



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN**

Sincelejo, veintiséis (26) de abril de dos mil dieciocho (2018)

REFERENCIA:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
M. DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
PROCESO:	70-001-33-33-007-2015-00099-01
DEMANDANTE:	GUILLERMO DE JESÚS BENJUMEA DUQUE
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE COVEÑAS – SUCRE.
Magistrado Ponente:	César Enrique Gómez Cárdenas

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 10 de julio de 2017 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, en la cual se resolvió negar las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES.

1.1. LA DEMANDA.¹

El señor **GUILLERMO DE JESÚS BENJUMEA DUQUE** por conducto de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el **MUNICIPIO DE COVEÑAS – SUCRE**, a efectos que se concedan a las siguientes pretensiones:

Se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo, producto del silencio administrativo negativo derivado de la petición presentada el 11 de septiembre de 2014, mediante la cual solicita el reconocimiento de una relación laboral, reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, tales como cesantías definitivas, e intereses de cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, por haber laborado al servicio del Municipio de Coveñas, mediante una verdadera relación laboral, que estuvo disfrazada con una vinculación por órdenes de prestación de servicios

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a que reconozca y pague todos y cada uno de los emolumentos laborales y prestacionales dejados de pagar, con ocasión a la verdadera

¹ Folios 1-16 cuaderno de primera instancia.

relación laboral que sostuvo con el Municipio de Coveñas, y su correspondiente indexación.

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

El señor **GUILLERMO DE JESÚS BENJUMEA DUQUE**, laboró como apoyo a la gestión administrativa de la Secretaria de Hacienda en la Oficina de Impuestos, para contribuir al fortalecimiento institucional en el Municipio de Coveñas, Sucre, vinculado mediante de contratos sucesivos de prestación de servicios, por un periodo de 25 meses y 15 días a través de los siguientes contratos:

- (i) **Nº MC- CD- PS – AG- 121-2010**, por un término de cuatro meses, por el valor de seis millones de pesos \$6.000.000,
- (ii) **Nº MC CD-PSAG-014-2011**, por un término de dos meses, por el valor de dos millones ochocientos mil pesos \$2.800.000;
- (iii) **Nº MC-CD-PSAG- 065-2011**, por el termino de 8 meses, por el valor de doce millones seiscientos sesenta y siete mil quinientos \$12.667.500;
- (iv) **Nº 70-221-74-12** por el termino de seis meses, por el valor de siete millones ochocientos mil pesos \$7.800.000;
- (v) **Nº 70-221-74-12** por el termino de cinco meses, por el valor de seis millones quinientos mil pesos \$6.500.000,

Todos los contratos tenían el mismo objeto, esto es, “contribuir al fortalecimiento institucional en el Municipio de Coveñas”, desempeñando entonces las mismas funciones, al ente territorial.

Prestó sus servicios ejerciendo las funciones encomendadas, en el ente territorial, conforme los tres elementos que componen la relación laboral, esto es, de manera personal, con un salario mensual y sujeto a la subordinación y dependencia del señor Alcalde atendiendo a que por la labor encargada era necesario permanecer en el lugar de trabajo con miras a cumplir con las funciones asignadas, siendo desempeñadas a cabalidad sin solución de continuidad.

Tuvo una relación laboral con la administración, regida por las formalidades de los contratos de prestación de servicios regulados en la Ley 80 de 1993, pero con plena acreditación de los requisitos de un vínculo laboral.

El Municipio de Coveñas nunca reconoció, liquidó, ni pagó el mínimo de los derechos salariales, prestacionales e indemnizatorios, por lo cual el actor mediante derecho de petición presentada el día 11 de septiembre de 2014 solicitó al municipio el pago de sus derechos prestacionales, frente a la cual no hay pronunciamiento alguno generando el acto ficto o presunto negativo.

1.2 ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 28 de mayo de 2015 (Folio 12 C. 1).
- Admisión de la demanda: 25 de junio de 2015 (Folio 62 C. 1).
- Notificación a las partes: 19 de noviembre de 2015 (Folios 67 C. 1).
- Auto declara nulidad: 1º de agosto de 2016 (Folios 85-88 C. 1).
- Contestación de la demanda: Sin contestación.
- Audiencia inicial: 10 de mayo de 2017 (Folios 108-110 C. 1).
- Audiencia de prueba: 13 de junio de 2017 (Folios 123-125 C. 1).
- Sentencia de primera instancia: 10 de julio de 2017 (Folios 134-139).
- Recurso de apelación: 21 de julio de 2017 (Folios 146-162 C. 1).
- y Concesión de recurso: 28 de julio de 2017 (Folio 169 C. 1).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad territorial no contestó la demanda.

1.4 LA SENTENCIA APELADA.

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, dictó sentencia el 10 de julio de 2017, negando las pretensiones de la demanda, argumentando las siguientes razones:

Indica que de acuerdo con el acervo probatorio que reposa en el expediente, concretamente las copias de cada uno de los contrato de prestación de servicios y las declaraciones de terceros que se recibieron en audiencia de pruebas, se evidencia que el demandante prestó sus servicios de manera personal cumpliendo tareas como apoyo a la Secretaria de Hacienda específicamente en la Oficina de Impuestos del Municipio de Coveñas, al igual que se acredita la remuneración como elemento de la relación laboral a partir de las cláusulas propias de los contratos suscritos que consignan la suma a pagar como contraprestación de los servicios, y en el período en que debe efectuarse tal cancelación, lo que avizora la onerosidad del vínculo.

En cuanto al elemento de la subordinación, el A quo trajo a colación las obligaciones contractuales pactadas en los contratos de prestación de servicios, de las cuales no es posible colegir que la labor ejecutada por el actor implicara el desarrollo de una actividad subordinada. Como apoyo a esa posición, enunció cada una de las declaraciones dadas por los testigos que comparecieron al proceso, a fin de considerar que si bien con la afirmación del señor ALCIDES RAFAEL PITALUA, quien para la época de los hechos de la demanda

se desempeñaba como portero-celador de la alcaldía de Coveñas - Sucre, se puede acreditar la prestación del servicio, como la remuneración recibida por el GUILLERMO JESÚS BENJUMEA DUQUE fruto de los contratos estatales celebrados con el MUNICIPIO DE COVEÑAS, se tiene que su dicho no resulta idóneo para demostrar la subordinación a la que este se encontraba sometido, pues no se encontraba de manera permanente en la dependencia donde el demandante prestaba sus servicios.

A eso suma que si bien es cierto que el señor BENJUMEA DUQUE recibía órdenes de la señora DALGI PUCHE VARGAS, no es menos verídico que éste no hizo referencia a qué clase de instrucciones u órdenes eran las impartidas.

En ese sentido, teniendo en cuenta que el testigo manifestó que no conocía con exactitud cuáles eran las funciones y/o tareas que el demandante cumplía en la oficina de impuestos, como tampoco cual era el objeto contractual fijado en los contratos de prestación de servicios celebrados entre este y el Municipio Coveñas, el A quo no encontró en esa declaración elementos de juicio que permitan inferir que los contratos estatales se desnaturalizaron para dar paso a una verdadera relación.

En relación con las aseveraciones dada por la señora DALGI PUCHE VARGAS, en calidad de testigo, el A quo anunció que no tienen la fuerza probatoria para acreditar el requisito de subordinación en el tiempo en que el actor ejecutó los contratos de prestación de servicios, por cuanto al ser interrogada sobre si ella en algún momento le dio algún tipo de orden al señor BENJUMEA DUQUE, manifestó “claro que sí”, no obstante cuando se le preguntó, que clase o más bien, cuáles eran esas órdenes dadas, sólo se limitó a insistir en que el actor era su apoyo en la realización y materialización de las políticas de recaudo por ellos trazadas y por tanto ella le solicitada realizar las liquidaciones de los impuestos, organizar los archivos y generar las bases de datos de los impuestos de industria y comercio. Por tanto, esa situación no evidencia una restricción de la autonomía del demandante, pues fue contratado para servir de apoyo a la oficina de impuestos de la Secretaría de Hacienda del Municipio, quien a su vez debía ejercer el control sobre la calidad del servicio, a través de un funcionario competente que en este caso era la señora DALGI PUCHE VARGAS, siendo ella la supervisora del contrato estatal.

Así las cosas, la testigo al no especificar el cuerpo o contenido de las órdenes a fin de poder valorar si correspondía a la competencia propia de la Interventoría o si desbordaba dicha esfera, no es posible discernir que tales órdenes correspondían a hechos que se acoplan a los parámetros de subordinación en materia laboral. Adiciona también que el cumplimiento de horarios por parte del señor BENJUMEA DUQUE, se realizó de forma voluntaria no por una imposición de la administración.

En ese sentido, concluyó que en el presente caso no se probó que los contratos estatales se hayan desnaturalizado para dar paso a la configuración de una relación laboral, como quiera que lo probado obedece al cumplimiento de las obligaciones contractuales pactadas entre las partes.

1.4. EL RECURSO DE APELACIÓN.

La parte demandante, inconforme con la decisión del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, presentó recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, con los siguientes argumentos:

Aduce que los elementos de la relación laboral con el Municipio de Coveñas, Sucre en razón a las tareas realizadas en virtud de los sendos contratos de prestación de servicios celebrados, se encuentran acreditados, especialmente la subordinación puesto que las funciones y obligaciones que le fueron asignadas eran propias de un empleado público de la entidad siendo ejecutadas de forma permanente en el lapso de tres años con miras a satisfacer la necesidad de sostener el funcionamiento de la Oficina de Impuestos Municipales, labores que entre otras cosas son ordinarias y no accidentales ya que son propias del giro ordinario del negocio y recaudo de los impuestos.

En esa dirección, sostiene que el cobro de impuestos municipales no es una función accidental o temporal, por el contrario es fija e ininterrumpida, dado que si no se realiza el municipio no tuviese presupuesto.

Afirma que de acuerdo con los elementos probatorios que obran en el expediente confrontados con la jurisprudencia que desarrolla la institución del contrato realidad, se advierte que en el caso de la referencia se configuró una verdadera relación laboral a pesar de haberse ocultado a través de la figura del contrato de prestación de servicios.

En el caso concreto de la subordinación, estima que se logra acreditar ese supuesto en vista que se corrobora la intemporalidad de la relación en el cumplimiento de funciones y horarios de trabajos propios de la entidad, desarrollando idénticas ocupaciones a las asignadas a los servidores de planta, con el compromiso de rendir informes acerca de las actividades adelantadas en ejercicio la labor como Técnico Administrativo Contable de la Oficina de Impuestos Municipales. Adiciona que la subordinación se presume sin que sea probada por el trabajador siendo entonces deber del empleador desvirtuarla, de conformidad con el artículo 24 del C. S. del T., siendo entonces para el empleado demostrar únicamente la prestación personal del servicio y la remuneración.

Así las cosas, se tiene que el actor en función de los contratos de prestación de servicios celebrados con el Municipio de Coveñas, prestó los servicios de manera personal

recibiendo a cambio el pago de la respectiva remuneración, presumiéndose así la existencia de la subordinación.

Sin embargo sostiene que la subordinación se acredita en el asunto de la referencia con base en las órdenes impartidas en ejecución de los servicios contratados entendida como el poder jurídico permanente que ostenta el empleador para dirigir las actividades del trabajador a través de la expedición de instrucciones que contiene la manera de ejecutar las funciones a fin de cumplir con sus obligaciones, de suerte que el señor Benjumea Duque no tenía la autonomía para rechazar las órdenes dadas por los jefes inmediatos, tampoco tenía la facultad de descuidar la atención al público, además que tenía acceso a los programas computarizado de la dependencia únicamente mediante clave que le suministraban los superiores, sumado a eso a que estaba sometido al cumplimiento de horario de trabajo sin que fuese posible disponer de su tiempo ni ausentarse del lugar donde ejecutaba los servicios contratados ya que en el reposaba la obligación de suministrarle a los usuarios la información que solicitaban como liquidaciones y paz y salvo.

1.4 TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

En auto del 25 de septiembre de 2017 se admitió el recurso de apelación. Posteriormente en providencia del 17 de octubre de 2017 por considerar innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con el artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, se dispuso correr traslado para que las partes presentaran alegatos por escrito y concepto del Ministerio Público².

En esta etapa procesal, la parte demandante se pronuncia ratificando la postura expuesta en el recurso de apelación³. La parte demandada guardó silencio.

El Delegado del Ministerio Público ante el Tribunal Administrativo emitió concepto⁴, afirmando que en el caso concreto se advierte la comprobación de los elementos de la relación laboral referido a la prestación personal del servicio y remuneración, sin embargo no sucede lo mismo con la subordinación por cuanto la gestión adelantada en la ejecución de sus obligaciones no son inherentes a la esencia de las funciones misionales que adelanta la Alcaldía de Coveñas, Sucre, sumando a eso que las labores desempeñadas se encuentran expresamente señaladas en los contratos de prestación de servicios, por lo que no se avizora atribución diferente a las contratadas.

² Folios 4 y 20 del cuaderno de segunda instancia.

³ Folios 8-19 cuaderno de segunda instancia.

⁴ Folios 22-25 del cuaderno de segunda instancia.

En ese sentido para la Vista Fiscal, la parte actora teniendo la carga de la prueba no desvirtuó la relación contractual contraída con el municipio demandado, como quiera que no probó la subordinación ya que no información y documentación relacionadas con permisos, llamados de atención, requerimientos efectuados por el interventor de los contratos que permitan dilucidar el acaecimiento y configuración de tal exigencia propias de los vínculos laborales. En consecuencia, solicita que se confirma la sentencia en alzada.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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.

2.1 ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

La parte actora solicitó la nulidad del acto ficto, que se entiende negativo, generado por el silencio de la administración municipal de Coveñas – Sucre en dar respuesta a la petición formulada en el 11 de septiembre de 2014 (folios 40-45), en la cual solicitó el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales por haber prestado los servicios de *“apoyo a la gestión a la Secretaría de Hacienda en la Oficina de Impuestos para contribuir al fortalecimiento institucional del Municipio de Coveñas”*, durante 25 meses y 15 días.

2.2 PROBLEMA JURÍDICO.

Partiendo de los antecedentes reconstruidos, entra el Tribunal a dilucidar en primer lugar, si entre las partes en contienda, se configuró la existencia de una relación laboral **subordinada** por razón del principio de la primacía de la realidad.

Determinado lo anterior, se analizará, si los derechos derivados del contrato realidad, se encuentran afectados o no por el fenómeno de prescripción.

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.

El H. Consejo de Estado considera que se denomina 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”⁵, 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”

La 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”⁶.*

Es menester entonces 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”

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

Probado el primer elemento, la tarea radica entonces, en confirmar procesalmente 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 carece

⁵ 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.

⁶ Sentencia C-154-1997. Refiriéndose al contrato realidad.

del elemento de subordinación laboral o dependencia, en el entendido que la actividad personal contratada se realiza a cuenta propia y con autonomía del contratista, tema específico sobre el cual, la misma Corporación expresó:

“Sobre el elemento en particular de la subordinación laboral, la Corte ha manifestado que es el “poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos. Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél.”⁷(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”⁸.

Al respecto, el H. Consejo de Estado, señala:

*“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).⁹*

En ese sentido, la subordinación es el elemento que permite acreditar que la vinculación contractual formal disfraza una verdadera relación laboral, teniendo el deber de probarla la parte que pretende judicialmente el pago de los derechos laborales en cumplimiento del artículo 167 del C. G. P.

Así entonces, 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 público¹⁰, recordando que el contrato estatal puede ser suscrito para la realización o cumplimiento de los fines estatales¹¹, sin embargo, ello no descarta que la sólo celebración del contrato y la ejecución material de la actividad personal contratada, *per se*, permita en algunos casos presumir la existencia del elemento

⁷ Sentencia C-386 de 2000. Posición reiterada en las sentencias T-523 de 1998, T-1040 de 2001 y C-934 de 2004.

⁸ Sentencia T-063 de 2006

⁹ Ídem 3.”

¹⁰ “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.

¹¹ ARTÍCULO 3o. Ley 80 de 1993. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines

subordinación¹² únicamente en los casos donde se concluya razonadamente 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 a la ejecución de funciones permanentes por contrato de prestación de servicios lo cual se encuentra prohibido¹³, para lo cual, la entidad deberá crear los cargos necesarios¹⁴.

En orden de lo expuesto, en la medida en que mediante la celebración de este tipo de contratos se esconda o encubra una verdadera relación laboral con el propósito de desconocer derechos laborales, o en su defecto se celebren para la ejecución de actividades permanentes o misionales, en donde materialización de la actividad o servicio contratado muestra la existencia de los tres elementos de una relación laboral, en especial el elementos subordinación, siendo una situación completamente distinta a lo establecido en el acto contractual, habrá lugar a la declaratoria de existencia de una relación laboral.

Es pertinente destacar que el reconocimiento y aplicación del principio de la primacía de la realidad a una relación inicialmente contractual, no implica conferir la condición de empleado público al contratista, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado¹⁵, punto este que igualmente, acoge la Corte Constitucional, como se puede apreciar en sentencia T- 093 de 2010¹⁶, sin embargo, la Sala Plena de la Sección Segunda en sentencia de unificación consideró que el reconocimiento que surge de la aplicación de la teoría del contrato realidad, se realiza a título de restablecimiento del derecho¹⁷.

¹² Amén de aquellas labores donde la subordinación se encuentra ínsita en el desarrollo de la misma, como es el caso de los docentes, vigilantes.

¹³ Consejo de Estado, sentencia del 15 de mayo de 2013, Sección II Subsección B, Radicación: No.05001233100020010363101. CP. Gerardo Arenas Monsalve. Corte Constitucional Sentencia C-171 de 2012

¹⁴ 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"

¹⁵ 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.

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; a pesar de que entre la respectiva entidad y el trabajador se haya verificado el cumplimiento del principio de primacía de la realidad sobre las formas"

¹⁷ Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

III. CASO CONCRETO

Recapitulando tenemos que el señor GUILLERMO DE JESÚS BENJUMEA DUQUE expresa que celebró con el MUNICIPIO DE COVEÑAS, varios contratos de prestación de servicios para ejecutar las labores “*Apoyo a la gestión administrativa de la Secretaría de Hacienda en la Oficina de Impuestos Municipales para contribuir con el fortalecimiento institucional en el Municipio de Coveñas – Sucre*”, sin embargo sostiene que esos contratos disfrazaron una verdadera relación laboral en razón a que la ejecución de las labores, y durante el interregno en que estuvo vinculado bajo esa modalidad contractual, se cumplieron los tres elementos que componen aquella relación: (i) la prestación personal del servicio; (ii) remuneración y (iii) subordinación, reclamando por ese hecho a la administración demandada el pago de los emolumentos que se generan con ocasión al cumplimiento de las labores mediante petición elevada el 11 de septiembre de 2014 (ver folios 40-45 C. 1).

El juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, considerando que pese a que se acredita la prestación personal del servicio y la remuneración, las pruebas recaudadas no ofrecen certeza en cuanto al cumplimiento de la subordinación como requisito *sine qua nom* para dar cabida a la institución del contrato realidad, y con ello, el pago de las prestaciones sociales causadas con ocasión a ese vínculo contractual desnaturalizado.

La parte actora en el recurso de apelación sostuvo que la subordinación si está demostrada ya que las declaraciones de los testigos, principalmente, de la señora DALGY PUCHE VARGAS quien para la época fungía como empleada de planta del Municipio de Coveñas a cargo de la Oficina de Impuestos Municipales, indican que el señor GUILLERMO DE JESÚS BENJUMEA DUQUE si prestó servicios de manera subordinada por cuanto recibió órdenes e instrucciones, sumado a que cumplía un horario determinado, que debía presentar los respectivos informes donde se dejaba constancia la ejecución de las obligaciones contraídas en los contratos de prestación de servicios, lo que evidencia la permanencia y sujeción del actor frente a las disposiciones del jefe inmediato.

Añade que las labores desempeñadas hacen parte del giro ordinario y normal de los negocios u objeto del Municipio en la medida que gracias a ello pueden recaudar los impuestos de los contribuyentes que terminan en las arcas o presupuesto del ente territorial, por tanto se trata de aquellas funciones que son propias y permanentes de los entes territoriales, circunstancia que advierte las obligaciones desarrolladas siempre estuviesen bajo el poder jurídico de su empleador.

También indicó que en el caso particular la subordinación debe presumirse en aplicación al artículo 24 del C. S. del T., en la medida que sí están probados la prestación personal del servicio y la remuneración, de suyo debe tenerse por acreditado la subordinación.

Pues bien, conforme el material probatorio incorporado de manera oportuna, las premisas normativas y jurisprudenciales previamente referenciadas, y el argumento medular del recurrente el cual fija la competencia del juez de segunda instancia en virtud del artículo 328 del CGP, debe la Sala analizar si se encuentra demostrada la subordinación como elemento que condiciona la aplicación de la teoría del contrato realidad, en los siguientes términos:

- **PRUEBA DE LOS ELEMENTOS DE LA RELACIÓN LABORAL.**

En lo que respecta a la acreditación de los elementos de la relación laboral, para efectos de dar cabida a la tesis del contrato realidad, encuentra la Sala que, tal como lo señaló el A quo, la prestación del servicio se encuentra acreditada con la copia de los contratos respectivos, e igual ocurre con la retribución, la cual se acredita con la remuneración pactada en los respectivos contratos de prestación de servicios. Aspecto que no es objeto de discusión en el recurso de apelación dado que dichas exigencias las encontró acreditadas al A quo. Siendo así la valoración de las pruebas se sujetarán estrictamente a la verificación de la subordinación.

La Sala asume la posición que ese componente del vínculo laboral no se encuentra acreditado, y por tanto no hay lugar a declarar el contrato realidad, en razón a lo siguiente:

Compareció al proceso como testigo la señora DALGI PUCHE VARGAS, anunciándose como jefe inmediata del señor GUILLERMO BENJUMEA DUQUE en las labores contractuales ejecutadas en virtud de los contratos de prestación de servicios celebrados con el Municipio de Coveñas, teniendo todos como objeto *“PRESTAR LOS SERVICIOS DE APOYO A LA GESTIÓN A LA SECRETARÍA DE HACIENDA EN LA OFICINA DE IMPUESTOS PARA CONTRIBUIR AL FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DEL MUNICIPIO DE COVEÑAS”*¹⁸, declaración que para el *sub examine* es de suma relevancia en la medida que la deponente puede informar sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar que gravitaron en torno al servicio prestado por el actor, lo que permite brindar convicción y certeza en cuanto a la configuración o no de la subordinación objeto de discusión en esta instancia.

En ese sentido, se extraen las afirmaciones más sobresalientes del dicho de la testigo:

¹⁸ Ver contratos N° MC-CD-PS-AG-121-2010, N° MC-CD-PS-AG-014-2011, N° MC-CD-PS-AG-065-2011, N° 70-221-029-12, N° 70-221-74-12.

“(...) trabajé con en la Oficina de Impuestos, con la administración municipal, desde el 2003 hasta 2013. Él (Guillermo Benjumea Duque) era el apoyo de la oficina de impuestos, él entró en agosto de 2010 hasta enero 2013 vinculado por contratación prestación de servicios y le renovaban permanentemente el contrato. (...) yo era la jefe de impuestos como profesional universitario adscrito a la Secretaría de Hacienda. (...) algunas veces contrataban a una persona para que colaborara con el tema de las facturaciones pero esporádicamente. (...) yo era la que en ese momento era la superior más sin embargo mi jefe inmediato era el tesorero, pero la que supervisaba todas las actividades era yo. (...) PREGUNTADO: Usted le daba una clase de órdenes al señor GUILLERMO BENJUMEA en caso afirmativo que clase de órdenes le daba. CONTESTÓ. Si claro que sí, nosotros iniciamos el recaudo en ese momento estaba muy bajito y nosotros iniciamos unas políticas de recaudo las cuales, de la mano con él, iniciamos todo ese tipo de cobros, organización de los archivos, expedientes, creación de base de datos de los impuestos de industria y comercio, y pues, en términos generales me apoyaba en todas las actividades correspondientes a la liquidación o impuesto como tal, porque pues en algunas ocasiones que de pronto por x o y motivo me asuntaba él era la persona que suplía esa vacante en ese momento. PRGUNTADO. Usted le exigía al señor Benjumea que cumpliera horario de 8:00 a 12:00 y 2:00 a 6:00. CONTESTÓ. Él estaba siempre a las siete de la mañana, el horario era de 8:00 a 12:00 y 2:00 a 6:00 por lo que cumplía muy juicioso su hora de llegada. (...) en caso que él debiera salir, la idea era que me pidiera permiso o me avisara o informara pero la verdad es que nunca sucedió, porque él nunca, una sola vez, estuvo por fuera y fue por cuestiones de salud, en todo el tiempo en que estuvo laborando con nosotros. (...) en mi ausencia, quedaba cargo el jefe de presupuesto, sin embargo él (Guillermo Benjumea) era el apoyo del jefe de presupuesto quien era el encargado en su momento, pero quien realmente realizaba las actividades como tal de recaudo y lo demás era el señor Benjumea aunque pues por obvias razones él no podía firmar ningún documento, quien firmaba en su momento era el tesorero o Secretario de Hacienda. (...)”¹⁹

Frente esta narración, el Tribunal observa que su afirmación en cuanto al cumplimiento de órdenes no es concreta, pues no precisa el contenido de esas órdenes, no puede vislumbrarse las instrucciones precisas que debía cumplir el accionante para el cumplimiento de sus funciones, por el contrario, se puede evidenciar que las actividades en la oficina de impuestos del Municipio de Coveñas, ejercidas por el actor, eran coordinadas más no subordinadas, en el sentido que su misión era idear, planificar y

¹⁹ Ver CD audiencia de pruebas desde el minuto 44:00.

ejecutar políticas de recaudos de la mano y con el liderazgo de la jefe de esa cartera, que según el dicho de la testigo para la época de vinculación del actor tal recaudo era escaso por lo que se iniciaron todo un proceso de organización y estructuración de esa oficina con miras a obtener el recaudo esperado, para ello organizaron los archivos, crearon los respectivos expedientes a cada contribuyente y formaron la base de datos, puntualmente, del impuesto de industria y comercio.

Puede extraerse que las tareas desempeñadas están enfocadas como **apoyo** a la Jefe de la Oficina de Impuestos para el cumplimiento de una política de recaudo, hecho que no es dable confundirse o determinarse como subordinación que implica sujeción del trabajador en el acatamiento, sometimiento y obediencia respecto de las labores fijadas por el mismo empleador bien sea en un contrato consensual laboral o fijada en los reglamentos correspondientes. Ese apoyo del que habla la testigo guarda estricta similitud con lo estipulado en los contratos de prestación de servicios, que busca efectivamente el fortalecimiento institucional del municipio demandado en materia de recaudo de impuesto.

Precisamente, la Sala denota que esas políticas de recaudo que dice la declarante, estaban direccionadas a que el ente territorial tuviera mayores ingresos para robustecer su presupuesto, esencialmente el rubro de recursos propios que lo componen los impuestos recaudados, entre otros, lo que permite evidenciar que esas actividades conducían de manera directa al fortalecimiento institucional de la administración, existiendo coherencia entre el objeto contratado y las tareas efectuadas por el accionante.

La misma declarante afirma que en la oficina de impuestos del municipio accionado, para aquella época, solo estaba compuesta por un empleado de la planta de personal de la entidad, quien era ella haciendo las veces de jefe de esa dependencia adscrita a la Secretaría de Hacienda, luego entonces el cometido institucional de fortalecer la organización y el recaudo de los tributos municipales no podía realizarse con el personal de planta de esa dependencia, por lo que por **necesidad del servicio** era posible la contratación de una persona mediante prestación de servicios para ejecutar tareas afines a la consecución de las políticas tributarias que se impulsaban, como efectivamente sucedió en el caso del señor Benjumea Duque sin que esto implique una subordinación en el cumplimiento de sus obligaciones, pues probado está que sus labores se circunscribieron en torno al apoyo, colaboración y coordinación del recaudo tributario exenta de instrucciones precisas asemejadas a las que recibían los empleados de planta de esa administración. Huelga decir que en el plenario no obra manual de funciones de la planta de personal del Municipio de Coveñas en la que se pueda contrastar las funciones de los cargos de planta y las obligaciones contraídas y ejecutadas por el accionante.

En punto de lo anterior, las instrucciones que anuncia el actor no devienen del poder subordinado de la administración municipal de Coveñas, sino de aquellas que se encaminan a obtener un recaudo exitoso de los impuestos y de esa manera obtener una correcta prestación de ese servicio, labor de coordinación necesaria para el correcto cumplimiento del objeto contractual pactado.

Asimismo, el cumplimiento de horario que se aduce en la demanda, que afirma la declarante así como el testigo ALCIDES PITALUA PACHECO, no genera *per sé* subordinación, como tampoco la presentación de informes relacionados con los servicios prestados. Las anteriores situaciones apuntan a una relación de coordinación y apoyo que existió entre la Jefe de Impuestos Municipales y supervisor del contrato - Dalgi Puche Vargas - y el contratista (demandante), lo cual se dio en el marco de la necesidad de contratar los servicios especializados en materia tributaria y contable por ausencia de personal en planta oficial que coadyuvara a tal propósito, no constituyéndose automáticamente subordinación, sujeción y dependencia, entre aquel y la administración municipal, tal como lo sostiene el H. Consejo de Estado en los siguientes términos:

“Se entiende de lo anterior que no necesariamente se está frente a un contrato laboral cuando se desempeñan funciones similares a las de los empleados de planta, dado que una relación legal y reglamentaria tiene requisitos especiales. Por otra parte, se debe resaltar que en el caso en que se labore en la sede de la entidad, ello por sí mismo, no da lugar a que se declare la existencia del contrato laboral.

También se vislumbra de la jurisprudencia citada ut supra que el hecho de recibir instrucciones sobre la correcta prestación del servicio, cumplir determinados horarios, rendir informes sobre la prestación del mismo no constituyen elementos de una relación de subordinación continuada, si no que se enmarcan en una relación de coordinación que debe existir entre los contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios y la administración para la correcta ejecución de los recursos públicos en aras de prestar un mejor servicio.”²⁰

Así las cosas, se colige razonadamente que las pruebas que la parte demandante aduce en el escrito de apelación, no evidencian la relación subordinada entre éste y el Municipio de Coveñas en el marco de la ejecución de los contratos de prestación de servicios celebrados entre éstos, por lo que no desvirtuó su naturaleza manteniéndose incólume los efectos legales de este vínculo contractual referidos a que no da lugar al pago de prestaciones sociales, de manera que carece de asidero fáctico la premisa expuesta en la demanda sobre la tipificación del contrato realidad.

Visto lo anterior y confrontado la prueba, 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, recordando que el ente territorial, para el logro de sus fines puede ayudarse de los particulares cuando no

²⁰ Sentencia de 2 de marzo de 2017, Sección Segunda, Subsección A, radicado 52001-23-31-000-2010-00505-02, C. P. Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.

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, lo cual en el presente asunto, no acaeció.

Sin perjuicio de lo anterior, debe advertirse que las razones dadas por esta Corporación son suficientes para determinar que las actividades contractuales realizadas por el señor Benjumea Duque no hacen parte del giro normal y ordinario de la entidad municipal, pues si bien efectuó tareas de recaudo de impuestos - atribución constitucional de los entes territoriales - esas se produjo no con base a la ejecución de una labor principal, sino netamente accesoria y consecencial del objeto principal que era implementar políticas y medidas dirigidas al fortalecimiento de institución mediante el aumento del recaudo que para el momento era escaso en coordinación con la jefe de la oficina de impuestos. Luego entonces, esa actividad pese a tener incidencia directa y participación en la parte misional de la entidad, no hace parte de la misma, de suerte que no puede aducirse que la ocupación del accionante sea propias de la administración municipal ni mucho menos que sean semejantes al de los empleados de planta, descartándose de plano la premisa que se refiere a que la subordinación en el *sub examine* se encuentra implícita a las labores desempeñadas.

Es de recordar, como se expuso en acápites previos, 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 estatales²¹, 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 necesarios²².

Asimismo, recuérdese que el contratista es un colaborador del Estado para el cumplimiento de sus cometidos o fines y en tal sentido se constituye en un deber como lo establece el artículo el numeral 2 del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, *“colaborar con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el*

²¹ 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.

²² 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”

desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse”, debiendo reiterar esta Sala que “entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades²³, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación”²⁴⁻²⁵

En consecuencia, dando respuesta al problema jurídico propuesto se tiene por no demostrada la subordinación como supuesto *sine qua nom* para desnaturalizar la relación contractual entre el señor GUILLERMO BENJUMEA DUQUE y el MUNICIPIO DE COVEÑAS, impidiendo de esa forma la configuración del contrato realidad.

Por consiguiente, se **CONFIRMA** la sentencia objeto de alzada.

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

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

3. DECISIÓN

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de julio de 2017, proferida por el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**, en consideración a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante y a favor de la entidad demandada.

²³ Esta Sala bajo las consideraciones expuestas líneas antes, estima que esa coordinación de actividades no es solo posible sino necesaria para el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A. Expediente No. Expediente No: 05001-23-31-000-2002-04865-01. Sentencia del 6 de mayo de 2015. C.P. Luis R. Vergara Quintero.

²⁵ Ídem 9.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia. Realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente.

CUARTO. 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° 59.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA