



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veintiocho (28) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

SALA TERCERA DECISIÓN

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: 70-001-33-33-004-2014-00254-01
DEMANDANTE: JAIRO ISAAC ROYETH CABARCA
DEMANDADO: MUNICIPIO DE GALERAS SUCRE.
MAG. PONENTE: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

Decide el Tribunal, el recurso de apelación formulado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 16 de agosto de 2017 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo, en la cual se negaron las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 LA DEMANDA¹.

El señor **JAIRO ISAAC ROYETH CABARCA**, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda en contra del MUNICIPIO DE GALERAS-SUCRE, solicitando:

- Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el escrito de fecha 31 de julio de 2014, suscrito por el señor Alcalde del Municipio de Galeras, mediante el cual se negó la existencia de un contrato realidad y el pago de los derechos laborales derivados de la misma.
- Consecuencia de lo anterior, pretende el reconocimiento de una relación laboral conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, comprendida entre el 16 de febrero de 2010 al 31 de diciembre de 2011.
- Asimismo, pide se condene al ente territorial demandado al pago de los derechos laborales derivados de la existencia de la relación laboral, tales como auxilio de transporte, subsidio de alimentación, dotaciones, auxilio definitivo de cesantías, intereses sobre las cesantías, sanción moratoria

¹ Folios 1-5.

por el no pago oportuno de cesantías, prima de servicios y navidad, compensación de las vacaciones no disfrutadas, prima de vacaciones, y su indemnización, bonificación por recreación, aportes a salud y a pensión, con los ajustes de ley, intereses moratorios e indemnización monetaria correspondiente; sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago.

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

El actor laboró para la ALCALDÍA MUNICIPAL DE GALERAS - SUCRE, durante el periodo comprendido desde el 16 de Febrero de 2010 hasta el 31 de Diciembre de 2011, en calidad de empleado público de hecho, quien fuere contratado por el señor REINALDO FRANCISCO RAMÍREZ MEJÍA quien actuaría para esa época como alcalde municipal de Galeras - Sucre. Que se desempeñaba en el cargo de Mensajero en las instalaciones de la Alcaldía Municipal de Galeras - Sucre, siendo el horario de trabajo entre las 08:00 A.M. - 12 M y de 2:00 P.M. a 5:00 P.M.

En el ejercicio del cargo desempeñado por el señor JAIRO ISAAC ROYETT CABARCA, realizaba funciones de: mensajería de llevar y traer correspondencia de la entidad pública demanda en la zona urbana y rural, consistente en repartir oficios a las E.P.S., I.P.S. y otras entidades privadas como cooperativas existentes en el municipio de Galeras, además de encargarse de repartir las citaciones a las personas que eran convocadas a audiencias en la inspección de Policía, recibiendo órdenes inmediatas del inspector de Policía señor EZEQUIEL MEZA CELINS. También se encargaba de transportar a las enfermeras de la E.S.E Centro de salud inmaculada concepción de Galeras Sucre, por órdenes de la secretaría de salud municipal, hacia la zona rural cuando existían jornadas de penetración y vacunación, además se encargaba de hacer perifoneo cuando hacían las jornadas de vacunación.

El sueldo devengado por su mandante en el periodo comprendido desde el 16 de febrero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2011 fue el salario mínimo legal vigente para dicha fecha.

El señor JAIRO ISAAC ROYETT CABARCA, recibía órdenes de la alcaldía municipal de Galeras quienes a través de su secretaria ejecutiva y los diferentes secretarios de despacho, de salud y de educación, comisaría de familia, jefe de recursos e inspector de Policía emitía órdenes.

De acuerdo a lo anterior se configura una verdadera relación laboral pues se cumplen con los tres elementos que la integran como son la prestación personal

del servicio, continuada subordinación y remuneración como contraprestación del servicio.

El demandante radicó el día 24 de Julio de 2014, derecho de petición en la Alcaldía Municipal de Galeras - Sucre, para el reconocimiento y pago de acreencias laborales: Auxilio de transporte, subsidio de alimentación, Dotaciones, Auxilio definitivo de cesantías, Intereses sobre las cesantías, sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías, prima de servicios y navidad, compensación de las vacaciones no disfrutadas, prima de vacaciones, y su indemnización, bonificación por recreación, aportes a salud y a pensión, con los ajustes de ley, intereses moratorios e indemnización monetaria correspondiente, el cual fue resuelto negativamente según consta en el oficio sin número del 31 de Julio de 2014.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA².

El MUNICIPIO DE GALERAS contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones propuestas, solicitando sean negadas, por carecer de fundamentos facticos y jurídicos que las soporten.

A los hechos la parte demandada, afirma que en su mayoría no son ciertos, indicando que para acceder a un empleo público se requiere de un acto administrativo de nombramiento, con la respectiva toma de posesión. Sin obviar, los requisitos previos que deban satisfacer para llegar al destino final del nombramiento y la posesión, tales como la demostración de los requisitos académicos y de experiencia y el concurso de mérito, si el cargo es de carrera administrativa.

Indica asimismo, que la oficina de recursos humanos certifica la inexistencia de documento alguno, que haga constancia de esa relación de trabajo alegada por el actor con el municipio de Galeras, por lo que aduce que no son ciertos los hechos invocados. Por último, formuló las excepciones que denominó, inexistencia de causal de nulidad e inexistencia de derecho alguno.

1.3 LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA APELADA.

El Juez Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo dicta sentencia el 16 de agosto de 2017, negando las pretensiones de la demanda, considerando que no existió relación laboral entre las partes en contienda.

² Folios 28-31.

El *A quo*, luego de señalar los fundamentos normativos y jurisprudenciales del contrato realidad, expuso que los extremos temporales de la prestación del servicio, no se demostraron en el proceso.

Asimismo, expresó en su decisión, que este elemento básico de la relación laboral no fue demostrado por el demandante, de las pruebas documentales que obran en el proceso y los testimonios recepcionados no ofrecen la certeza de prestación del servicio, es así que la testigo señora MILAGROS DEL CARMEN HERNÁNDEZ RUS afirmó "le pedían favores en la comisaría de familia y la inspección de policía", no relata que esa era su función, del testigo EZEQUIEL FRANCISCO MEZA CELINS, en la misma línea indica que "le pedían favores" lo cual no puede tomarse como el desempeño de funciones derivadas de una relación laboral amparada primigeniamente por contratos de prestación de servicios que pudiera encubrir una verdadera relación de subordinación al respecto señaló: "cuando era inspector de policía lo veía al señor JAIRO ISAAC ROYETT CABARCA en la secretaria de salud trabajando normalmente, como un empleado, añade que muchas veces le pidió el favor de llevar citaciones de la inspección.

Señaló que, los testigos indican que el extremo temporal fue en el año 2010 a 2011, sin especificar las fechas inicialmente, no obstante el declarante afirma que estuvo vinculado desde el 16 de febrero de 2010 al 31 de diciembre de 2011", lo cual contrastado con las demás pruebas que obran en el proceso no brindan la plena certeza de la prestación del servicio, distinta a favores que le "pedían" los distintos funcionarios y /o empleados de la Alcaldía del Municipio de Galeras.

Con respecto a la remuneración, indicó que no existía claridad sobre el valor entregado por el servicio mes a mes, y no es posible determinarlos ante la ausencia documentos que acrediten la prestación de servicio y el pago de remuneración, requisito que no se demostró en el plenario.

Concluyó el *a quo*, señalando que es a la parte interesada a quien le corresponde la obligación de probar los supuestos que alega, en este caso que se den los tres elementos que la conforman la relación laboral, que son: la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración, los cuales no basta sean afirmados, sino que se debe ofrecer plena certeza al juez, por lo que al no encontrar probada la prestación del servicio y la remuneración en el caso objeto de examen por parte de la entidad accionada hacía el demandante, negaba las súplicas de la demanda.

1.4 EL RECURSO DE APELACIÓN³:

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte actora formula recurso de apelación, solicitando sea revocada y se concedan las pretensiones.

Para el efecto, considera que dentro del plenario, se logró demostrar, la vinculación por vía de hecho, del señor JAIRO ROYERTH CABARCA, con el Municipio de Galeras - Sucre, en calidad de MENSAJERO, hecho que fue probado por la testigo MILAGRO HERNANDEZ, quien manifestó que el demandante se encontraba al servicio de la Alcaldía Municipal de Galeras, más exactamente a la secretaria de Salud Municipal, dependencia donde labora la testigo, asegurando su calidad de mensajero, y quien transportaba al personal en eventos de vacunación.

Se debe sumar, que el testigo también manifestó que el señor ROYERTH CABARCA, laboraba para la Alcaldía Municipal, en su dependencia, de la secretaria de Salud, hechos que no fue tenido en cuenta por el honorable juzgado, sino por el contrario, tomó el testimonio de manera fraccionada

Expresó que con el testimonio de EZEQUIEL MEZA CELINS, quedada en evidencia, el reconocimiento público por parte de los empleados de la alcaldía Municipal de Galeras, de reconocer al señor JAIRO ISAAC ROYERTH CABARCA, como empleado de la misma entidad, al servicio de la secretaria de Salud y que la prueba aportada por la parte demandada, esto es, certificado expedido por el Jefe de recursos Humanos, en el que consta la falta o ausencia de vinculación del demandante con la entidad, nada debe influir con el asunto, teniendo en cuenta que lo que se pretende debatir es la configuración del contrato realidad de un trabajador de hecho.

Con fundamento en lo anterior, la parte recurrente, concluyó señalando que dentro del proceso referenciado se logró demostrar todos los elementos que configuran una relación laboral entre el señor JAIRO ISAAC ROYER CABARCA, y el Municipio de Galeras - Sucre

³ Folios 119-121.

1.5. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

En firme el auto que admitió el recurso de apelación, se ordenó correr traslado por escrito a las partes y concepto del Ministerio Público⁴.

En la etapa de alegatos solo se pronuncia el municipio de Galeras, solicitando sea confirmada la sentencia de primera instancia, porque no existe prueba en el proceso sobre la relación laboral alegada⁵.

El delegado del Ministerio Público no emitió concepto.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para resolver la apelación interpuesta, según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A., en Segunda Instancia. Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Con fundamento en la argumentación del demandado apelante, entra el Sala a determinar si ¿se encuentra acreditada la existencia de un contrato realidad entre el demandante quien afirmó prestó sus servicios como mensajero en el municipio de Galeras, desde el desde el 16 de Febrero de 2010 hasta el 31 de Diciembre de 2011?.

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

I. TEORIA DEL CONTRATO DE 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

⁴ Folios 3-9 cuaderno de segunda instancia.

⁵ Folios 13-15 cuaderno de segunda instancia.

y prueban las condiciones necesarias de una relación laboral (prestación personal del servicio, salario y subordinación) esta debe ser reconocida y privilegiada sobre la formalidad.

Por ello, 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"*⁶.

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"*⁷; 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"*

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 entonces, 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

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

⁷ 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.

el entendido, que ello es lo que se pretende desvirtuar, desnaturalizar o desdibujar; claro está, sin llegar a exigir prueba solemne del mismo, pues de lo que se trata es de probar su ejecución.

Probado el primer elemento, la tarea probatoria 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 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."⁸(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"⁹.

De igual forma, la Sala Laboral del H. Consejo de Estado, frente a las cargas probatorias en el contrato realidad, 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*

⁸ Sentencia C-386 de 2000. Posición reiterada en las sentencias T-523 de 1998, T-1040 de 2001 y C-934 de 2004.

⁹ Sentencia T-063 de 2006

quien está llamado a demostrar los elementos esenciales o configurativos de una verdadera relación laboral" (negrillas fuera del texto).¹⁰

En ese sentido, la subordinación es el elemento que permite acreditar que la vinculación contractual formal 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 público¹¹, recordando que el contrato estatal puede ser suscrito para la realización o cumplimiento de los fines estatales¹².

Ahora bien, 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 subordinación¹³ 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 a la ejecución de funciones permanentes por contrato de prestación de servicios lo cual se encuentra prohibido¹⁴, para lo cual, la entidad deberá crear los cargos necesarios¹⁵.

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

¹⁰ Ídem 7."

¹¹ "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.

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

¹⁴ 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

¹⁵ 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"

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 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.

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 Estado¹⁶, punto este que igualmente, acoge la Corte Constitucional, como se puede apreciar en sentencia T- 093 de 2010¹⁷.

Ahora bien, para que proceda el reconocimiento es menester considerar que con la **Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 5 de 2016, del 25 de agosto de 2016 proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda** del H. Consejo de Estado¹⁸, 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

¹⁶ 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.

¹⁷ "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"

¹⁸ 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)

del escalafón; (...)”: 35 contractual. ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad. iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional. iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA). v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables. vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral). vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador. De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título 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”

II. PRUEBA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO REALIDAD EN EL CASO CONCRETO.

Recordemos que la relación laboral está compuesta por tres elementos, a saber, i) la prestación personal del servicio en ejecución de un contrato estatal, ii) la subordinación o continuada dependencia y, iii) la remuneración o retribución de los servicios prestados.

Acorde con el principio de autorresponsabilidad probatoria, corresponde exclusivamente a quien alega la figura, o espera ser cobijado por la protección

que brinda el principio de la primacía de la realidad, demostrar la presencia de los elementos del contrato realidad.

El actor en su demanda afirmó que prestó sus servicios al municipio de Galeras en el periodo comprendido entre el 16 de Febrero de 2010 hasta el 31 de Diciembre de 2011, ejecutando labores de mensajería.

Para apoyar su hipótesis fáctica, la parte demandante trajo al plenario los testimonios de la señora MILAGROS DEL CARMEN HERNÁNDEZ RUS y EZEQUIEL FRANCISCO MEZA CELINS, quienes en sus atestaciones recaudadas en audiencia de prueba coincidieron en afirmar que el señor ROYET CABARCA, cumplía labores de mensajero y le veían en horario habitual laboral, pero que no exponen acerca de la forma de vinculación del actor con el municipio de Galeras, esto es, si era vinculación contractual o como empleado público del municipio de Galeras, por lo que en análisis crítico de sus declaraciones, ninguna fuerza de convicción probatoria frente a los elementos del contrato realidad se puede extraer de los mismo, puesto que no son exactos, claros ni responsivos.

La prueba documental remitida por el municipio de Galeras¹⁹ e incorporada al proceso sin objeción probatoria alguna por la parte demandante, indica que el actor no tuvo vinculación alguna con el ente territorial demandado.

En tal orden, la Sala no encuentra medios de convicción que permitan en grado de certeza afirmar que el señor ROYET CABARCA efectivamente prestó un servicio al ente demandado ejecutando un contrato de prestación de servicios que por su materialización se desnaturalizó y derivó en una verdadera relación laboral.

Recuérdese que en la tesis del contrato realidad en el sector público, el primer elemento de la misma, es la prestación de un servicio personal, **pero en ejecución de un contrato estatal.**

En consecuencia, surge la premisa de 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, puesto que el ejercicio de dicho servicio debe tener origen en un contrato estatal, con sustento en lo dicho en líneas anteriores, bajo el entendido, que ello es lo que se pretende desvirtuar, desnaturalizar o desdibujar; así, no toda prestación personal del servicio constituye prueba de la existencia de un acuerdo de voluntades entre una entidad pública y

¹⁹ Certificado suscrito por el Profesional Universitario con funciones de Recursos Humanos de la Alcaldía del municipio de Galeras que dice: "Que revisado los archivos de esta dependencia de Recursos Humanos no se encontró evidencia de vínculo laboral alguno del señor ROYETH CABARCA (...) con la Administración Municipal

una persona natural con el objeto de celebrar un contrato estatal, debiendo, como se dijo, acreditarse por lo menos la existencia de un contrato estatal, sin llegar al punto de exigir prueba solemne del mismo.

Si bien esta Corporación en una oportunidad consideró que en casos como el presente no está en discusión la existencia de un contrato estatal, dado que no es necesario para que prospere la teoría del contrato realidad la acreditación solemne del contrato²⁰, en el contexto en el que se manifestó aquello existían indicios que permitieron considerar que la forma de vinculación fue mediante un contrato estatal; y ello es necesario evidenciarlo en tales asuntos, dado que el problema jurídico principal que rodea la teoría del contrato realidad es la desnaturalización del contrato estatal, de ahí que deviene necesaria su existencia, más no su acreditación solemne.

En el sub examine, el señor ROYETT CABARCA no logra demostrar que el origen del servicio que afirma de manera personal prestó al municipio de Galeras, fue la celebración de un contrato estatal, lo que hace imposible analizar el asunto bajo la óptica de la tesis del contrato realidad, en la medida en que no existe contrato estatal que se haya desnaturalizado, no hay lugar a dar primacía a la realidad entre los sujetos, puesto que no ha existido formalidad alguna que se contraponga a esta.

Preciso es reiterar 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).²¹*

²⁰ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, Sala de Descongestión, sentencia del 23 de enero de 2015, Exp. No. 70-001-33-31-071-2011-00550-01.

²¹ *Ibidem* 7.

La carga probatoria de los elementos del contrato realidad, corresponde exclusivamente a quien alega la figura, o espera ser cobijado por la protección que brinda el principio de la primacía de la realidad, esto es, la persona vinculada mediante el contrato de prestación de servicios y que acude en sede judicial a solicitar la protección de sus derechos, la cual no se cumplió.

Siendo ello, así, el Tribunal considera que en el presente caso, no se acreditó que el demandante haya prestado un servicio al Municipio de Galeras con ocasión de la celebración de un contrato estatal, lo que en el caso concreto, da lugar a que no se acreditan los elementos necesarios para configurar la figura del "contrato realidad", razones que imponen sea CONFIRMADA la sentencia de primera instancia apelada.

CONDENA EN COSTAS SEGUNDA INSTANCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, y a favor de la entidad demandada. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN:

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de agosto de 2017 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

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

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 076

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA