



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

Sincelejo, dieciocho (18) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

REFERENCIA:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
M. DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
PROCESO:	70-001-33-33-007-2014-00198-01
DEMANDANTE:	KAREN LORENA SOTELO ANAYA
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE COROZAL-SUCRE

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 1 de febrero de 2017 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió negar las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho la señora **KAREN LORENA SOTELO ANAYA** formuló **demanda** contra el **MUNICIPIO DE COROZAL-SUCRE**, pretende que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio de fecha 12 de febrero de 2014, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago definitivo de derechos laborales y prestacionales causados en el periodo comprendido entre el 28 de junio de 2011 y 30 de diciembre de 2011.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se declare la existencia del contrato de realidad y se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales adeudados, correspondientes al mencionado tiempo de

¹ Folio 1-15 C.Ppal.

servicios; derechos que comprenden las primas de servicio, navidad y vacacionales, auxilio de cesantías, intereses de cesantías, aportes a la salud, pensión y sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.

Como **fundamentos fácticos**, se afirmó en la demanda que:

La señora **KAREN LORENA SOTELO ANAYA**, prestó sus servicios en el Municipio de Corozal –Sucre, desempeñando el cargo de Coordinadora Pedagógica del Hogar agrupado en el corregimiento de Canta gallo, durante los periodos comprendidos entre el 28 de junio hasta el 30 de diciembre de 2011

Durante el periodo que estuvo vinculada cumplió cabalmente las funciones y horarios fijados unilateralmente por la entidad demandada y en desarrollo de sus funciones y como contraprestación de sus servicios el salario devengó fue la suma de \$1.400.000

El día 5 de febrero de 2014 petitionó al MUNICIPIO DE COROZAL –SUCRE, a fin de que se le reconociera las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales adeudados, correspondientes al mencionado tiempo de servicios; derechos que comprenden las primas de servicio, navidad y vacacionales, auxilio de cesantías, intereses de cesantías, aportes a la salud, pensión y sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.

El día 12 de febrero de 2014 el Municipio de Corozal dio respuesta negativa, manifestando que no accederá a lo solicitado en razón a que la relación que existió entre el demandante y la demandada, está regulada por el artículo 32 de la ley 80 de 1993, lo cual no genera relación laboral.

Como **normas violadas**, se señalan los artículo 1, 2, 4, 13, 25, 28, 48, 53 ,122, 123, 124 de la Constitución Política; artículo 14 de la Ley 6 de 1945, art 2 de la Ley 244 de 1995; art 83 del decreto 1042 de 1978; art 7 del Decreto 1950 de 1993;art 1,5,6 y 8 del Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969; art 3 y 5 del Decreto 3130 de 1968, Ley 80 de 1993, Decreto 1042 de 1978, Ley 1233 de 2008; Decreto 4588 de 2006 y art 16 del Código Sustantivo del Trabajo.

En el **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**, se expresa que la vinculación de la actora como el Municipio de Corozal – Sucre, estaba sujeta al cumplimiento de órdenes y horarios de trabajo, los cuales eran suministrados por la entidad demandada, lo cual se desconoce en el acto administrativo demandado, vulnerando el artículo 53 constitucional, que ordena la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Argumentó que al utilizar la figura de continuos contratos de prestación de servicios, instituidos en el artículo 32 de la ley 80 de 1993 para realizar una vinculación para el cumplimiento de una labor permanente, se discrepa de lo manifestado por el H. Consejo de Estado, en la Sentencia de 10 de julio de 2014, del expediente 05001-23-31-000-2001-00102-01

1. 2. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA

- Presentación de la demanda: 02 de septiembre de 2014 (folio 1-15 C. Ppal.).
- Admisión de la demanda: 18 de septiembre de 2014, (folio 49 C. Ppal.).
- Notificación a las partes: 19 de septiembre de 2014 (folio 51 a 60 C. Ppal.).
- Contestación de la demanda: la entidad demandada no contesto la demanda.
- Audiencia inicial: 10 de agosto de 2015 (folio 72-74 C. Ppal.).
- Audiencia de pruebas: 01 de marzo de 2015 (folio 88 -96 C. Ppal.).
- Sentencia de primera instancia: 1 de febrero de 2017 (folio 196 a 214 C. Ppal.).
- Recurso de apelación: 10 de febrero de 2017 (folio 217 a 220 C. Ppal.).
- Auto que admite el recurso: 28 de abril de 2017 (folio 4 C. Apelación).
- Auto que ordena traslado para alegatos de cierre: 09 de junio de 2017 (Folio 9 C. Apelación).

1.2.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad demandada no contestó la demanda

1.2.2. LA SENTENCIA APELADA².

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante. Para el efecto, argumentó, que a pesar de haberse demostrado la vinculación, la prestación del servicio y el pago de honorarios, con las pruebas aportadas la demandante no logra demostrar la subordinación o dependencia con el municipio de Corozal –Sucre, siendo esto según la jurisprudencia indispensable para la declaratoria de la existencia de una relación de carácter laboral y por ende necesario para el reconocimiento de prestaciones sociales

Afirmó que los testimonios recaudados no acreditaron que clases de indicaciones eran impartidas por el señor alcalde a la demandante, puesto que los testigos solo se limitaron a indicar que quien le daba las órdenes a la demandante era el alcalde, pero se quedaron cortos al momento de puntualizar las ordenes en especial, como tampoco se allegaron otros elementos para soportar lo dicho por los testigos y tendientes a

² Folio 196 a 214 C.Ppal.

desvirtuar el albedrio del contratista, como los cronogramas, lineamientos, informes y alguna constancia de las ordenes que eran suministradas por el alcalde del Municipio a la demandante

1.2.3. EL RECURSO DE APELACION³.

La parte demandante inconforme con la decisión, presentó recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, que se puede observar que la utilización del contrato de apoyo a la gestión para la ejecución de las labores encomendadas, de igual forma, desconoció la prohibición que existe para este tipo de labores circunstancias que no tuvo en cuenta el A quo al momento de realizar el análisis integral entre las tareas desarrolladas, la remuneración y la subordinación que fue ratificada en la recepción de los testimonios que si se pueden tener en cuenta en la existencia de un contrato de realidad donde se impone al juzgador de instancia, la obligación de analizar todas las pruebas allegadas en tiempo, también lo que es por virtud de la libre formación del conocimiento están facultados para darle preferencia a aquellas que le brinden una mayor convicción sin sujeción a la tarifa legal.

1.3. ACTUACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público. El proceso de la referencia le correspondió por reparto a este Despacho, el cual mediante auto de fecha 28 de abril de 2017, admitió el recurso de apelación. En auto de fecha 9 de junio de 2017, se corrió traslado para alegar de conclusión y concepto del Ministerio Público, oportunidad procesal en la cual **las partes no se pronunciaron al respecto** (folio 13 C. Apelación) y el delegado del **Ministerio Público** no emitió concepto.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. LA COMPETENCIA. El Tribunal 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 *¿hay lugar a la configuración de una relación laboral entre la señora **KAREN LORENA SOTELO ANAYA** y **MUNICIPIO DE COROZAL-SUCRE**?*

³ Folio 217 a 220 C.Ppal.

2.3. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO.

I. 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 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”⁴, 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 la diferencia entre el contrato estatal y la relación laboral, la H. Corte Constitucional, ha señalado que en el Contrato de Prestación de Servicios la característica determinante es que carece del elemento de subordinación laboral o dependencia, puesto que la actividad personal contratada se realiza a cuenta propia y con autonomía del contratista, tema específico sobre el cual, la misma Corporación expresó:

“Sobre el elemento en particular de la subordinación laboral, la Corte ha manifestado que es el “poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como

⁴ 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.

éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos. Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél."⁵(Subrayado fuera del texto)

Así pues, la figura jurídica de la subordinación implica por lo tanto la aptitud que tiene el empleador para impartir órdenes al trabajador que condicionan la prestación del servicio, relacionadas con el comportamiento que tiene que tener el empleado durante el desempeño de sus funciones y con la forma de realizar sus labores"⁶.

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

Frente al elemento subordinación, se ha señalado que es la línea divisoria del 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. 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 público⁷.

⁵ Sentencia C-386 de 2000. Posición reiterada en las sentencias T-523 de 1998, T-1040 de 2001 y C-934 de 2004.

⁶ Sentencia T-063 de 2006

⁷ "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.

Si bien con el contrato estatal se persigue el cumplimiento de fines estatales⁸ y por tanto podría ser suscrito para actividades que no puedan ser realizadas con personal de planta, no se puede obviar que cuando se trate de labores que tengan relación directa con el funcionamiento de la entidad, esto es, que tengan que ver con el giro ordinario de sus actividades u objeto social, puede acaecer que la sólo celebración del contrato y su ejecución *per se*, permita en algunos casos presumir la existencia del elemento subordinación⁹ por estar ínsita en la misma actividad desplegada, o en otros porque en virtud del indicio, se puede concluir que 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 prohibido¹⁰⁻¹¹

Preciso es traer a colación lo dicho al respecto por el Consejo de Estado, quien señala como 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” (negritas fuera del texto).¹²

⁸ 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.

⁹ Amén de aquellas labores donde la subordinación se encuentra ínsita en el desarrollo de la misma, como es el caso de los docentes, vigilantes.

¹⁰ Consejo de Estado, sentencia del 15 de mayo de 2013, Sección II Subsección B, Radicación: No.05001233100020010363101. CP. Gerardo Arenas Monsalve.

¹¹ 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

¹² Ídem 3.”

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 Estado¹³, donde luego de un extenso y riguroso análisis del devenir de la teoría del contrato realidad en la Sección, se unificó postura sobre el término prescriptivo de la reclamación, los derechos a reconocer y la condición de su reconocimiento, así como la imprescriptibilidad del derecho a reclamar aportes pensionales derivados del contrato realidad.

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

¹³ 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)

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 subregla jurídica vigente de la Corporación Suprema de lo Contencioso Administrativo y precedente aplicable¹⁴, 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.

De otra parte, el reconocimiento y aplicación del principio de la primacía de la realidad a una relación inicialmente contractual, no implica conferir la condición de empleado público al contratista, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado¹⁵, punto este que igualmente, acoge la Corte Constitucional, como se puede apreciar en sentencia T- 093 de 2010¹⁶.

II. CASO CONCRETO

Conforme al material probatorio incorporado de manera oportuna y las premisas decantadas en acápite anterior, debe la Sala analizar si se encuentran demostrados lo elementos que condicionan la aplicación de la teoría del contrato realidad, a saber, prestación personal del servicio en ejecución de un contrato estatal, subordinación y la retribución.

Al proceso se arrió copia del contrato de prestación de servicios No. 70215-058-00-2011, celebrado por un término comprendido entre el 28 de junio de 2011 hasta 30 de diciembre de 2011, con un valor del \$8.400.000 (folios 31-34).

¹⁴. 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.

¹⁵ Sentencia del Consejo de Estado. M.P. Dr. Nicolás Pájar 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.

¹⁶ “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”

Asimismo, obra en el plenario certificación expedida por el Secretario General Administrativo y de Gobierno del municipio de Corozal, en la cual hace constar que la señora KAREN SOTELO ANAYA, prestó servicios al municipio de Corozal, mediante contrato estatal de prestación de servicios No. 70-215-058-00-2011, como CORDINADORA PEDAGOGICA DEL HOGAR AGRUPADO CANTAGALLO, corregimiento del municipio de Corozal, desde el 28 de junio de 2011 al 30 de diciembre de 2011 (folio 29).

Las documentales anteriores, confirman procesalmente que la señora KAREN SOTELO ANAYA, prestó sus servicios personales en ejecución de un contrato estatal, celebrado con el municipio de Corozal, por un periodo de 6 meses, comprendidos entre el 28 de junio al 30 de diciembre de 2011.

De igual forma, las mencionadas documentales, demuestran que por la ejecución contractual percibió una retribución total por honorarios, correspondientes a \$8.400.000. Valor que fue pagado en 6 cuotas mensuales a razón de \$1.400.000, previa certificación de cumplimiento del contrato expedida por el Secretario de Gobierno Municipal.

En este punto, reitera la Sala 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".

Por ello, y comulgando la Sala con las apreciaciones probatorias del A quo, se estima que si bien, en el acervo probatorio obrante en el expediente, se encuentra acreditado que la demandante, suscribió un contrato de prestación de servicios, no se logra demostrar la subordinación o dependencia con el Municipio demandado, como causa que fundado en la primacía de la realidad o materialización del servicio prestado, desnaturaliza el contrato estatal y que dicho sea de paso, desvirtúa la presunción del artículo 32 de la Ley 100 de 1993.

De cara a lo anterior, esto es, la hora de acreditar el elemento subordinación de la relación laboral en este tipo de asuntos, la prueba testimonial se erige en ocasiones en la más

adecuada e idónea para ello¹⁷, pues es a través de esta que generalmente se conocen las particularidades que rodearon la prestación del servicio, aspectos que permiten determinar la existencia o no de subordinación y dependencia, entendida esta como la dirección de tareas, la sujeción al cumplimiento de directrices, tareas en la ejecución del servicio personal y horarios conforme mejor convenga a los intereses del empleador, más allá de la simple coordinación de actividades, sin dejar de desconocer que algunas actividades o servicios per se, o por guardar estrecha y directa relación misional, envuelven o llevan ínsita en su mismo desarrollo o ejecución la subordinación de quien presta el servicio frente al beneficiario del mismo, caso principal, docentes y algunos del sector salud, que no es el que convoca la atención de esta Sala.

Visto lo anterior y confrontado la prueba documental en análisis conjunto con la prueba testimonial, para la Sala no se logra desvirtuar la ejecución del contrato estatal, más allá de lo pactado, esto es, su desnaturalización o que con el mismo, se pretendió enmascarar una relación laboral subordinada.

En efecto, revisada la letra o contenido mismo del contrato estatal, se aprecia que el mismo no corresponde al giro ordinario o misional del municipio de Corozal, sino al cumplimiento de una política pública estatal, y si bien, sería el ente territorial el encargado primigenio de las necesidades de la comunidad, para el logro de esos fines bien puede ayudarse de los particulares cuando no pueda asumir con sus propios empleados dicha necesidad, eso sí, respetando y sin desbordar las reglas básicas de la función pública y la misma contratación estatal.

En sub judice, esas reglas considera esta Sala no fueron vulneradas, puesto que se contrató un servicio que no se podía ejecutar directamente con los empleados de planta de la entidad y además se respetó la temporalidad del contrato estatal, siendo entonces este, de tipo esporádico u ocasional y el hecho que se haya pactado su ejecución por el lapso de 6 meses, *per se*, no deriva en permanencia y continuidad que altere la formalidad.

Ahora bien, en su materialización se pretende con la prueba testimonial de las señoras ENITH GUTIERREZ JARABA y ESMERALDA LOPEZ, recaudas en audiencia de pruebas¹⁸, derivar la existencia del contrato realidad, punto en el cual, concuerda el Tribunal con el análisis del *A quo*.

¹⁷ Entendiendo que frente al tema de prueba, rige el principio de libertad probatoria, no quedando sometida la prueba del elemento subordinación a prueba tasada o tarifa legal alguna.

¹⁸ CD. Grabación audiencia de pruebas, folio 90. Minutos 7-14 y 17 a 23.

La señora ENITH GUTIERRESZ JARABA, expuso que conocía a la demandante hace mucho tiempo porque residen en el mismo lugar y que esta laboró desde el 1 de julio de 2011 al 30 de diciembre de 2011 en el hogar “niños Agrupados de Santa Gallo”, de lo que tenía conocimiento porque tenía una niña allá, y que la actora debía cumplir un horario que comprendía entre 8:00 am a 12: pm y de 2:00 pm a 4:00 pm, de lo que se dio cuenta cuando llevaba a su hija al hogar y que la persona encargada de dar las órdenes a la señora Enit, era el alcalde de esa época.

Por su parte, señora ESMERALDA SOTELO PÉREZ, relató que conocía a la demandante porque trabajaron juntas en el Hogar Agrupado de Santa Gallo, por lo que, dijo constarle que la actora laboro en ese lugar desde el 1 de julio a 30 de diciembre de 2011 y que debía cumplir con las funciones de Coordinación de entrada y salida de los niños, recibir las excusas por su inasistencia, ayudar a las madres comunitarias con las actividades lúdicas, mantener al di las carpetas administrativas, las cuales contenían el control y crecimiento y desarrollo de los niños, esquema de vacunación, registro civil y datos de la familia, labor que se cumplía en el horario de 8.00 am a 12.00 pm y de 2:00 pm a 6:00 pm, además que recibía como contra prestación suma de \$1.400.00, la cual era cancelada por el tesorero del Municipio de Corozal, mediante cheque.

Véase entonces que las narraciones de los testigos no muestran otra situación que el cumplimiento del objeto contractual pactado entre el contratista y el municipio de Corozal, como unas de las obligaciones del mismo, recordando que el solo cumplimiento de horarios no es una prueba univoca de subordinación, máxime si de la lectura de las cláusulas contractuales, en especial la cláusula séptima, se aprecia que las obligaciones del contratista – personal natural, eran realizar actividades de coordinación¹⁹.

Igualmente, las afirmaciones relativas a órdenes e imposición de horas de trabajo por parte del municipio por intermedio del Alcalde, carecen de elementos que conduzcan a la certeza de los dichos, puesto que los declarantes solo se limitan a afirmar, que la actora recibía órdenes, pero en manera alguna precisan las circunstancias de tiempo, modo o lugar o sobre que recaía dichas órdenes y bajo que contextos fueron dadas, pues no se debe olvidar que todo contrato estatal lleva envuelta, la necesaria coordinación entre contratante y contratista, así como la supervisión del cumplimiento del objeto contractual.

El Honorable Consejo de Estado, reiteradamente ha manifestado que “constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el

¹⁹ Ver folio 31-32.

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 servidor²⁰.

En relación con la carga de la prueba y la presunción de legalidad de los actos administrativos, el Consejo de Estado, en providencia del 12 de febrero 2009, con ponencia del H. Consejero Alfonso Vargas Rincón, ha previsto que²¹:

'De conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen; y por la presunción de legalidad inherente a los actos administrativos se consideran ajustados a derecho mientras no se demuestre lo contrario, lo cual se deduce del texto del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

En esas condiciones como el demandante no logró probar los vicios del acto acusado, la presunción de legalidad no ha sido desvirtuada, siendo del caso confirmar la sentencia del Tribunal que denegó las súplicas de la demanda"

Así las cosas, el Tribunal, confirmará la sentencia dictada el 1 de febrero de 20017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo.

III. 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, y a favor de la parte 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 el 1º de febrero de 2017 por el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO,** en consideración a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

²⁰ Sentencia del 23 de noviembre de 2006. Sección Segunda. Expediente No. 7001-23-31-000-2001-01206-01. No. Interno 4356-04 DE 2006, CP. Jaime Moreno García.

²¹ Consejo de Estado. Sección Segunda- Subsección A. Expediente No. 250002325000200106763 02 No. Interno: 0422-2008.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la entidad demandante apelante y a favor de la parte 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° 135.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA