



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN

Sincelejo, veintiuno (21) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

REFERENCIA:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
M. DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
PROCESO:	70-001-33-33-001-2014-00078-01
DEMANDANTE:	OSDEY RAFAEL VERGARA SUAREZ
DEMANDADO:	E.S.E CENTRO DE SALUD EL ROBLE

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2016¹, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en la cual se resolvió conceder las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA²

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el señor **OSDEY RAFAEL VERGARA SUAREZ** formuló demanda contra la **E.S.E CENTRO DE SALUD DE EL ROBLE**, solicitando sea declarada la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio de fecha de 22 de septiembre de 2013, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago definitivo de derechos laborales y prestacionales causados en el periodo comprendido entre el 5 de abril de 2011 hasta 31 de enero de 2012, cuando desempeñó el cargo de Portero en la E.S.E Centro de Salud el Roble, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios.

¹ Folios 161 a 167 cuaderno de primera instancia.

² Folio 1-9 C.Ppal.

A título de restablecimiento del derecho solicita se declare la existencia de la relación laboral y se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar 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, dotación, bonificación por servicios prestados, 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:

El señor **OSDEY RAFAEL VERGARA SUAREZ**, fue vinculado mediante sucesivas órdenes y contratos de prestación de servicios en la E.S.E Centro de Salud el Roble, para desempeñar el cargo de portero, desde el 5 de abril de 2011 hasta el 31 de enero de 2012.

La relación siempre fue subordinada, prestando sus servicios personales en los horarios fijados por sus superiores o jefes inmediatos de la entidad demandada, de acuerdo con las funciones asignadas, debía cumplir órdenes en cualquier momento en cuanto al tiempo, modo o cantidad de trabajo, así como se le impuso el cumplimiento del reglamento interno de la ESE.

Las funciones y actividades desarrolladas por el señor OSDEY RAFAEL VERGARA SUAREZ en cumplimiento del objeto presuntamente contractual son las que cumplen los empleados vinculados a dicha entidad de manera legal y reglamentaria, no existiendo diferencia alguna entre la actividad desplegada por mi poderdante de manera contractual y la cumplida por empleados a través de situaciones legales y reglamentarias.

El señor OSDEY RAFAEL VERGARA SUAREZ estuvo vinculado a través de contratos de prestación de servicios sin solución de continuidad de forma constante e ininterrumpida por varios meses, con lo cual se desvirtúa la temporalidad de sus funciones, característica esta propia de los contratos de prestación de servicios.

Durante el periodo comprendido entre el 5 de abril de 2011 hasta 31 de enero de 2012, tiempo durante el cual el señor OSDEY RAFAEL VERGARA SUAREZ, prestó sus servicios como Portero, no recibió por parte de esta entidad, el pago de los honorarios/salarios de los meses de junio, julio, diciembre de 2011 y enero de 2012, así como tampoco el pago de ningún tipo de prestaciones sociales, a las cuales tiene pleno derecho, tales

como: Cesantías, Intereses a las Cesantías, Prima de Navidad, Vacaciones, Prima de Vacaciones, Prima de Navidad, Prima de Servicio, Bonificación por servicios prestados.

El día 21 de agosto de 2013 petitionó a la **E.S.E CENTRO DE SALUD EL ROBLE**, 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 22 de septiembre de 2013 la E.S.E, dio respuesta de solicitud al derecho de petición presentado, 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 y concepto de violación**, se señalan, el artículo 1, 2, 6, 13, 25, 48, 53, 83 de la Constitución Política; Ley 6 de 1945, Ley 244 de 1995; Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969; Ley 4 de 1992, Ley 64 de 1964, Ley 10 de 1990, Ley 52 de 1975, Decreto 2277 de 1979, Decreto 1333 de 1968, Ley 115 de 1994, Decreto 116 de 1976, manifestando que en la vinculación que tuvo con la E.S.E CENTRO DE SALUD EL ROBLE , el cual estaba sujeta al cumplimiento de órdenes y horarios de trabajo, los cuales eran suministrados por la entidad demandada , el cual el acto administrativo demandado desconoce tal calidad.

Asegura que la entidad demandada, vulnera el artículo 53 constitucional, que ordena la primacía de la realidad sobre las formalidades.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

- Presentación de la demanda: 24 de febrero 2014 (folio 1-9 C. Ppal.).
- Admisión de la demanda: 09 de abril de 2014, (folio 39 C. Ppal.).
- Notificación a las partes: 03 de febrero de 2015 (folio 64 a 65 C. Ppal.).
- Contestación de la demanda: 24 abril de 2015 (folio 70-80)
- Audiencia inicial: 21 de julio de 2015 (folio 98-101 C. Ppal.).
- Audiencia de pruebas: 20 de noviembre de 2015 (folio 134 -136 C. Ppal.).
- Sentencia de primera instancia: 12 de diciembre de 2016 (folio 161 a 167 C. Ppal.).
- Recurso de apelación: 18 de enero de 2017 (folio 177 a 179 C. Ppal.).
- Audiencia conciliación y concesión del recurso 14 de febrero de 2017 (f. 186-187)

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³.

La ESE CENTRO DE SALUD EL ROBLE NIVEL I, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos, señalando que no existe obligación laboral alguna, como quiera que la vinculación fue contractual, regulada conforme la Ley 80 de 1993, expresando que el artículo 32 de dicha norma, señala que en ningún caso, los contratos de prestación de servicios generan relación laboral, razón por lo cual, no hay obligaciones pendientes de un contrato laboral inexistente.

A los hechos responde, que acepta la vinculación del demandante mediante contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión del 28 de junio hasta el 31 de diciembre de 2011, cuyo objeto fue contratar los servicios profesionales de carácter independiente como apoyo a la gestión de la ESE CENTRO DE SALUD EL ROBLE. De la misma forma, indica que no existió relación laboral subordinada pues nunca se le exigió cumplir instrucciones u órdenes directas o por terceros.

Agregó que el servicio no se prestó todos los días, por lo que no fue ininterrumpido y al actor se le pagaron los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios y no pagaron prestaciones sociales, porque esta no se generaron por estar presente el contrato estatal.

En las razones de defensa, argumento que en el caso del actor, no se reunían los tres elementos de la relación laboral, puesto que todo se enmarco en los parámetros de una relación de carácter contractual estatal, donde el actor no estuvo sujeto a cumplimiento de órdenes ni de reglamentos.

Propuso como excepciones de fondo, la inexistencia de la relación laboral, la existencia de vínculo contractual distinto al laboral, falta de causa para pedir y cobro de lo no debido.

1.4. LA SENTENCIA APELADA⁴.

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo declaró la nulidad del acto administrativo demandado, declarando que existió un contrato realidad entre las partes, en los periodos comprendidos entre el 5 de junio de 2011 a 31 de diciembre de 2011 y del 1 de enero de 2012 a 31 de enero de 2012. A título de restablecimiento, condenó a la ESE CENTRO DE SALUD EL ROBLE, a reconocer y pagar las prestaciones

³ Folio 70-80

⁴ Folio 161 a 167

sociales que devengan los trabajadores de la entidad que desempeñen labores de vigilancia, atendiendo los honorarios pactados en cada uno de los contratos de prestación de servicios, así como el pago de aportes en pensión.

El A quo declaró no probada la excepción de prescripción y negó las demás pretensiones de la demanda.

En pro de lo anterior, se analizó el tema de la primacía de la realidad y del contrato realidad, señalando que se ha tenido especial modulación, cuando se trata de la prestación de servicios de vigilancia, donde la particularidad de las funciones y objeto de las prestaciones subsumen los contenidos de la subordinación o dependencia exigibles para acreditar el contrato realidad.

A renglón seguido, manifestó que existió una relación laboral disfrazada mediante sucesivos contratos de prestación de servicio, la cual se acredita con las pruebas documentales recaudadas, que muestran los tres elementos de la relación, como son la prestación del servicio, la subordinación y contraprestación.

1.5. EL RECURSO DE APELACION⁵.

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la entidad demandada formuló recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, manifestando que discrepa del fallo porque no demuestra en el evento judicial que se haya configurado un contrato de realidad de naturaleza laboral, contrario a ello y probado está en el expediente la relación entre el demandante y el ente prestador del servicio se dio en los términos del vínculo contractual celebrado como Portero.

Agrega, que cuando se da este tipo de contratación se pierden algunas mercedes (sic) como el de la liquidación de beneficios económicos que la legislación laboral otorga a trabajadores, como cesantías, prima de servicios, intereses de las cesantías y vacaciones, derechos estos que en la sentencia se concedieron.

1.6. ACTUACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

Mediante auto de 16 de mayo de 2017, se admitió el recurso de apelación. En auto de 06 de julio de 2017, se corrió traslado para alegar de conclusión y concepto del Ministerio

⁵ Folio 177 a 179 C. de Primera Instancia.

Público, oportunidad procesal en la cual **las partes no se pronunciaron** y el delegado del **Ministerio Público** no emitió concepto⁶.

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. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Lo constituye el acto administrativo contenido en el Oficio de fecha 22 de septiembre de 2013 por medio del cual el Gerente de la ESE CENTRO DE SALUD EL ROBLE, da respuesta negativa a la petición del actor, relativa al pago de prestaciones sociales derivadas de un contrato estatal en virtud de la primacía de la realidad⁷.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Partiendo de los antecedentes reconstruidos, entra el Tribunal a dilucidar, si ¿hay lugar a la configuración de una relación laboral entre la **OSDEY RAFAEL VERGARA SUAREZ** y **E.S.E CENTRO DE SALUD EL ROBLE**?

2.3. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURIDICO

Para resolver, la Sala abordará los siguientes temas específicos: **(i)** La teoría del contrato realidad en el sector público – reclamación de los posibles derechos que surjan de su aplicación – prescripción – término **(ii)** el caso concreto.

I. TEORIA DEL CONTRATO REALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO.

El artículo 53 de la Constitución Política establece el principio protector conocido como primacía de la realidad en las relaciones laborales, según el cual, la materialización, desarrollo y/o ejecución de la labor contratada se impone sobre aquella formalidad que se haya pactado inicialmente por los sujetos o partes, queriendo ello decir, que sea cualquiera la modalidad de contratación si en la práctica se reúnen o dan las condiciones necesarias de una relación, esta debe ser reconocida y privilegiada sobre la formalidad.

⁶ Nota Secretarial a folio 13 del cuaderno de apelación.

⁷ Folio 11 cuaderno de primera instancia.

En ese orden, la H. Corte Constitucional, ha señalado que 'para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada'⁸.

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 parágrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que reza: "en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable"

En tal sentido, 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"⁹, 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".

Por ello, la tarea probatoria radica en demostrar la existencia de los tres elementos de una relación laboral, pero de forma cardinal y de sumo relieve, probar que existió una labor que celebrada y ejecutada en virtud de la formalidad de un contrato estatal por razón de la materialización de la misma, emergió subordinada, puesto que en el contrato de prestación de servicios la característica determinante es que la actividad personal contratada se realiza a cuenta propia y con autonomía del contratista, tema específico sobre el cual, la misma Corporación expresó:

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

⁸ Sentencia C-154-1997

⁹ 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.

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."¹⁰(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"¹¹.

Ahora bien, 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 la ejecución de dicho servicio debe tener origen en un contrato estatal, bajo el entendido, que ello es lo que se pretende desvirtuar, desnaturalizar o desdibujar; claro está, sin llegar a decir, al punto de exigir prueba solemne del mismo, pues de lo que se trata es de probar su ejecución.

En orden de lo expuesto, quien pretenda ser arropado por la teoría del contrato realidad en el sector público, asume la carga 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".

Es de recordar que el contrato estatal de prestación de servicios no está vedado para que el Estado o la Administración a través de su celebración persiga el cumplimiento de fines estatales¹², cuando ellos no se puedan celebrar con personal de planta y la labor, no guarde estrecha y directa relación con las actividades administrativas y/o misiones de la entidad territorial, pues ello implicaría, el ejercicio o desempeño de funciones permanentes, para lo cual, la entidad deberá crear los cargos necesarios¹³.

¹⁰ Sentencia C-386 de 2000. Posición reiterada en las sentencias T-523 de 1998, T-1040 de 2001 y C-934 de 2004.

¹¹ Sentencia T-063 de 2006.

¹² 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.

¹³ 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

Frente al elemento subordinación, se ha señalado como 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 público¹⁴, recordando tal como antes se expresó, que el contrato estatal puede ser suscrito para la realización de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, esto es, que tengan que ver con el giro ordinario de sus actividades u objeto social, sin embargo ello no descarta que la sólo celebración del contrato per se, permita en algunos casos presumir la existencia del elemento subordinación¹⁵ por estar ínsita en la misma actividad desplegada, o en otros por virtud del indicio, conlleva el ejercicio de funciones relacionadas con el giro misional de la entidad, o su permanencia y continuidad dan lugar la ejecución de funciones permanentes por contrato de prestación de servicios lo cual se encuentra prohibido¹⁶.

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

“CONTRATO REALIDAD – Carga de la prueba / CARGA DE LA PRUEBA - En contrato realidad es del demandante / CARGA PROBATORIA – Demostrar la existencia de una relación laboral que desnaturaliza el contrato estatal. En ese orden, se tiene que el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no crea una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio. Antes por el contrario, la disposición en cita de manera expresa estableció que en ningún caso se generaría una relación de trabajo, **por lo que, si el contratista recurre a la jurisdicción, está en la obligación de desvirtuar la naturaleza del contrato estatal**, como quiera que es él quien está llamado a demostrar los elementos esenciales o configurativos de una verdadera relación laboral” (negritas fuera del texto).¹⁷

En sentencia T-426 de 2015, la Corte Constitucional, al respecto, igualmente señaló:

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”

¹⁴ “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.

¹⁵ Amén de aquellas labores donde la subordinación se encuentra ínsita en el desarrollo de la misma, como es el caso de los docentes, vigilantes.

¹⁶ Consejo de Estado, sentencia del 15 de mayo de 2013, Sección II Subsección B, Radicación: No.05001233100020010363101. CP. Gerardo Arenas Monsalve

¹⁷ Ídem 3.”

Para la Corte la vinculación a la administración pública puede efectuarse mediante (i) un vínculo reglamentario o contractual de los cuales surge una relación laboral que origina prestaciones sociales o (ii) mediante un contrato de prestación de servicios del cual derivan no derivan derechos prestacionales ni beneficios de tipo laboral. Sin embargo, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación es posible que de facto el contrato de prestación de servicios cambie su naturaleza hacia un vínculo de carácter laboral, cuando se acreditan materialmente la prestación personal, continuada, subordinada y remunerada de un servicio

En conclusión, si bien el artículo 32 de la ley 80 de 1993, establece la modalidad o posibilidad para que las entidades públicas celebren contratos de prestación de servicios, siendo una modalidad de prestación de servicios personales en beneficio del Estado, debe aclararse que en la medida en que mediante ellos se esconda o encubra una verdadera relación laboral con el propósito de desconocer derechos laborales, porque materialización de la actividad o servicio contratado muestra que en la misma subyace la existencia de los tres elementos de una relación laboral, en especial el elemento subordinación, siendo una situación completamente distinta a lo Establecido en el acto contractual, habrá lugar a la declaratoria de existencia de una relación laboral, bajo la teoría del contrato realidad.

Ahora bien, hay que anotar, que los casos en donde la labor ejecutada en favor de la Administración Pública, encubierta bajo la modalidad de trabajo independiente o por cuenta propia, se refiere a celaduría-vigilancia, es preciso traer a colación, lo señalado por el H. Consejo de Estado, quien ha dicho, que en dicha situación, el elemento subordinación se presume, porque si una persona presta servicios como vigilante o celador no significa que realice actividades temporales e independientes, puesto que la labor contratada por la entidad exige que se brinde el servicio de seguridad en forma permanente para poder funcionar con total tranquilidad, porque para cumplir con las labores de vigilancia, la persona contratada recibe y obedece órdenes de sus superiores, que a su vez determinan la forma y horario en la que se presta el servicio. Por tal razón, se cumplen los presupuestos o requisitos para que se configure una relación laboral y no una mera prestación del servicio.

Dispone textualmente la providencia:

"DE LA SITUACIÓN PARTICULAR DE LOS VIGILANTES

Advierte la Sala que si una persona presta servicios como vigilante – celador resulta inadmisble afirmar que realiza actividades temporales e independientes, siendo que la labor contratada por la entidad exige que se brinde el servicio de seguridad en forma permanente para poder funcionar con total tranquilidad.

Carecería de cualquier lógica que los servicios de vigilancia se prestaran ocasionalmente, siendo que la seguridad de la entidad puede verse afectada en

cualquier momento, lo que exige la presencia continua de una persona que ofrezca y garantice la guarda de la misma.

Lo anterior permite concluir que para cumplir con las labores de vigilancia, la persona contratada para tal fin, debe atender y obedecer las órdenes de sus superiores, a quienes les corresponde determinar en qué forma, horario y dependencia se debe prestar el servicio, es decir, que el elemento de la subordinación es indispensable para que se pueda desarrollar tal servicio”¹⁸.

En ese orden, cuando se trata de vinculación de vigilantes a través de contratos u órdenes de prestación de servicios, se ha reconocido claramente por la jurisprudencia contenciosa administrativa, que la subordinación se encuentra ínsita y es consustancial con la labor desarrollada.

Ahora bien, 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 Estado¹⁹, punto este que igualmente, acoge la Corte Constitucional, como se puede apreciar en sentencia T- 093 de 201022. Sin embargo en la Sentencia de unificación citada ut supra, sobre el reconocimiento de los derechos derivados del contrato realidad, se decantó que el mismo tiene el carácter de restablecimiento del derecho.

II. LA FIGURA DE LA PRESCRIPCIÓN EN RECLAMACIONES DERIVADAS DE LA TEORÍA DEL CONTRATO REALIDAD. Estado actual del precedente.

La prescripción como modo de extinción o liberador de las obligaciones laborales, se encuentra regulada en el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público. El artículo 102, prescribe:

“Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”

¹⁸ Consejo de Estado, Sección II, Subsección A, sentencia del 2 de mayo de 2013, expediente No. 050012331000200403742 01. Número interno 2027-2012. C.P. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁹ Sentencia del Consejo de Estado. M.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. Bogotá, 25 de enero de 2001. Expediente: 1654-2000. Igualmente, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 30 de junio de 2011, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

En análisis de constitucionalidad, en Sentencia C – 412 de 1997, la Corte Constitucional se refirió a los efectos de la prescripción frente al artículo 53 de la Constitución Política, señalando que el establecimiento de la misma como medio para otorgar seguridad jurídica, no era contraria al núcleo esencial del derecho laboral, expresando que la “prescripción de corto plazo, en estos eventos, busca mayor prontitud en el ejercicio de la acción, dada la supremacía del derecho fundamental, el cual comporta la exigencia de acción y protección oportunas. Así, pues, el legislador no hizo cosa distinta a hacer oportuna la acción; de ahí que lo que, en estricto sentido, prescribe es la viabilidad de una acción concreta derivada de la relación laboral, pero nunca el derecho-deber del trabajo”. En razón de ello, concluyó:

“No se quebranta el derecho de los trabajadores, ni los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 superior, sino que por el contrario, se limita en forma razonable y lógica a establecer que el reclamo del trabajador con respecto a un derecho determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez a partir de la recepción por parte del patrono del respectivo reclamo. Tampoco se contradicen dichos principios, porque la finalidad que persigue el legislador en el asunto materia de examen, es adecuar a la realidad el sentido mismo de la oportunidad, y de otro lado, determinar el lapso de interrupción de la prescripción en materia laboral”²⁰.

El Consejo de Estado, en situaciones como la presente, en donde se pretende el reconocimiento de derechos derivados de la aplicación de la teoría del contrato realidad, venía sosteniendo que no había lugar a declarar la prescripción, por cuanto no existía fecha a partir de la cual se pudiera predicar la exigibilidad del derecho²¹⁻²². Sin embargo, este criterio ha sido replanteado por el H. Consejo de Estado en su Sección Segunda, bajo la sub regla que la reclamación de los derechos surgidos con ocasión de la relación contractual que inicialmente se pacte con la entidad y que la parte demandante pretende hacer valer, debe hacerse dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación del vínculo contractual formal cuya desnaturalización se reclamada judicialmente, so pena que prescriba el derecho a reclamar su existencia y el consecuente pago de los derechos que de ella se derivarían; al respecto:

“(…)

En esta oportunidad, la Sala debe precisar que si bien la anterior es la tesis que se aplica en la actualidad y, en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez, el reconocimiento de su

²⁰ Igualmente ver sentencia C- 227 de 2009.

²¹ CONSEJO DE ESTADO SECCION SEGUNDA. Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009). Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05).Actor: Ana Reinalda Triana Viuchi.

²² Sentencia del Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “B”. C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Bogotá, 04 de marzo de 2010. Expediente: 150012331000200403021 01 (2008-2706). Actor: Fabio Enrique Jiménez P.

relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama.

Lo anterior quiere decir que si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan.”²³

En ese mismo sentido, la misma Sección reitera que²⁴:

“En materia de contrato realidad, en aquellos casos en que se accede a las pretensiones de la demanda, esta Sección ha concluido la no prescripción de las prestaciones causadas con ocasión de la relación contractual, en tanto la exigibilidad de los derechos prestacionales en discusión, es imposible con anterioridad a la Sentencia que declara la existencia del vínculo laboral, dado su carácter constitutivo, de manera pues, que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo²⁵.

No obstante lo anterior, esta Corporación precisa y aclara en esta oportunidad que el carácter constitutivo de la sentencia que declara la existencia de un contrato realidad no releva al interesado de su deber de reclamar en sede administrativa el reconocimiento del vínculo laboral y el consecuente pago de las prestaciones sociales, dentro del término de tres años siguientes a la terminación del último contrato, so pena de que opere la prescripción de su derecho.

Sobre el particular, en recientes pronunciamientos esta Sala ha considerado que los interesados tienen la obligación de hacer el reclamo ante la administración dentro de un plazo razonable²⁶, que no puede exceder el de la prescripción de los derechos prestacionales y salariales que reclama²⁷. “En otras palabras, debe decirse que una vez finalizada la relación contractual inicialmente pactada, el interesado debe reclamar ante la administración la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de tres (3) años, so pena de que prescriban los derechos salariales y prestacionales derivados de la referida relación laboral”.²⁸

Es decir, que si bien es cierto bajo la figura del contrato realidad se reconocen los derechos y prestaciones teniendo en cuenta que su prescripción se cuenta a partir de la decisión judicial, también lo es que el interesado debe atender la normativa procedimental y, por lo tanto, acatar los términos de caducidad y prescripción una vez finalizado el vínculo contractual.

5.1.1. La prescripción en el caso concreto.

Encuentra esta Subsección que en el sub lite no se presentó la figura de la prescripción en la que insistió la parte accionada al sustentar la apelación, pues en el presente caso la Sentencia tiene carácter constitutivo del derecho y, adicionalmente, la demandante elevó oportunamente la reclamación ante la administración una vez culminó el vínculo contractual. En efecto, el último contrato celebrado se ejecutó hasta el 15 de febrero de 2008 y la petición prestacional se

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 09 de abril de 2014. C.P. Luís Rafael Vergara Quintero, expediente No. 20001233100020110014201(013113). Actor: Rosalba Jiménez Pérez y otros.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, sentencia del 13 de mayo de 2015, REF: EXPEDIENTE No. 680012331000200900636 01 NÚMERO INTERNO: 1230-2014. C. P. Sandra L. Ibarra Vélez.

²⁵ Sentencia de 6 de marzo de 2008. Radicado No. 2152-06. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Expediente N° 11001-03-15000-2014-01819-00.

²⁷ Sobre el particular, ver también la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia de 9 de abril de 2014, Radicación No. 2011-00142-01 (0131-13).

²⁸ Sentencia de 27 de noviembre de 2014, Expediente N° 3222 de 2013, previamente citada

elevó el 16 de febrero siguiente, esto es, dentro de los tres años siguientes”²⁹

Nuevamente en sentencia del 21 de abril de 2016 se expone que:

Teniendo en cuenta el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a los “En cuanto a la prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora esta Sección concluyó sobre su no prescripción, en tanto su exigibilidad es imposible antes de que se produzca la sentencia, porque es en tal decisión judicial en la que se declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo; es decir, que es a partir del fallo, que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo.

Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó, que aunque es cierto, que es desde la sentencia, que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a 3 años.

contratos realidad, se concluye en cuanto a su configuración, que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega, no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito.

Y en lo que concierne a la prescripción está determinado, que el plazo razonable con el que cuenta el accionante para solicitar la declaratoria de la existencia del vínculo laboral y el pago de los derechos laborales subyacentes, es de 3 años siguientes a la terminación del último contrato”.³⁰

Punto de vista, reafirmado en sentencia del 27 de abril de 2016 en los siguientes términos:

“CONTRATO REALIDAD – Prescripción de los derechos prestacionales. Desarrollo jurisprudencial. Los derechos que se desprenden del contrato realidad deben reclamarse dentro de los 3 años siguientes a la terminación del contrato de prestación de servicios En cuanto a la prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora esta Sección concluyó sobre su no prescripción, en tanto su exigibilidad es imposible antes de que se produzca la sentencia, porque es en tal decisión judicial en la que se declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo; es decir, que es a partir del fallo, que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo. Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó, que aunque es cierto, que es desde la sentencia que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende;

²⁹ En este recorrido, se debe anotar en proveído del 19 de febrero de 2015, Radicación número: 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160-13), la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, Subsección A, con ponencia del Consejero Gustavo Gómez A., sobre el tema de prescripción en contrato realidad, recogiendo su postura al respecto señaló:

³⁰ CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCIÓN A. Expediente No. 05001 23 31 000 2005 00902 01 (3147–2014). C. P. Gabriel Valbuena Hernández.

lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años”³¹

Consistente en su postura, el Tribunal Rector de lo C. A., en sentencia del 16 de junio de 2016, expediente No. 08001233100020030224901, Radicado interno 1317-15, reiteró la sub regla jurídica sobre prescripción de la reclamación, manifestando:

“Lo de la existencia de la relación laboral debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento anterior quiere decir que si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda, sólo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, también lo es que la solicitud de la declaración del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración”³².

En sentencia del 15 de septiembre de 2016, igualmente se dispuso:

“En cuanto a la prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, el Consejo de Estado concluyó sobre su no prescripción, en tanto su exigibilidad es imposible antes de que se produzca la sentencia, porque es en tal decisión judicial en la que se declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo; es decir, que es a partir del fallo que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo

Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó, que aunque es cierto, que es desde la sentencia, que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años”³³

Es pertinente señalar, que la Subsección B de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, igualmente había sentado postura en el mismo sentido³⁴, determinando respecto la prescripción:

En esos términos, la propia Sección Segunda precisó el alcance del precedente fijado en la sentencia del 19 de febrero de 2009, en el sentido de acceder al restablecimiento del derecho solo en los casos en que la parte demandante reclamó ante la administración “máximo dentro de los 3 años siguientes a su retiro y luego haya acudido en término ante esta jurisdicción”, interpretación que resulta razonable en la medida que es injustificable la inactividad de los demandantes desinteresados que reclaman el pago de acreencias laborales muchos años después de que se han hecho exigibles.

³¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA SEUBSECCIÓN A. Expediente No. 66001-23-31-000-2012-00241-01(2525-14). C. P. Gabriel Valbuena Hernández

³² CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN A. C. P. Luis R. Vergara Quintero

³³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ Bogotá D. C., quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 68001-2331-000-2009-00691-01 (1579-2015)

³⁴ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCION B – C.P. DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ BOGOTÁ D.C. - DIEZ (10) DE DICIEMBRE DE DOS MIL QUINCE (2015) EXPEDIENTE: 250002325000 201101040 01 (0725-2014) - DEMANDANTE: JOHN EDGAR ALDANA RICO - DEMANDADO: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS, EN SUPRESION TRAMITE: DECRETO 01 DE 1984 ASUNTO: CONTRATO REALIDAD

En otras palabras y de acuerdo a la posición jurisprudencial citada en precedencia, se hace necesario que el interesado una vez haya fenecido la relación contractual estatal regida por el artículo 32 de la ley 80 de 1993, debe reclamar la declaración ante la administración de la existencia de la relación laboral en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan [...].”

La anterior línea decisional se consolida y define 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 Estado³⁵, 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

³⁵ 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

no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral). vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador. De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados”

Así las cosas, la sub regla jurídica vigente del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y precedente aplicable³⁶, 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.

III. CASO CONCRETO

Conforme el material probatorio incorporado de manera oportuna y las premisas decantadas en acápite anterior, la Sala estima que se demostraron los elementos del contrato realidad alegado, razón por la cual se confirmará la sentencia apelada, veamos:

DE LA PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO. Se confirma procesalmente con las siguientes documentales que no fueron objeto de reproche probatorio alguno por la entidad demandada:

Contrato de prestación de servicios No. CSR-006-28D-2011, por el plazo de seis (6) meses, tres (3) días, comprendidos entre el 28 de junio de 2011 al 31 de diciembre de 2011³⁷, cuyo objeto era la prestación de servicios como portero o conserje en la ESE CENTRO DE SALUD EL ROBLE. Como retribución se pactaron honorarios mensuales por valor \$700.000 y \$721.000.

³⁶ 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.

³⁷ Folios 20-22 cuaderno de primera instancia.

Orden de prestación de servicios No. CSR 01-2012, por el plazo de 30 días a partir del 2 de enero de 2012, por valor de \$700.000³⁸.

Certificación expedida por el Jefe de Recursos Humanos de la ESE CENTRO DE SALUD EL ROBLE, en la cual se hace constar que el señor OSDEY RAFAEL VERGARA SUAREZ tuvo contrato de prestación de servicios como Portero o Conserje de dicha entidad, desde el 5 de junio de 2011 al 31 de diciembre de 2011 y del 01 de enero de 2012 al 31 de enero de 2012³⁹.

De lo anterior, emerge sin lugar a dudas que existió la prestación personal del servicio en ejecución de un contrato estatal, en los siguientes extremos temporales: del 5 de junio de 2011 al 31 de diciembre de 2011 y del 2 de enero de 2012 al 31 de enero de 2012, extremos temporales en los cuales el actor, se desempeñó como Portero o Conserje de la ESE CENTRO DE SALUD EL ROBLE.

SUBORDINACIÓN. En lo que se refiere al elemento subordinación el H. Consejo de Estado tal como se reseñó líneas antes, ha señalado que en la prestación de servicios de celaduría, es imposible manifestar que se realiza una labor con independencia y autonomía, puesto que la ejecución del servicio, hace obvio el sometimiento a una sola directriz de labor, es decir, que el celador está sujeto a una forma preestablecida de ejecución de la labor, lo cual no caracteriza a los contratistas del Estado.

REMUNERACIÓN. En los referidos contratos u órdenes reseñados en líneas previas, se pactó como retribución por los servicios personales prestados como celador, la suma mensual de \$700.000

En orden de lo expuesto, se concluye que en el sub judice, la materialización de los elementos propios de la relación laboral dan al traste y desvirtúan la presunción regulada por el artículo 32 de la Ley 80 de 1992, razón por la cual, se impone la aplicación de la teoría del contrato realidad, como lo consideró el a quo.

En lo que respecta la prescripción debe considerar la Sala que la misma no acaece, pero bajo razones distintas a las expuestas en el fallo de primera instancia, ello en atención a que la reclamación sobre los derechos que pueden surgir del contrato realidad, se realizaron por parte del actor, dentro de los tres (3) años siguientes a la finalización del

³⁸ Folio 23 cuaderno de primera instancia.

³⁹ Folio 17 cuaderno de primera instancia.

vínculo formal, tesis unificada del H. Consejo de Estado y que se expuso en acápite previo por esta Sala.

En efecto, se advierte que el último contrato u orden de prestación de servicios finalizó el 31 de enero de 2012 y la reclamación en sede administrativa fue formulada el 21 de agosto de 2013⁴⁰, petición que dio lugar al acto administrativo que se trajo a control judicial y que fue declarado nulo por el A quo.

Así las cosas y sin mayores ambages, se itera se confirmará la sentencia del 12 de diciembre de 2016 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

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 demandada y a favor de la parte demandante. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida del 12 de diciembre de 2016 por el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO,** en consideración a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

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

⁴⁰ Folios 12-15 cuaderno de primera instancia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA