuso de manera clara y concreta la causal de nulidad invocada, así como la argumentación precisa de cómo la actuación procesal en comento constituye una nulidad, y que por ende deba ser anulada.

No sobra además advertir que, como más adelante se revisara que la prueba que echa de menos la parte actora no se incorporó debido a su acto propio, cuando desistió de la prueba testimonial, amén que una vez aceptado el desistimiento por el Juez de Instancia no formulo objeción alguna, no pudiendo en esta instancia, alegar la existencia de un vicio procesal cuando no lo invocó en su oportunidad, tal como lo enseña el artículo 207 de la Ley 1437 de 2011, que reza:

“Artículo 207. Control de legalidad. Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrear nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes.”

Conforme con lo anterior, agotada una etapa procesal pertinente, como lo era la probatoria, no puede alguna de las partes alegar nulidades en etapas posteriores, como ocurre lo pretende la parte actora y recurrente.

¹⁹ Por ello, la responsabilidad probatoria en materia de contrato realidad entre el sector público y el privado regulado por el CST, es diferente.

El Tribunal no comparte el argumento presentado por la parte actora y recurrente frente a la violación de sus derechos fundamentales por la no práctica de la prueba testimonial solicitada en la demanda, pues su no recepción no obedeció a una actuación arbitraria y caprichosa del Juez de Instancia, como para considerarla violatoria del debido proceso probatorio en la arista del derecho fundamental a la prueba; puesto como se aprecia del examen de la audiencia de pruebas, el no recaudo de la testimonial, obedeció exclusivamente al desistimiento como acto procesal propio de parte y procedente en materia probatoria de conformidad con el artículo 175 del CGP.

Sobre el particular, y sin entrar en mayores disquisiciones, se advierte que en efecto, con la demanda el apoderado de la parte actora solicitó como prueba testimonial, llamar a declarar a las señoras BRUNILDA LEDESMA CORDERO y NURY VEGA MACEA (Folio 18), a lo cual se accedió en la oportunidad pertinente dentro de la audiencia inicial celebrada el 21 de agosto de 2015, señalándose el día 8 de octubre de 2015 a las 10:00 am para la recepción de los testimonios (Folio 125).

Pues bien, el día de la audiencia de pruebas (Ver CD Audiencia de Pruebas, Folio 147), luego de incorporadas las pruebas documentales allegadas al plenario, la señora Juez dispuso la práctica de la prueba testimonial, por lo que preguntó a la apoderada sustituta de la parte demandante respecto de la comparecencia de los testigos citados, a lo que esta respondió que los testigos no se han hecho presentes ni estaban en disponibilidad de llegar a la diligencia pues no diligenciaron los permisos laborales respectivos (Min. 09:10 a 10:00). Ante ello, la señora Juez le pregunta a la apoderada sobre si desiste de los testimonios, a lo que esta responde afirmativamente (Min. 10:06 y ss).

Consecuente con ello, el A quo dispuso aceptar el desistimiento de los testigos BRUNILDA LEDESMA CORDERO y NURY VEGA MACEA, realizado por LINA MARCELA SERNA MERCADO, apoderada sustituta de la parte actora, conforme poder de sustitución visible a folio 148, entre cuyas facultades conferidas está expresamente señalada la de desistir, poder suscrito por el apoderado principal de la parte actora.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 175 del CGP, aplicable por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, las partes pueden desistir de las pruebas no practicadas y que se hubieren solicitado, tal como ocurrió en el presente asunto.

El artículo 175 del CGP, expone:

"Artículo 175. Desistimiento de pruebas.

Las partes podrán desistir de las pruebas no practicadas que hubieren solicitado.

No se podrá desistir de las pruebas practicadas, excepto en el caso contemplado en el inciso final del artículo 270

De igual manera, el artículo 316 del CGP, en su inciso primero dispone:

"Artículo 316. Desistimiento de ciertos actos procesales.

Las partes podrán desistir de los recursos interpuestos y de los incidentes, las excepciones y los demás actos procesales que hayan promovido. No podrán desistir de las pruebas practicadas

....."

En virtud de lo anterior, se puede concluir que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno a la demandante, como quiera que la falta de práctica de la prueba testimonial obedeció al desistimiento de la apoderada sustituta, solicitud que fue aceptada en desarrollo de la audiencia de pruebas y notificada por estrados a las partes, por lo que en todo momento se respetó el debido proceso y nunca se ha impedido el acceso a la administración de justicia.

Las razones expresadas por la parte recurrente, para esta Colegiatura carecen de todo asidero jurídico, máxime si se tiene en cuenta que, quien solicita la prueba debe velar por la obtención de la misma y además debe cumplir con las cargas procesales y deberes que como actor del sistema judicial se le imponen de conformidad con el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011 que en su inciso final dispone que:

"Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen

funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código"

Respecto a los deberes, nos ilustra el numeral 11 del artículo 78 del C.G.P:

"Artículo 78. Deberes de las partes y sus apoderados.

(...)

11. Comunicar a su representado el día y la hora que el juez haya fijado para interrogatorio de parte, reconocimiento de documentos, inspección judicial o exhibición, en general la de cualquier audiencia y el objeto de la misma, y darle a conocer de inmediato la renuncia del poder.

Citar a los testigos cuya declaración haya sido decretada a instancia suya, por cualquier medio eficaz, y allegar al expediente la prueba de la citación".

En consonancia con esta norma el artículo 217 de la misma obra procesal dispone:

"Artículo 217. Citación de los testigos.

La parte que haya solicitado el testimonio deberá procurar la comparecencia del testigo. *Cuando la declaración de los testigos se decrete de oficio o la parte que solicitó la prueba lo requiera, el secretario los citará por cualquier medio de comunicación expedito e idóneo, dejando constancia de ello en el expediente.*

Cuando el testigo fuere dependiente de otra persona, también se comunicará al empleador o superior para los efectos del permiso que este debe darle.

En la citación se prevendrá al testigo y al empleador sobre las consecuencias del desacato"

Así las cosas, el incumplimiento a los anteriores presupuestos, acarrea en este caso, la consecuencia contenida en el numeral 1º del artículo 218 ibídem, máxime cuando existió desistimiento de la práctica de la prueba.

Resta destacar en este punto, que si bien el Juez goza de amplios poderes de instrucción y probatorios, estos últimos, no está confeccionados para suplir negligencias probatorias de las partes ni para remplazar a las partes en su autorresponsabilidad probatoria, principio que aún bajo la nueva concepción de la carga de la prueba del artículo 167 del CGP, se mantiene como regla general.

Refiriéndose al sucedáneo de la prueba, el H. Consejo de Estado, ha señalado:

"El artículo 177 del Código de Procedimiento Civil es claro en señalar que a las partes incumbe "probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", disposición legal que establece la carga de prueba para el actor de probar los hechos en que fundamenta sus pretensiones. En relación con el contenido de la indicada carga de la prueba y las consecuencias que de ella se derivan, conviene tener en cuenta lo expuesto por la Sala Plena de esta Corporación: "La noción de carga

ha sido definida como 'una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto'. La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir —incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente— con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que simplemente faculta —la aludida carga—, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desfavorables, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree. Trayendo este concepto al ámbito del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se traduce en que a pesar de que la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba —verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida—. En ese orden de ideas, el concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que desplieguen en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y / o la contraprueba de aquellos que, habiendo siendo acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo. Como fácilmente puede advertirse, el aspecto en últimas más trascendente de las reglas de la carga de la prueba se concreta en las consecuencias que se derivan de su no satisfacción, esto es, del no ejercicio de los derechos a la aportación o solicitud de práctica de pruebas o a la formulación de alegaciones dentro del proceso, si se tiene en cuenta que la finalidad de éste, para las partes, es la estimación o desestimación de la(s) pretensión(es) formulada(s) y que, por ello, dentro de él se lleve a cabo una instrucción encaminada a proporcionar al juzgador los elementos necesarios para que pueda efectuar la comparación entre los fundamentos de tal(es) pretensión(es) y el ordenamiento jurídico. Y el de las consecuencias del incumplimiento de la carga de probar o alegar es el aspecto más relevante, habida cuenta de que la parte que desee obtener un resultado favorable a sus pretensiones necesitará probar y alegar todo aquello que sea útil y pertinente para la defensa de su posición. En otros términos, «no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota»; las reglas de la carga de la prueba sirven para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una alegación incompleta, pues aunque el juez no disponga de todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de «non liquet» le obliga a resolver, en todo caso. Es entonces cuando las reglas de la carga de la prueba le indicarán en cabeza de cuál de las partes recaía la obligación de haber acreditado un determinado hecho y, por consiguiente, a quién corresponderá adscribir, en la sentencia, las consecuencias desfavorables derivadas de su no demostración, pues dichas reglas, precisamente, permiten al fallador cumplir con su función de resolver el litigio cuando falta la prueba, sin tener que abstenerse de dirimir, de fondo, la cuestión, para no contrariar, con un pronunciamiento inhibitorio, los principios de economía procesal y de eficacia de la función jurisdiccional. De ahí su importancia, pues "[S]i no existiera esta regla de juicio que faculta al juez para evitar el non liquet cuando falte la prueba, sería muy frecuente el fracaso del proceso y la consiguiente pérdida de tiempo, trabajo y dinero para el Estado y las partes. La justicia y la función jurisdiccional del Estado resultarían entorpecidas y frustradas en infinidad de ocasiones al no ser posible la sentencia de mérito, a la vez que se fomentaría la incertidumbre jurídica en las relaciones sociales, la repetición indefinida de procesos para el mismo litigio, y se permitiría que quienes

tengan interés en esa situación caótica puedan fácilmente burlar los fines de interés público del proceso y la jurisdicción, ocultando pruebas y entorpeciendo la actividad oficiosa del juez. La carga de la prueba es, por consiguiente, una medida imprescindible de sanidad jurídica y una condición sine qua non de toda buena administración de justicia. Por otro aspecto, según opinan varios autores, es la guía imprescindible y fundamental del juzgador en la solución de los litigios, que orienta su criterio en la fijación de los hechos que sirven de base a su decisión: 'sustrae el derecho al arbitrio de la probabilidad y lo coloca bajo la égida de la certeza'. Conviene precisar, en cualquier caso, que las reglas de la carga de la prueba son apenas un sucedáneo de la actividad probatoria de las partes y, por tanto, sólo determinan el sentido de la decisión en ausencia de prueba. Pero si ésta es suficiente, las aludidas reglas no deben tener aplicación, pues ellas distribuyen entre las partes la falta de certeza y se convierten en un parámetro de decisión del cual se valdrá el juez ante el hecho incierto o desconocido, luego no sustituyen la actividad probatoria de la parte gravada con la carga de acreditar un hecho, sino a la prueba en sí misma, considerada objetivamente, cualquiera que debiera ser su origen, de modo que solamente cuando falta la prueba, debe el juez examinar a quién correspondía la responsabilidad de suministrarla, para aplicar, en su contra, las consecuencias desfavorables correspondientes. Desde esta perspectiva, las reglas de la carga de la prueba estimulan a las partes a demostrar los hechos que les interesan, precisamente para evitar que el juez aplique aquellas como sucedáneo de los elementos de prueba indispensables para acreditar los supuestos de hecho de las normas jurídicas con base en las cuales proferirá sentencia'²⁰

La Corte Constitucional, en Sentencia C-203 de 2011 manifestó que el derecho de acceso a la administración de justicia implica deberes o cargas para las partes cuya observancia contribuye con la realización de los principios de economía, oportunidad, lealtad, imparcialidad y celeridad procesales, señalando asimismo que:

"Siguiendo la doctrina, los deberes procesales provienen de la aplicación de normas procesales de derecho público, surgen con ocasión del proceso "(...) como consecuencia del ejercicio del derecho de acción que lo origina o del derecho de contradicción del demandado o imputado o de su trámite", corresponden al juez, a las partes, a los apoderados y a terceros, según el caso y "dan lugar a sanciones y a coerción para su cumplimiento", conforme las garantías del debido proceso. A su vez las cargas procesales, son un imperativo que también emana de las normas procesales de derecho público y con ocasión del proceso, pero sólo para las partes y algunos terceros. Son del propio interés de quien las soporta, lo que quiere decir que sólo lo favorecen a él y no a la otra parte, como ocurre con la obligación o con el deber. Y justamente por esta razón "no existe una sanción coactiva que conmine al individuo a cumplir, sino que se producirá, para el sujeto, como consecuencia de su incumplimiento, una desventaja para el mismo (y no para el otro sujeto)". Es decir que el sujeto procesal que soporta la carga, está en el campo de la libertad para cumplir o no con ella, de modo que si no lo hace no está constreñido para que se allane a cumplirla, por lo cual el no asumirla no dará lugar propiamente una sanción sino a las consecuencias jurídicas propias de su inactividad, que pueden repercutir también desfavorablemente sobre los derechos sustanciales que en el proceso se ventilan. Ahora que, con todo y haberse dicho que el incumplimiento de la carga procesal no es en sentido estricto sancionable, es cierto que la omisión de su realización puede traer consecuencias desfavorables para quien la soporta. Ellas pueden consistir en la preclusión de una

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, expediente No. 20001- 23-31-000-1998-04061-01(18499), sentencia del 11 de agosto de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Se puede consultar igualmente sentencia del 30 de abril de 2014, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, expediente No. 700012331000200000111601(36410). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

oportunidad o de un derecho procesal, hasta la pérdida del derecho material, "dado que el sometimiento a las normas procedimentales o adjetivas, como formas propias del respectivo juicio, no es optativo para quienes acuden al mismo con el objeto de resolver sus conflictos jurídicos, en tanto que de esa subordinación depende la validez de los actos que de ellas resulten y la efectividad de los derechos sustanciales". Por último, las obligaciones procesales son entendidas como la "prestación de contenido patrimonial exigible a las partes coercitivamente y cuyo incumplimiento genera de ordinario contraprestaciones a título de sanción". Se trata, como en el caso de los deberes, de imperativos provenientes de las normas procesales de derecho público, que surgen del ejercicio del derecho de acción o de contradicción, pero que sólo se predicán de las partes y terceros. Con todo, se diferencian de aquéllos porque, correlativamente a la obligación, "existe un derecho subjetivo de alguna persona o del Estado para que el acto se cumpla y para recibir beneficios y tienen un contenido de carácter patrimonial". Dicho de otro modo, "son un vínculo impuesto por el interés ajeno (...), generalmente bajo pena de sanción (obligación)". Es el caso de las costas del proceso y los honorarios de los auxiliares de la justicia".

Así las cosas, que no existe violación de derechos fundamentales de la actora como lo alega en su recurso de apelación, pues la no incorporación de la prueba testimonial con la cual aduce demostraría la subordinación, obedeció al desistimiento de la prueba que no había sido practicada como acto libre de parte y no a una actuación irregular del Juez de Instancia, amen como se indicó previamente que la solicitud no reúne las condiciones para configurar la nulidad solicitada y por tanto, no se accederá a la misma.

2.3. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante apelante, y a favor de la entidad demandada. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA 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 del 29 de agosto de 2016 por el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE**

SINCELEJO, en consideración a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia al demandante apelante y a favor de la entidad demandada. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

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° 48

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA