



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintiocho (28) de noviembre de de dos mil trece (2013)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 103

TEMAS: RELACIÓN LABORAL COMO REALIDAD – PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LA FORMALIDAD – PRUEBA SUFICIENTE SOBRE LA SUBORDINACIÓN COMO CARACTERÍSTICA DIFERENCIADORA ENTRE EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LA RELACIÓN LABORAL

INSTANCIA: SEGUNDA

Decide la Sala la apelación interpuesta por la parte demandada en oposición a la sentencia del 31 de julio de 2013, proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE, en el proceso que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instauró JOSÉ FERNANDO MENDOZA TAMARA en contra del DEPARTAMENTO DE SUCRE – ASAMBLEA DEPARTAMENTAL.



1. ANTECEDENTES:

1.1. LO QUE SE DEMANDA:

Pretende la parte demandante lo siguiente¹:

PRIMERO: Que se declare la Nulidad del oficio fechado 19 de enero de 2012, notificado el 6 de febrero de 2012, emanado del despacho del Secretario General de la Asamblea Departamental de Sucre y como consecuencia se restablezca el derecho ordenando al DEPARTAMENTO DE SUCRE, lo siguiente:

- 1.1.1. Que debe reconocer la administración la calidad de empleado público del demandante en su calidad de funcionario de hecho de la administración, por haberse desempeñado en el cargo de MENSAJERO, APOYO LOGÍSTICO Y ENCARGADO DEL SONIDO en el período comprendido entre el 1 enero de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2010 fecha en que fue desvinculado sin justificación alguna.
- 1.1.2. Que se reconozca y cancele al demandante, los siguientes conceptos salariales y prestacionales: Las asignaciones básicas mensuales en el período comprendido de enero de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2010 , la cancelación de las prestaciones sociales a que tiene derecho por ley como servidor público del orden departamental, la cancelación de las primas legales y extralegales tales como prima de navidad, prima semestral, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, compensación de las vacaciones, bonificación por recreación, viáticos y gastos de viaje, cotizaciones al régimen de seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales, aportes al fondo de cesantías con sus respectivos intereses, y los demás emolumentos salariales y prestacionales a que tienen derecho los servidores públicos del orden departamental en el período en que estuvo vinculado en la entidad, así

¹ Fol. 1-2 C.1.



mismo debe la administración reconocer y cancelar la sanción moratoria a que hace referencia el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no consignar las cesantías en los términos legales.

SEGUNDO: El reconocimiento respectivo será actualizado, aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha en que debió reconocérsele los derechos aquí reclamados y hasta que se verifique el pago total de las obligaciones adeudadas.

TERCERO: Estos valores se liquidarán en concreto y se dará cumplimiento a lo consignado en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

CUARTO: Todo pago se imputare primero a intereses.

1.1.LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA:

El accionante fundamenta las anteriores pretensiones, en los hechos que a continuación el Tribunal procede a resumir:

Asegura que fue vinculado a la ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE SUCRE en el cargo de MENSAJERO, APOYO LOGÍSTICO Y ENCARGADO DEL SONIDO, mediante la modalidad de contratos órdenes de prestación de servicios, entre el mes de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2010, fecha en que fue desvinculado sin mediar justificación alguna.

Manifiesta que en la práctica cumplía funciones propias de los empleados públicos de la administración.

Informa que en el período antes indicado, nunca fue afiliado al régimen de seguridad social integral en salud, pensiones y riesgos profesionales, ni le cancelaron en forma integral el salario y mucho menos las prestaciones sociales.



Refiere que las remuneraciones salariales fueron variando en cada contrato u orden de prestación de servicio suscrita, y a la fecha de terminación de la relación devengaba como salario una suma aproximada a \$1.100.000.

Aduce que cumplía horario de trabajo, en el período comprendido del mes de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2010, de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 12:00 m y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m. y cuando la ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE SUCRE sesionaba los sábados, domingos y feriados, también le correspondía cumplir con el horario de las sesiones, por cuanto era el encargado del audio.

Plantea que recibía órdenes directas de quienes fungieron como miembros de la mesa directiva de la asamblea departamental y en especial de quienes fungieron como secretarios generales de la corporación desde el mes de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2010, de quienes recibía órdenes para el cumplimiento de las labores en el ejercicio de las funciones propias del cargo que desempeñaba.

Expone que al momento de finalizar la relación laboral la entidad no canceló las prestaciones sociales que por ley tiene derecho.

Informa que el 12 de enero de 2012 presentó ante el Presidente de la Asamblea Departamental de Sucre, escrito de agotamiento de vía gubernativa, recibiendo respuesta mediante oficio fechado 19 de enero de 2012, notificado el 6 de febrero de 2012 emanado del despacho del Secretario General de la Asamblea Departamental de Sucre.

Por último, indica que presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría No 44 Judicial II para Asuntos Administrativos, el 6 de junio de 2012 y se realizó audiencia de conciliación el 1 de agosto de 2012, la cual se dio por fallida por no existir ánimo conciliatorio por parte de la entidad citada.



1.2. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El actor señala como disposiciones quebrantadas los artículos 2, 6, 13, 25, 29, 53, 93, 122, inciso 2 del artículo 123 y 125 de la C.P., 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Decretos 1042 de 1978, 1045 de 1978 y 1919 de 2002.

Amparado en las normas transcritas, el accionante manifiesta que se trasgredieron las disposiciones constitucionales citadas, por cuanto se desconocieron las obligaciones en ella contenidas, los empleados públicos tienen derecho a exigir del Estado que tanto los nombramientos como las remociones de sus servidores se hagan con plena observancia de las normas que regulan la función pública, pues de lo contrario, se generan irregularidades en las formas de vinculación de personal, en desmedro de los derechos que le asisten a las personas que laboran en el Estado.

Argumenta que en el caso bajo estudio, el nominador vincula a la Administración al actor mediante la modalidad de contrato u orden de prestación de servicios, durante el término de la relación laboral siempre se implementó esta figura para cancelar salarios bajo la figura de honorarios profesionales, al supuesto contratista de la administración, pero en la práctica adquieren la calidad de funcionarios de hecho de la administración en la modalidad de empleados públicos, por cuanto cumple con funciones que le son propias a los empleados públicos y recibe órdenes tanto del nominador de la Entidad como de los funcionarios de alto nivel.

Considera que el cargo objeto de este proceso es de naturaleza de carrera administrativa, pero el actor fue vinculado inicialmente en el cargo en forma irregular bajo las modalidades de contrato u orden de prestación de servicios, convirtiéndose en un funcionario de hecho quien cumple con un horario de trabajo, tiene a cargo unas funciones que corresponde a un empleado público de carrera administrativa, que se encuentra subordinado bajo las órdenes del Representante Legal de la Entidad y de los funcionarios de alto rango.



Continuó su discurrir, citando apartes de pronunciamientos proferidos por el H. Consejo de Estado y la H. Corte Constitucional sobre el tema del vínculo laboral como realidad, para culminar solicitando que se accedan a las súplicas de la demanda.

1.3. ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 1 de agosto de 2012 (fol. 45 C. Principal).
- Inadmisión de la demanda: 6 de agosto de 2012 (fol. 47 C. Principal).
- Corrección de la demanda: 23 de agosto de 2012 (fol. 52 C. Principal).
- Admisión de la demanda: 7 de septiembre de 2012 (fol. 53 C. Principal).
- Sentencia de primera instancia: 31 de julio de 2013 (fol. 192 C. Principal).
- Apelación y concesión de la apelación: 25 de septiembre de 2013 (Reverso fol. 217 C. Principal).
- Auto que admite el recurso de apelación: 1 de octubre de 2013 (fol. 3 Cuaderno N° 2)

1.3.1. RESPUESTA A LA DEMANDA:

La entidad demandada, contestó la demanda en memorial visible a folios 61 a 71 C1, dentro del cual se pronunció respecto de los hechos, manifiesta que es parcialmente cierto que el demandante se haya vinculado a la ASAMBLEA DEPARTAMENTAL a través de contratos de prestación de servicios, aclarando que la vinculación de una persona como funcionario de la administración pública ocurre mediante una relación legal y reglamentaria, que le da al funcionario la



calidad de servidor público o por medio de un contrato de trabajo, que le da al funcionario la calidad de trabajador oficial.

Resalta que los contratos u órdenes de prestación de servicios no fueron continuos, y que tampoco la Asamblea Departamental sesiona en forma permanente, sino que lo hace en períodos determinados por la ley, tal y como lo expuso el Secretario General de la Corporación al darle respuesta al derecho de petición formulado por el actor.

Manifiesta que al no haber estado vinculado el demandante bajo ninguna de las modalidades de vinculación de carácter laboral con la entidad demandada, esta no tenía la obligación de afiliarlo al régimen de Seguridad Social, ni de reconocer y pagar salarios y prestaciones sociales.

Precisa que el actor debía cumplir con las obligaciones adquiridas en cada contrato, las que no estaban condicionadas a ejecutar durante un horario determinado, e inclusive algunas de esas obligaciones contractuales se debían cumplir una sola vez al mes.

Aduce que la existencia de un contrato de prestación de servicios no le impide a la administración dar instrucciones o vigilar la ejecución del mismo. En este orden de ideas, advierte que en los contratos suscrito entre el demandante y la Asamblea Departamental, se plasmaron siempre las obligaciones que le correspondía cumplir al contratista, las que ejecutaba con absoluta autonomía y libertad técnica, razón por la cual se recuerda que la existencia de un contrato independiente de carácter civil o comercial en ningún caso implica la prohibición para que el CONTRATANTE pueda dar instrucciones o ejercer control y supervisión sobre el CONTRATISTA.

Acepta la existencia del Oficio fechado el 19 de enero de 2012, notificado el 6 de febrero de 2012, como acto administrativo acusado.



Teniendo en cuenta lo anterior, se opone a las pretensiones de la demanda, argumentando que es condición “*sine cuan non*”, para acceder a las suplicas de la demanda, que el demandante pruebe todos y cada uno de los hechos alegados, y que en el caso bajo análisis el actor no ha estado vinculado bajo ninguna de las modalidades de vinculación de carácter laboral con la entidad demandada, sino mediante contratos u órdenes de prestación de servicios, los que se advierte no fueron continuos, no se causaron a favor del actor las prestaciones sociales que pretende se le reconozcan mediante esta acción, lo que genera que el resto de pretensiones también estén llamadas a ser denegadas.

Advierte que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, por el solo hecho de estar una persona vinculada no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, requisitos que evidentemente no se cumplen en este caso, pues el mismo actor confiesa en que él le prestó servicios a la Asamblea Departamental de Sucre, mediante la modalidad de suscripción de contratos u órdenes de prestación de servicios, los cuales reitera, no fueron continuos, además de advertir que la Asamblea Departamental por mandato legal solamente sesiona durante los períodos establecidos por la ley.

Plantea que de conformidad con los artículos 122 y 125 de la C.P. existen en el régimen jurídico colombiano tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos que las tipifican, a saber:

- a) Empleados públicos vinculados mediante una relación legal y reglamentaria;
- b) Trabajadores oficiales, vinculados mediante una relación contractual laboral;
- c) Contratistas de prestación de servicios, vinculados mediante una relación contractual estatal.

En el evento que los contratos de prestación de servicios se lleguen a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción



contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.

Cita varias providencias de las Altas Cortes Colombianas y plantea las siguientes excepciones de fondo:

1.3.1.1.CADUCIDAD DE LA ACCION: Refiere que la presente acción, según lo previsto en el artículo 136 del C.C.A., debió iniciarse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha en que fue notificado el Acto Administrativo acusado, lo que ocurrió según lo confiesa el actor y está probado documentalmente, el **6 de febrero de 2012**, la demanda debió presentarse **antes del** día 6 de junio de 2012, fecha en la que se cumple el término de 4 meses establecido por la ley para promover esta acción, sin embargo, fue en esa fecha cuando se presentó la solicitud de conciliación, lo que evidentemente se hizo con el propósito de interrumpir un término que ya estaba cumplido, pues legalmente los términos se cuentan en la forma prevista en la ley, (Art. 121 del C. de P. Civil) norma según la cual, cuando el término es de meses, este inicia y terminan el mismo día, es decir, si son cuatro meses contados a partir del día 6 de febrero, el término se cumple el día 6 de junio, pues el término aquí establecido no es de horas, ni de días, evento en el cual habría que interpretar que un día equivale a 24 horas. En el presente caso, es evidente que el actor al presentar la solicitud de conciliación el día 6 de junio de 2012, cuando ya está cumplido el término de cuatro meses que establece la ley para promover esta acción, hábilmente trata de revivir el término que ya se había cumplido, provocando la confusión que llevó al Juez a admitir la demanda cuando debió inadmitirla.

1.3.1.2.FALTA DE CAUSA PARA PEDIR: Argumenta que se pretende con la demanda, que se declare la nulidad del Oficio de fecha 19 de enero de 2012, notificado el día 6 de febrero de 2012, por medio del cual se le niega



al actor la solicitud de pago de prestaciones sociales y acreencias laborales reclamadas, y en consecuencia que reconozca la Administración la calidad de empleado público del actor, y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales enlistadas lo cual es pretender que se profiera un fallo contrario al orden jurídico, en contra del principio consagrado en el Artículo 230 de la Constitución, según el cual, “*los jueces en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley*”, para significar que, un juez no puede acceder a una pretensión que no esté soportada en una norma legal, como se pretende en esta demanda, contrariando además, el principio consagrado en el artículo 305 del C.P.C., aplicable por analogía en este asunto, que prevé que la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pruebas de la demanda.

1.3.1.3.PRESCRIPCION: Sostuvo que esta excepción se fundamenta en el hecho que el fenómeno jurídico de la prescripción de los derechos laborales que se encuentra regulada en el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, y en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y la S.S., por lo que asegura que los derechos del actor, de existir, han caducado, en atención a que desde la prestación del servicio a la fecha ha corrido más de tres años.

1.4. LA PROVIDENCIA RECURRIDA:

La Jueza de primera instancia luego de hacer mención a la línea jurisprudencial del H. Consejo de Estado en lo atinente a la relación laboral como realidad, y previa valoración de la prueba recaudada, consideró que se demostraron al interior del proceso todos los elementos de la relación laboral como son la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación, por lo que consideró procedente la concesión del derecho del actor, previa anulación del acto administrativo acusado, declarando igualmente que no había lugar a la declaratoria de prescripción en atención a que el derecho nace con la sentencia, por lo que no existe el mencionado fenómeno extintivo del mismo.



1.5. LA APELACIÓN

El demandado presentó recurso de apelación con la sentencia, afirmando que en el presente caso, si bien es cierto que el demandante le prestó servicios a la ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE SUCRE, lo hizo mediante la modalidad de contratos u órdenes de prestación de servicios durante períodos fijos determinados en cada uno de los contratos suscritos, servicio por demás especializado, lo que evidentemente le quita la connotación de trabajador subordinado.

Manifiesta que los contratos celebrados, eran de apoyo logístico y que los testigos citados por el demandante, manifestaron que era esa la labor que desempeñaba el demandante, pero que este una vez cumplía su labor que era durante la sesión de la Asamblea, él se queda en la corporación y algunos de los funcionarios lo enviaban a hacer mandados, labor que cumplía voluntariamente con el objetivo que le mantuvieran el contrato de prestación de servicios, pero no por que fuera su obligación contractual.

Esgrime que si se analiza el testimonio del Tesorero, el deja claro que quien hacía las labores de mensajería era él mismo, es decir, el Tesorero o pagador de la Asamblea, pues una de las funciones que se abroga el demandante era la de consignar cheques y hacer vueltas en los bancos.

Por otra parte, advierte que para cumplir el objeto de sus contratos recibía órdenes del Secretario, ello no implica *per se*, subordinación laboral, pues quien contrata la prestación de un servicio tiene la facultad de indicar por lo menos la forma y manera en que le van a prestar el servicio, sin que ello implique subordinación.

Por otra parte, argumenta en contra de la sentencia que el *A-quo* decidió condenar a la entidad demandada a pagarle al demandante a título de INDEMNIZACIÓN REPARATORIA el equivalente a las prestaciones sociales recibidas por los empleados públicos en cargos homólogos de dicha entidad, por los siguientes



períodos: **1 de febrero al 30 de abril de 2007, 13 de junio al 13 de septiembre de 2007, 18 de octubre al 31 de diciembre de 2007, 3 de enero al 2 de junio de 2008, 27 de agosto del 2008 al 26 de enero de 2009, 2 de febrero al 31 de diciembre de 2009, y 25 de enero al 31 de diciembre de 2010**, sin considerar el fenómeno jurídico **de la prescripción trienal**, que el Juez contencioso administrativo debe declarar oficiosamente, en aplicación del principio que pone a la administración pública en incompetencia para renunciar a sus derechos, y para salvaguardar el patrimonio estatal, en aplicación de la regulación consagrada en el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, que en su artículo 102.

Frente a la tendencia jurisprudencial del Consejo de Estado de que la prescripción de estos derechos se comenzará a contar a partir de la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo, argumenta que tal entendimiento es contrario a derecho, pues las normas del derecho laboral son de orden público, y por lo tanto son de obligatorio cumplimiento, de tal manera que si un contratista cree tener derecho de carácter laboral debe presentar su reclamación dentro del término trienal contado a partir de cuando el derecho se haya hecho exigible, cambiarle el sentido a la norma que regulan el término de prescripción por vía jurisprudencial, es crear inseguridad jurídica.

1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA:

-PARTE DEMANDANTE (Fol. 9 Cuaderno # 2)

En su escrito de alegatos solicita la confirmación de la sentencia de primer grado, en atención a que se encuentra acorde con lo demostrado dentro del proceso y la línea jurisprudencial del Consejo de Estado en los casos en donde el contrato de prestación de servicios se desdibuja para disfrazar una relación laboral como realidad.



-PARTE DEMANDADA (Fol. 10 y 11 Cuaderno # 2).

Dentro del término concedido, el DEPARTAMENTO DE SUCRE reiteró los argumentos expuestos, asegurando que el *A quo* falló sin prueba suficiente de lo narrado en la demanda.

Igualmente, trae a colación la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 2008, rad IJ-0039, asegurando que el fallo de primera instancia la contraria, por lo que concluye que la relación existente entre el demandante y la demandada fue un contrato de prestación de servicios regido por la Ley 80 de 1993.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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 del C.P.A.C.A., en Segunda Instancia.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

2.1. PROBLEMAS JURÍDICOS

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes y la argumentación del demandante apelante, entra el Sala a dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

-Problema jurídico principal.

¿Se logra probar de manera fehaciente los elementos de una relación laboral como realidad?



-Problema jurídico subsidiario.

¿Desde cuándo se debe contar la prescripción de los derechos en los casos en donde se pretenda la existencia de una relación laboral como realidad en el ámbito del derecho público?

2.2. EL PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES PÚBLICAS:

El tema en debate, no ha sido pacífico al interior de la jurisprudencia del CONSEJO DE ESTADO, partiendo de la base que en múltiples ocasiones la administración contrata a su personal a través del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, para lo que efectivamente se encontraba facultado de acuerdo con el Decreto 222 de 1983 “*Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones*” y posteriormente conforme el artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, **pero resulta innegable que igualmente el artículo 53 de la C.P., consagra como principios en toda relación laboral el de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales y el de primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.**

Así pues, encontramos como la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del CONSEJO DE ESTADO, a través de la providencia radicada IJ0039 de 2003, citada por la entidad demandada en sus alegatos en esta instancia, dio prevalencia a la norma de la contratación estatal. En los apartes más importantes de esta providencia, dijo el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa:

“En el aparte transcrito la norma señala el propósito de dicho vínculo contractual, cual es el de que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa; además, que dicha relación jurídica se establezca con personas naturales, bien sea cuando lo contratado no pueda realizarse con personal de planta, lo que a juicio de la Sala acontece, por ejemplo, cuando el número de empleados no sea suficiente para ello; bien sea cuando la actividad por desarrollarse requiera de conocimientos especializados.”



Resulta, por consiguiente, inadmisibles las tesis según las cuales tal vínculo contractual sea contrario al orden legal, pues como se ha visto, éste lo autoriza de manera expresa.”²

No obstante la anterior posición se tornó en una decisión aislada, dado que con posterioridad y de manera reiterada, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso del Consejo de Estado, retomó su postura inicial, la cual se resume que de existir una prestación personal de un servicio, una remuneración y la subordinación o dependencia, existe una verdadera relación de trabajo, por lo que da prevalencia a los principios constitucionales ya mencionados. Sobre este punto, esta Judicatura trae a colación, la siguiente providencia, la que por su riqueza conceptual se transcribe *in extenso*:

“2.1 El contrato de prestación de servicios y la teoría de la relación laboral. La Constitución Política de 1991, contempló en el Capítulo II, de la función pública, lo siguiente:

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1º)... ”

“Art. 125 Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...).”

De acuerdo con las citadas normas, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).

Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.

Respecto a la carga probatoria que tiene quien pretenda obtener a su favor los beneficios del contrato de trabajo, vale la pena, traer a colación las orientaciones señaladas por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 1º de junio de 2004, con radicación 21554:

² CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: NICOLÁS PAJARO PEÑARANDA. Sentencia del 18 de noviembre de 2003. Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0039-01(IJ). Actor: MARÍA ZULAY RAMÍREZ OROZCO. Demandado: DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.



“Es verdad que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la presunción de que toda relación de trabajo personal se entiende regida por un contrato de trabajo, frente a la cual la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido del criterio de que quien la alegue en su favor tiene que demostrar la prestación personal del servicio para entenderse cobijada por ella, mientras que al beneficiario de dicha prestación es a quien le corresponde desvirtuar que en la misma no existe el elemento de la subordinación (subrayas de la Sala).

...

2.3 Limitaciones legales a la utilización del contrato de prestación de servicios.

...

Como puede observarse, el ordenamiento jurídico ha previsto no sólo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal.

2.4 Solución judicial a la utilización fraudulenta del contrato de prestación de servicios.

La jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de esta Corporación han acudido a principios constitucionales en la solución de controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

En la práctica, cuando el Legislador utilizó la expresión "En ningún caso... generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales" no consagró una presunción de iure o de derecho, que no admite prueba en contrario, puesto que el afectado, como ya se vio, podrá demandar por la vía judicial competente el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y, por consiguiente, el pago de las prestaciones sociales a que haya lugar.

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.³

*Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que **el trabajo es un derecho fundamental** que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las*

³ *Ibidem.*



partes contratantes.

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003⁴, la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad negó las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento “coordinación”. No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento “subordinación” aspecto trascendente que como se anotó requiere ser acreditado fehacientemente, en la tarea de desentrañar la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido **personal** y que por dicha labor haya recibido una **remuneración** o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista **subordinación** o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia,⁵ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

Posteriormente, en sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, con ponencia del doctor Tarcisio Cáceres Toro, se efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, precisando que “para que una persona natural **desempeñe un EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA)** que se realice su **ingreso al servicio público** en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, **requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión**, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la **persona nombrada y posesionada** es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente. Ahora, muy excepcionalmente se da el caso de los **FUNCIONARIOS DE HECHO**, donde estos requisitos para el ingreso al empleo no se cumplen satisfactoriamente y cuyas repercusiones en diferentes campos del derecho han sido analizadas; para esta figura es indispensable la **EXISTENCIA DEL EMPLEO**, lo cual implica que esté previsto en la respectiva

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, M.P.: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarcisio Cáceres Toro.



PLANTA DE PERSONAL” (negrilla y subrayados originales del texto).

Y en sentencia de 15 de junio de 2006⁶, esta Subsección precisó que “cuando existe contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional”.

(...)

“En consecuencia, se reconocerá una indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir, para cuya liquidación se tomará como base el valor del respectivo contrato u orden de prestación de servicios” (resaltado de la Sala).

Recientemente, esta Sección modificó la tesis que reconocía al contratista que lograba demostrar los elementos de la relación laboral las prestaciones sociales dejadas de percibir a “título de indemnización”, considerando que las mismas se otorgan a título de “reparación del daño”, sin que por ello se convierta automáticamente en un empleado público:

“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.

(...)

Por lo anterior, los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación...^{7,8}

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, radicación No. 2603-05, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sent. del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P, Bertha Lucía Ramírez de Páez.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del 1 de julio de 2009. Radicación número: 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08). Actor: JOSÉ DOLORES OROZCO ALTAMAR. Demandado: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION Y CORPES.

En igual sentido y citando solo a título de ejemplo, la Sala trae a colación las siguientes providencias, siendo incontable el universo existente de ellas:

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERO PONENTE JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE. Sentencia del 23 de agosto de 2007. EXPEDIENTE No. 050012331000199803896-01. No. INTERNO: 8053-2005. AUTORIDADES MUNICIPALES. ACTOR: GUSTAVO DE JESÚS CARVAJAL RODRÍGUEZ.



De la extensa cita traída a colación, podemos concluir que la posición del Consejo de Estado, privilegia la aplicación de las normas constitucionales sobre protección al trabajo, al trabajador y los derechos irrenunciables de este, garantía dentro de la cual se encuentra la de la prevalencia de la realidad sobre la forma, posición que es claramente compartida por este Cuerpo Colegiado, dado que nos encontramos frente a unas normas superiores que consagran los derechos mínimos que deben gozar todos los trabajadores y por tanto cualquier interpretación que se haga de las fuentes inferiores, deben respetar y guardar coherencia con los artículos 25 y 53 constitucionales.

Por lo anterior, es claro que en caso de que se contrate a una persona a través del contrato de prestación de servicios, pero este logre demostrar los elementos esenciales de una relación laboral como realidad, es decir, la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración, claramente debe la forma jurídica ceder ante la verdad, y el Juez debe declarar la existencia de la misma y ordenar las indemnizaciones a que haya lugar.

2.3. LA PRESCRIPCIÓN GENERAL DE LOS DERECHOS LABORALES Y LA POSICIÓN EXISTENTE FRENTE A ESTE FENÓMENO EN LOS CASOS DE CONTRATO REALIDAD:

La prescripción en el ámbito del derecho administrativo laboral, encuentra su consagración legal en los artículos 41 Decreto 3135 de 1968 y 101 del Decreto 1848 de 1969⁹, bajo la premisa de que el derecho fenece por el transcurso del

-
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. CONSEJERO PONENTE: JAIME MORENO GARCIA. Sentencia del 28 de febrero de 2008. REF: EXP. No. 68001-23-15-000-2001-00688-01 No. Interno: 1064-07 P2. AUTORIDADES MUNICIPALES. ACTOR: MARIA ISABEL REDONDO SERRANO.
 - CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. CONSEJERO PONENTE: DR. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Sentencia del 21 de octubre de 2009. Expediente No. 05001-23-31-000-2001-03454-01. No. Interno: 2725-08 P3. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: JESÚS ALBINO SALDARRIAGA MOLINA.

⁹ El artículo 42 del Decreto 3135 de 1968, consagra: “Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.



término allí contemplado, el que se cuenta a partir de que el derecho se haya hecho exigible, es decir, desde que el mismo se cause.

Teniendo en cuenta lo anterior, es de la interpretación misma del texto de la norma de donde surge que en los eventos en lo que el derecho solo surge con la sentencia que lo declara, mal podría hablarse de prescripción, dado que el derecho no ha nacido a la vida jurídica. Por ello, se resalta que con relación a la prescripción de los derechos laborales, la Sala aplica la posición actual existente en la jurisprudencial sobre el tema, dado que como lo afirma el Consejo de Estado, el derecho en este tipo de procesos solo se causa a partir de la fecha en que es declarado judicialmente¹⁰, es decir, solo existe el mismo a partir de la declaratoria judicial que del él se haga.

A igual interpretación se llega, aplicando el artículo 2535 del C.C.¹¹ que consagra la

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

Igual disposición es reiterada por el artículo 101 del Decreto 1848 de 1969.

¹⁰ “Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.” CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONSEJERA PONENTE: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 19 de febrero de 2009. REF.: EXPEDIENTE No. 730012331000200003449-01. No. INTERNO: 3074-2005. AUTORIDADES NACIONALES. ACTORA: ANA REINALDA TRIANA VIUCHI.

En igual sentido: “Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.”¹⁰

Por lo tanto, entendiendo que el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, es justamente a partir de este momento que se contarían los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacia el futuro, situación que operaría en caso de que continuara la relación laboral, empero como el sub-lite se contrae al reconocimiento de situaciones anteriores no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia.” CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “B”. CONSEJERA PONENTE: DRA. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 11 de marzo de 2010. REF: EXPEDIENTE No. 180012331000200400080 02 No. INTERNO 0114-2008. AUTORIDADES MUNICIPALES. ACTOR: DINA LUZ VÁSQUEZ MARTÍNEZ.

Igualmente, ver: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “A”. Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 4 de marzo de 2010. Radicación número: 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08). Actor: ERIKA MARIA NOVOA CABALLERO. Demandado: CAPRESOCA E.P.S.

¹¹ “ARTICULO 2535. PRESCRIPCION EXTINTIVA. La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos



prescripción extintiva de las acciones en términos generales, dado que el inciso segundo de forma clara consagra que la misma cuenta a partir de la exigibilidad de la obligación, lo que solo ocurre a partir de la sentencia que la declara judicialmente, por lo que no se comparten las afirmaciones del demandado de que se está legislando por parte del interprete al adicionar las normas ya estudiadas, dado que es de la literalidad de las mismas de donde nace la interpretación que aquí se expone.

Teniendo en cuenta el análisis normativo y jurisprudencial realizado, pasa esta Corporación a estudiar:

3. EL CASO CONCRETO:

Son dos los reparos realizados a la sentencia de primera instancia. Por una parte, la inexistencia de prueba de todos los elementos de la relación de trabajo como realidad, y por el otro, la prescripción del derecho alegado. Así las cosas, pasa la Sala a analizar en el caso concreto los anteriores argumentos.

Con relación a la prueba recaudada en frente a los elementos de la relación laboral como realidad, la Sala entra a realizar el análisis individual y conjunto de la misma.

3.1. La prueba documental: Se allegaron al plenario, en la oportunidad procesal pertinente, copia de las órdenes y contratos de prestación de servicios suscritos entre la Asamblea Departamental de Sucre como contratante y el demandado JOSÉ FERNANDO MENDOZA TAMARA, como contratista.

TIPO DE VINCULACIÓN	TÉRMINO	VALOR
1. Orden de prestación de servicios (fol. 27 C-1)	Desde 01-02-2007 al 30-04-2007	\$ 1.500.000 total
2. Orden de prestación de servicios (fol. 28 C-1)	Desde 13-06-2007 al 13-09-2007	\$ 1.500.000 total
3. Orden de prestación de servicios (fol. 29 C-1)	Desde 18-10-2007 al 31-12-2007	\$ 1.250.000 total

exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.”



4. Orden de prestación de servicios (fol. 30 C-1)	Desde 03-01-2008 al 03-07-2008	\$ 3.000.000 total
5. Contrato de prestación de servicios (fol. 31 a 33 C-1)	Desde 27-08-2008 al 27-01-2009	\$ 3.750.000 total
6. Contrato de prestación de servicios (fol. 34 a 37 C-1)	Desde 07-02-2009 al 31-12-2009	\$ 11.495.000 total
7. Contrato de prestación de servicios (fol. 38 a 40 C-1)	Desde 25-01-2010 al 31-12-2010	\$ 11.669.165 total

De las mencionadas vinculaciones, igualmente da cuenta el acto administrativo demandado, es decir, la comunicación del 19 de enero de 2012 suscrita por el Secretario General de la Asamblea Departamental de Sucre (fol. 20 a 25 C1).

De los anteriores documentos se infiere la vinculación a través de un contrato de prestación de servicios, cuyo objeto fue prestar los servicios de mensajería (De acuerdo al 1° y 3°), el manejo de equipo, ampliación y grabación de la Asamblea (De acuerdo al 2°, 4°, 5°, 6° y 7°) y la remuneración pactada por el servicio prestado.

3.2. La prueba testimonial: Se practicaron los testimonios de tres (3) personas, todas relacionadas con las actividades desarrolladas por la Asamblea Departamental de Sucre. Se emprende su análisis individual, de acuerdo a sus deposiciones vertidas en la Audiencia de Pruebas celebrada el 19 de junio de 2013 (fol. 173 a 177 C-1 y CD ROM visibles al final el C-2 P.pal):

- **NÉSTOR FRANCISCO HERRERA PACHECO:** (Minuto 16:10 y ss. Aud. Pruebas) Manifiesta haberse desempeñado como Secretario General de la Asamblea en los períodos contemporáneos en donde el actor prestó sus servicios (18:30), asegura que el señor MENDOZA trabajó en la Asamblea en los años 2008, 2009 y 2010, apoyando las grabaciones de las sesiones y otros oficios, por ser la nómina de la Asamblea muy pequeña. Dentro de los otros oficios, referencia llevar cartas, entregar correspondencia, información a los diferentes entes como los juzgados, la fiscalía, la procuraduría, lo que hacía de forma permanente y cotidiana. Manifiesta (21:51) que acorde con las sesiones de la Asamblea era el horario del demandante. Que cuando no deliberaba el horario era más flexible, pero aclarando que siempre se



requerían de sus servicios y el apoyo era fundamental (26:39). Informa que el actor recibía órdenes de la mesa directiva y el secretario general de la Asamblea, lo que incluía llamados de atención en momentos en donde no cumplía o había fallo, se le daban órdenes precisas. Sobre pregunta relacionada con quien era el jefe (29:00) afirmó que era el Presidente de la Asamblea y su secretario general. Aclaró (30:42) que la labor la desempeñaba personalmente, no las podía ejecutar a través de otra persona, de forma permanente y directa. Ante pregunta del demandado sobre si las otras actividades diferentes al objeto del contrato las hacía de forma voluntaria o se le imponían (38:00) manifestó que no podía negarse, que el demandante era un subordinado dentro de una institución de poder político como es la Asamblea. El demandado reitera pregunta que la Corporación resalta (40:12) que previamente el testigo había respondido que las funciones adicionales se le imponían, la parte demandada la pregunta partiendo de la afirmación de que si con lo dicho se quiere decir que las demás funciones las cumplía de buena voluntad¹², a lo que el testigo contestó con el contenido de la pregunta “correcto, usted lo ha dicho, así era”¹³.

- RAFAEL EDUARDO NUÑEZ OSPINA: (Minuto 1:30 y ss. Aud. Pruebas) Informa haber trabajado en la Asamblea en el área de archivo en los años 2007 a 2011, hecho por el que le consta lo que relata. Asegura que el actor prestaba los servicios en relación con el equipo de sonido de la Asamblea y cuando no estaban en sesiones realizaba labores de mensajería por cuenta del presidente y el secretario general. (1:06). Informa que cumplía horario como los demás funcionarios de la Asamblea. Que recibía ordenes del secretario y el presidente, quienes le decían que debía hacer (1:08), ante pregunta de cómo desempeñaba sus labores, contestó que eran permanentes

¹² Llama la atención la Sala, que esta pregunta contraria de manera clara el inciso 3 del artículo 227 del C.P.C. por ser superflua al se una repetición de la ya respondida, y el inciso 2 del artículo 226 *ibidem*, dado que contiene o insinúa la respuesta.

¹³ Igualmente se llama la atención sobre esta respuesta, dado que no atiende el numeral 5 del artículo 228 del C.P.C., pues la respuesta no puede ser admitida al reproducir el texto de la pregunta o referirse solamente como respuesta el contenido de la misma.



o continuas, y eran solicitas por orden, ante todo, del secretario. Ante pregunta del demandado sobre si las labores de mensajería era voluntarias o impuestas (1:16) aseguró que eran ordenadas o impuestas, que quien las imponía era el secretario o quien fuera el presidente.

- **RAFAEL DEL CRISTO GUZMÁN GÓMEZ:** (CD ROM 2. Aud. Pruebas) Manifestó haber laborado como tesorero general desde el 1 de junio de 2010. Que el actor trabajó por contrato de prestación de servicios en la grabación y amplificación de las sesiones de la Asamblea Departamental, funciones que no dependían de su cargo, sino del Secretario de la Asamblea, quien certificaba el cumplimiento del contrato para los correspondientes pagos. Frente a pregunta sobre si el demandante cumplía horario respondió que no tenía claro por depender del secretario general y si cumplía otras funciones, aseguró que no tenía información de otras funciones. En respuesta a pregunta de la parte demandante sobre si se le imponía hacer diligencias bancarias, precisó que el se ofreció unas 4 veces a realizarlas, por que él las hacía de forma personal. Preguntado sobre la permanencia del demandante en la asamblea, aseguro que era a diario cuando estaban en sesiones y ocasionalmente cuando no.

Teniendo en cuenta lo depuesto por los tres testigos, para la Sala se encuentra demostrada la prestación personal del servicio por parte del actor, en las fechas indicadas en los contratos suscritos, al igual que la remuneración recibida por dicha prestación, la que adicionalmente se encuentra documentada en los contratos ya referidos.

Basta por considerar la subordinación, como nota característica de la verdadera relación laboral y que la diferencia del contrato de prestación de servicios.

Para la Sala, de las declaraciones analizadas de forma individual y conjunta, no se tiene por superado este elemento de la subordinación, tal como se entra a explicar.



El testigo NÉSTOR FRANCISCO HERRERA PACHECO, si bien, era la persona que de forma directa percibían la ejecución de los contratos por parte del demandante y de quien dependía, da cuenta que al actor prestaba sus servicios con relación a las labores relacionadas con la grabación y apoyo logístico en las sesiones de la Asamblea, la que si bien por la naturaleza de la misma hace que sea necesario estar presente en el sitio, en modo alguno por este simple hecho se puede inferir el elemento en estudio, dado que ella era la labor propia del objeto contratado. Igualmente, si bien, este testigo refiere que se le obligaba a realizar labores adicionales de mensajería a favor del órgano contratante, no se especifica en qué épocas ocurrió este hecho, dado que igualmente se observa que las labores de mensajería fueron el objeto contratado en los contratos identificados en los numerales 1º y 3º de la tabla incluida en el numeral 3.1. de esta providencia.

Por lo anterior, no existe certeza de que estas labores fueran ajenas a las obligaciones propias de sus contratos y por ello impuestas no como parte de las tareas propias de los mismos, sino como labores de las que se pueda inferir subordinación.

El testigo en análisis, igualmente menciona que el actor no cumplía un horario estricto, dado que cuando no se encontraban en sesiones, el horario era flexible, razón por la cual de este hecho se infiere es, no la subordinación, sino la independencia en la ejecución de sus labores.

Igualmente, el testigo NÉSTOR FRANCISCO HERRERA PACHECO incurre en contradicciones en su dicho, y que la Sala resalta al momento de resumir su relato y que toma el apelante demandado como fundamento central de su recurso, si bien restan credibilidad al mismo, se llama la atención en este punto, pues este hecho nunca debió ocurrir, dado que las preguntas debieron ser rechazadas por ser superfluas dado que con anterioridad el deponente ya había dado cuenta de un hecho contrario y por ser insinuantes de la respuesta al contenerla, y adicionalmente debió no haberse admitido la respuesta por simplemente remitir al contenido de la pregunta, como ya se evidenció.



De otra parte, el testigo RAFAEL EDUARDO NUÑEZ OSPINA, si bien, da cuenta de que el actor recibía órdenes del secretario y el presidente, quienes le decían que debía hacer, estas son afirmaciones genéricas de donde no se puede inferir si estas órdenes son las propias de las obligaciones adquiridas en sus contratos, o por el contrario se trata de labores propias de un verdadero empleado. Por otra parte, si bien este testigo afirma que el actor cumplía horario de forma permanente, esta afirmación contradice lo dicho por el anterior testigo de que el horario era flexible y lo que manifiesta el deponente RAFAEL DEL CRISTO GUZMÁN GÓMEZ, quien informa que la permanencia del demandante en la Asamblea era permanente mientras estaba en sesiones y esporádica cuando no.

De lo dicho, se puede afirmar que los testimonios analizados de forma individual y conjunta, no dan cuenta de que efectivamente el actor estuviera de manera constante subordinado a las órdenes de las autoridades de la Asamblea y ellos le impusieran condiciones sobre la calidad, cantidad del trabajo y le obligara a cumplir con labores ajenas al objeto contractual o a cumplir un horario por fuera del necesario en las labores propias de las grabaciones a su cargo.

Se concluye en este punto que, efectivamente no se ha demostrado los tres elementos de la relación laboral como realidad, en especial el elemento subordinación, dado que los testigos no dan cuenta de forma clara de hechos de donde se pueda inferir de concretamente este elemento.

Por lo estudiado, esta Corporación **REVOCARÁ** la sentencia objeto del recurso y en su lugar, **DENEGARÁ** las pretensiones de la demanda, por no haberse demostrado de forma fehaciente el elemento subordinación, propio de las relaciones laborales, sin que sea necesario analizar de fondo las excepciones planeadas, por la negativa de las pretensiones formuladas.



3.3. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condenará a la parte demandante al pago de las costas correspondientes a ambas instancias, en atención a la prosperidad del recurso y la negativa total de las pretensiones.

En consecuencia, en aplicación del numeral 2 del artículo 392 del C.P.C. en concordancia con el Acuerdo 1887 de 2007 de la Sala Administrativa del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA¹⁴ y atendiendo los criterios fijados en el artículo 3 del mismo acuerdo, se fijan las agencias en derecho de ambas instancias en la suma equivalente al 2% del valor de las pretensiones (\$ 79.024.000, fol. 11) teniendo en cuenta la duración actual del proceso que inició el 1 de agosto de 2012, lo que equivale a la suma de **UN MILLÓN QUINIENTOS OCHENTA MIL CUATROCIENTOS OCHENTA PESOS (\$1.580.480)**.

En firme la presente providencia, ordénese que por secretaría del *A quo* se realice la liquidación correspondiente, la cual deberá contener la de las costas de ambas instancias, conforme lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 392 *ibidem*¹⁵.

4. CONCLUSIÓN

A guisa de conclusión, el Tribunal considera que en el presente caso, el demandante

¹⁴ “III

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1 ASUNTOS.

3.1.3. Segunda instancia.

...

Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

...

¹⁵ “4. Cuando la sentencia de segundo grado revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias”.



no corrió con la carga de demostrar todos los elementos de la relación de trabajo como realidad, en especial la subordinación, hecho este que en el caso concreto, da lugar a la **REVOCAR** en su total de la providencia apelada y en su defecto **DENEGAR** las pretensiones de la demanda.

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: REVÓQUESE la sentencia del 31 de julio de 2013, proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO, por lo expuesto por la parte motiva, y en su lugar, **DENIÉGUENSE** las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas en ambas instancias a la demandante. **FÍJENSE** las agencias en derecho de ambas instancias en la suma de **UN MILLÓN QUINIENTOS OCHENTA MIL CUATROCIENTOS OCHENTA PESOS (\$1.580.480)**. En firme la presente providencia, por secretaría del *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 estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta N° 144.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ