



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE **Sala Segunda de Decisión Oral**

Sincelejo, dos (02) de octubre de dos mil catorce (2014)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-001-2013-00069-02
DEMANDANTE: ROSA MARÍA DÍAZ VILORIA
DEMANDADO: ARS CAPRECOM
M. DE CONTROL: NULIDAD Y REST. DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la entidad demandada, contra la sentencia de fecha 20 de mayo de 2014, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1. Pretensiones¹:

La señora ROSA MARÍA DÍAZ VILORIA, por intermedio de apoderado judicial, formuló demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, contra la entidad CAPRECOM A.R.S., con el objeto de que se declare la nulidad del oficio sin número, de fecha 21 de septiembre de 2012, mediante el cual, se negó a la actora, el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales, durante todo el tiempo en que se desempeñó como coordinadora de la entidad.

¹ Ver folio 91 – 92, del cuaderno de primera instancia.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicitó se reconociera que entre las partes, existió una verdadera relación laboral, por cumplirse los tres elementos necesarios para la configuración del vínculo laboral, en el lapso comprendido entre el año 1999, hasta el 22 de marzo de 2011, por ende, se le reconocieran las prestaciones sociales percibidas por los empleados públicos de la ARS demandada, que se encontraban en igualdad de condiciones a las de ella, tales como: cesantías, intereses a las mismas, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por recreación, dotación de calzado y vestido de labor, prima de navidad, subsidio familiar, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, causadas en el período comprendido entre el año 1999, hasta el 22 de marzo de 2011.

Así mismo, solicita la actora, entre otras, se efectúe el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión y salud, durante todo el período que duró la relación laboral; que el tiempo laborado, se compute para efectos pensionales y se le reintegren los dineros que le descontaron de su salario, por concepto de retención en la fuente.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

Se resumen de la siguiente manera:

La demandante, fue contratada por la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - CAPRECOM - en el año 1999, mediante contrato de prestación de servicios, para desempeñar el cargo de Promotora en Salud de la entidad, pero en realidad ejerció el cargo de Coordinadora de la sede de Morroa, realizando actividades propias de la E.P.S. y de la A.R.S.

La actora, laboró en dicha entidad por doce años y estuvo sometida a las siguientes intermediaciones laborales: años 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006, con la empresa Asociativa de Trabajo E.A.T. ASOCOOR LTDA.; en los años

² Ver folios 92 - 93 del cuaderno de primera instancia.

2007,2008 y 2009, con la bolsa de empleo ATIEMPO S.A.S.; y finalmente, desde el 1º de marzo de 2010, hasta el 22 de marzo de 2011, mediante la cooperativa de trabajo COOPERAMOS.

La actora, fue sometida a distintas modalidades de intermediación laboral, por sugerencia de CAPRECOM, como requisito para seguir laborando en la entidad.

A pesar de existir contratos de prestaciones de servicios, firmados por la actora, como promotora de salud en el Municipio de Morroa, también recibía órdenes y representaba a la entidad como coordinadora; es decir, se formalizaba el contrato como promotora, pero en realidad ejercía las funciones de este último cargo.

El día 22 de marzo de 2011, la señora Díaz Viloría, fue notificada de la finalización de sus labores como coordinadora de la entidad.

Manifestó la demandante, que nunca tuvo disponibilidad de tiempo para realizar la labor contratada, ni tampoco, la realizaba de manera transitoria y durante los años de vinculación, siempre cumplió un horario de trabajo, rendía informes e inclusive, asistía a reuniones en representación de la entidad.

Indicó, que prestó sus servicios de manera personal, recibía órdenes del Director Regional de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM y recibía un salario por la prestación de su trabajo.

El día 5 de julio de 2012, presentó derecho de petición ante la entidad demandada, reclamando el pago de sus prestaciones sociales, por todo el tiempo laborado, el cual fue respondido mediante oficio sin número, el día 21 de septiembre, negándole el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Soporte Jurídico: la actora consideró como violados los artículos 21, 22, 23 y 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículos 14, 15 y 16 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; artículos 1 y 2 del Pacto de San José de Costa Ricas; el preámbulo y los artículos 1, 2, 13, 25, 53, 122, 125, y 209 de la Constitución Política de Colombia; la Ley 1071 del 2006; Ley 80 de 1993, artículo 32; Ley 4 de 1992 y su Decreto Reglamentario 1919 de 2002; Decreto 1374 de 2010.

De igual forma, considero vulnerado los precedentes jurisprudenciales contenidos en la sentencia T-30763 de la Corte Constitucional.

Concepto de Violación: La demandante, consideró que el acto acusado se encontraba falsamente motivado, puesto que al no reconocerse las prestaciones sociales, se le estaba dando una interpretación diferente, a la normatividad existente sobre la materia, imprimiéndole de paso, falsa motivación, ya que se apartaba de los principios constitucionales y jurisprudenciales, los cuales garantizaban la primacía de la realidad sobre la formas de las relaciones laborales y sobre la prohibición de cualquier forma de intermediación laboral.

Así, encontró violado su derecho a la igualdad y el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, ya que la entidad demandada, no tuvo en cuenta que la señora Rosa María Díaz Viloría, prestó sus servicios de manera permanente, trasgrediendo la modalidad de contrato de prestación de servicios.

1.3. Contestación de la demanda³.

La entidad demandada, se opuso a las pretensiones y negó en su mayoría, los hechos de la demanda, manifestando que entre las partes, no existió relación laboral directa, ya que la vinculación de la actora, se hizo a través de cooperativas de trabajo, por lo tanto, no se generaban pagos de prestaciones sociales.

³Folios 126- 133.

Propuso algunas excepciones con carácter de previas, entre otras que no, a saber:

- Falta de procedibilidad.
- Falta de causa para pedir.
- Inexistencia de las obligaciones reclamadas.
- Prescripción.
- Buena fe
- Falta de legitimación en la causa por pasiva.
- Cobro de lo no debido e inexistencia de contrato laboral, bajo continua subordinación y dependencia de CAPRECOM EPS.
- Falta de integración de litisconsorcio necesario e integración del contradictorio.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de fecha 20 de mayo de 2014, declaró no probadas las excepciones de fondo de: carencia de derecho o falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones reclamadas, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido e inexistencia del contrato laboral, bajo continua subordinación y dependencia de CAPRECOM EPS.

A su vez, declaró la nulidad del oficio, sin número, de fecha 21 de septiembre de 2012; como restablecimiento del derecho ordenó a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM, reconocer y pagar todas las prestaciones que se reconocen a los empleados de la entidad, que desempeñaban similar labor, causadas durante el periodo comprendido entre el 16 de febrero de 2001, al 22 de marzo de 2011.

Así mismo, ordenó pagar a la demandante, los porcentajes de cotización, correspondientes a pensión y salud, que debió trasladar a los Fondos

⁴ Folios 255 - 268.

respectivos; y declaró que el tiempo laborado, se debía computar para efectos pensionales.

Negó las demás pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión, el *a quo*, señaló, que la demandante prestó su servicio personal a la entidad demandada, de forma subordinada, cumpliendo horarios, funciones misionales, atendiendo órdenes, llamados y por ello, recibió una remuneración mensual.

Señaló, que si bien la señora Díaz Vilorio, tuvo una vinculación a través de cooperativas de trabajo asociado, se evidenciaba que su servicio personal, lo prestó a favor de CAPRECOM. En relación al periodo comprendido entre el año 2002, al 5 de marzo de 2011, indicó, que aunque no se allegó prueba documental, de los contratos de prestación de servicios, de los testimonios recibidos, de los diferentes oficios y escritos dirigidos a la actora, en su calidad de coordinadora, se advertía que sí laboró durante el mismo y bajo la subordinación de la entidad demandada.

Por tanto, consideró, que ante la demostración de la verdadera relación laboral, solo quedaba por hacer prevalecer el principio de la realidad sobre la formalidad y declarar la existencia del vínculo laboral; así, concluyó, que la accionante, tenía derecho a que se le reconociera la totalidad de las prestaciones sociales, que se reconocían a los empleados de la entidad demandada, que desempeñaban similar labor, por el periodo comprendido entre el 16 de marzo de 2001, al 22 de marzo de 2011, en el cargo de Coordinadora de CAPRECOM.

Frente a la pretensión de reintegro, de los dineros que se descontaron a la demandante, por concepto de retención, manifestó que la negaba, porque no se arrió prueba de ese hecho.

1.5.- El recurso⁵.

Inconforme con la decisión de primer grado, la parte demandada, interpuso recurso de apelación, a través de su apoderada judicial, a fin de que sea revisada y revocada en esta instancia, en razón a que en el presente caso, no se logró demostrar la vinculación a través de contratos, ni con las cooperativas, ni con CAPRECOM E.P.S., fundamentándose el A quo, en documentos inexistentes.

Alegó, que la demandante, en el interrogatorio de parte, manifestó no estar vinculada con las cooperativas y no haber celebrado contratos de prestación de servicios, con CAPRECOM, salvo el No. 103 de 2001, por tres meses, queriendo ello decir, que prestó servicios a las cooperativa, sin contrato. En ese sentido, no estaba acreditada la forma como estuvo vinculada durante el lapso comprendido, entre el 16 de febrero de 2001 a 22 de marzo de 2011, pues, ni siquiera reposaban copias simples de los contratos, por lo que el argumento del juez, pasaba por alto lo dispuesto en el artículo 177 de. C.P.C., esto es, que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho, de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Por otra parte, adujo que el juez, no podía escoger a su arbitrio, la vía procesal que deseara, en ese orden, el pago de aquellas actividades realizadas por los particulares para la administración pública, que debieron enmarcarse dentro de una relación contractual, que no se formalizó - en el presente caso el contrato de prestación de servicio- debía ventilarse a través de la vía de reparación directa, siempre y cuando, se dieran los presupuestos de la teoría del enriquecimiento sin causa.

Frente a los testimonios, indicó, que ninguno prestó sus servicios donde lo hacia la demandante, por lo que se les imposibilitaba verificar la hora de entrada y de salida, además, estaban en las mismas condiciones que ella,

⁵ Folios 274-278

y tenían interés en las resultas del proceso, pues, utilizarían el fallo para sus respectivas demandas, por los mismos hechos contra la entidad.

En cuanto a la remuneración, señaló que estaba claro, de acuerdo a los testimonios, que quien le pagaba a la actora, era la bolsa de empleo a la cual estaba vinculada.

Sobre la subordinación, manifestó, que era lógico que la actora debía someterse a las necesidades para la cual fue contratada y a la forma como se encontraban coordinadas las distintas actividades.

Luego de referirse a varias providencias, concluyó, que la teoría del contrato realidad, cuando su fundamento era la prestación de servicios a través de cooperativas de trabajo asociado, no tenía fundamento legal, para solicitar el pago de prestaciones sociales, por tal motivo, solicitaba, se revocara la sentencia recurrida y se denegaran las pretensiones.

Así mismo, pidió con fundamento en el control de legalidad, se verificara la competencia por falta de jurisdicción en este proceso.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- En auto de fecha 17 de julio de 2014⁶, se admitió recurso de apelación.
- En proveído de 4 de agosto 2014⁷, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo.

1.6.1.- Alegatos

La parte demandante, alegó que no era cierto que estuviera vinculada con CAPRECOM, solo mediante contrato No. 103 de 2001, pues, de las pruebas allegadas, se observaba su vinculación con CAPRECOM, desde el año 1999, hasta el año 2002, mediante contrato de prestación de servicio,

⁶ Folio 3

⁷ Folio 13

y si bien no se aportaron los contratos que cubrieran todo este último periodo, ello obedecía a que la entidad, no los había querido suministrar.

En cuanto a la inconformidad expresada por la parte demandada, en el sentido de que la vía procesal adecuada, era el medio de control de reparación directa, por la teoría del enriquecimiento sin causa, alegó, que el Consejo de Estado, mediante sentencia 19 de noviembre de 2012, unificó su jurisprudencia, expresando los casos en que era procedente dicha vía, sin embargo, el presente asunto, no guardaba relación alguna, con las situaciones fácticas por las cuales se demandaba.

También se refirió a la providencia de fecha octubre 28 de 2013, proferida por este Tribunal, para señalar, que cuando se pretenda el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, con el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, era procedente el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, además que el ente demandado, nunca manifestó su desacuerdo frente al trámite impartido, pretendiendo ahora reabrir un debate que en su momento no hizo.

Arguyó, que no compartía la teoría del contrato realidad, esbozada por el demandado, pues, de acuerdo a la jurisprudencia del alto tribunal contencioso, si era procedente el principio de la realidad sobre las formalidades, no solo, cuando mediara una relación por la figura del contrato de prestación de servicio, sino también, cuando la intermediación la realizara una cooperativa y recibiera el servicio una entidad pública.

La parte demandada, ratificó los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Ministerio Público: no conceptuó de fondo.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente, para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

De los extremos de la Litis y específicamente del recurso planteado, el problema jurídico a desatar en la presente acción, se contrae a decidir: ¿A la demandante, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, reclamadas por el servicio de coordinadora prestado a CAPRECOM EPS, bajo la modalidad de OPS?

Sin embargo, previo a desatar el fondo del asunto, corresponde a esta Sala, determinar si ésta jurisdicción, es competente para dirimir el conflicto planteado o si por el contrario, lo es la jurisdicción ordinaria laboral, dados los argumentos expuestos, por la parte demandada, en el recurso de alzada.

2.2.1. De la jurisdicción competente.

Indicó la parte demandada, que en un proceso adelantado ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito, se solicitó la declaratoria de la falta de jurisdicción, argumentando que CAPRECOM, era una entidad del Estado (sic) y además, que en la jurisdicción contenciosa, se estaba tramitando un caso similar en su contra, donde se pretendía el pago de prestaciones sociales, de trabajadores vinculados con Cooperativas de Trabajo Asociados, sin embargo, el juzgado de conocimiento se declaró

competente para seguir conociendo del proceso, sin que contra tal decisión se haya formulado recurso alguno.

En razón a lo anterior, solicita la entidad demandada, se verifique la falta de jurisdicción en el presente asunto, en razón a que hay dos jurisdicciones, conociendo sobre los asuntos aquí debatidos.

En el presente asunto, esta Sala de Decisión, considera, que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es la competente para conocer del caso puesto a consideración, con base en los siguientes argumentos:

De las pretensiones de la demanda, se aprecia, que la demandante pretende se declare la nulidad del oficio sin número, de fecha 21 de septiembre de 2012, mediante el cual, la Caja Nacional de Previsión Social –CAPRECOM- negó el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales, durante todo el tiempo, en que se desempeñó como coordinadora de la entidad.

Pretende como restablecimiento del derecho, el pago de los emolumentos salariales y prestaciones derivadas de la declaratoria y determinación de la relación laboral entre las partes, aplicando el principio de primacía de la realidad sobre la forma, esto es, **sobre el contrato de prestación de servicios**.

Tal como se aprecia, la parte actora, demanda como acto administrativo, al oficio que niega el reconocimiento y pago de acreencias y prestaciones, derivadas del vínculo laboral, disfrazado con contratos de prestación de servicios, en virtud de ello, ha escogido ésta jurisdicción para la anulación del mismo, como en efecto corresponde.

Se advierte, que la solicitud de declaratoria de existencia de una verdadera relación laboral, cuando de contratos de prestación de

servicios de orden estatal⁸ se trata, le compete a esta jurisdicción, por tratarse de la desnaturalización del contrato en mención, previsto en el artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993, aunado a que el conflicto planteado, no versa entre particulares, esto es, entre la demandante y las Cooperativas de Trabajo Asociado, sino de la prestación del servicio que aquella, manifiesta le brindó en calidad de Coordinadora a CAPRECOM, entidad, que ya se ha dicho, está constituida como una empresa industrial y comercial del Estado.

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "A"⁹, se ha referido en los siguientes términos.

"En el presente asunto, se trata de un empleado que dice haber ejercido función pública, mediante la prestación de sus servicios a la E.S.E. Rafael Uribe Uribe a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado Integra, con subordinación y dependencia, lo que hace que, por los criterios señalados, se asimile, para efectos de competencia, a un empleado público.

*De acuerdo con lo anterior, la reclamación le corresponde a esta jurisdicción por no tratarse de una relación proveniente de un contrato de trabajo sino de la desnaturalización de una relación legal y reglamentaria. **Nótese que la pretensión incluye la nulidad de los actos que negaron la solicitud de reconocimiento y pago de prestaciones sociales ante la inexistencia del contrato de prestación de servicios previa declaración de que existió una vinculación legal y reglamentaria y el pago correspondiente y no de la relación existente entre el actor y la Cooperativa de Trabajo Asociado Integra**".*

⁸ Nótese, que las cláusulas del contrato de prestación suscrito con la demandante (Vo. Gr. Folios 35 -37), sujeta su régimen a la ley 80 de 1993, lo cual, a su vez, es conteste con el art. 93 de la ley 489 de 1998, que dice: "Artículo 93. Régimen de los actos y contratos. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetaran a las disposiciones del Derecho Privado. **Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales**" (Negrilla fuera de texto). No cabe duda, que las funciones cumplidas por la demandante, trataban sobre el cumplimiento del objeto de la entidad.

⁹ Sentencia de 17 de abril de 2013, Radicación número: 050012331000200700122 01, Número Interno: 1001 – 2012, C.P. Alfonso Vargas Rincón

Aclarado lo anterior, se procede a estudiar el fondo del asunto, de la siguiente manera:

2.3. Análisis de la Sala.

La Constitución Política de 1991, en atención al nuevo marco sustancial, definido por la categorización de un Estado Social de Derecho, se preocupó en consolidar la garantía y protección de los derechos fundamentales de la organización política y social, que rige a Colombia.

Bajo este paradigma, el constituyente, estableció una serie de catálogos, que buscaron definir, cuáles bienes jurídicos, son de especial protección, con miras a dar preeminencia, a las situaciones que ameritan la mayor atención del Estado y sus asociados, para efectos de concretar una relación justa y adecuada a las exigencias del contexto contemporáneo.

Dentro de dicha tutela, se erige el derecho al trabajo, el cual, ha sido protegido desde sus múltiples aristas de concretización e interpretación, destacándose en esta oportunidad, la valoración ínsita en el *principio de la primacía de la realidad sobre la forma*¹⁰, en la contratación de servicios laborales.

Sobre este último aspecto, la Corte constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad, contra apartes del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, determinó entre otros, las características del contrato de prestación de

¹⁰ Constitución Política Art. 53. Sobre su naturaleza, la Corte Constitucional en Sentencia C-665 de 1998 con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara indico "*Conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Fundamental, el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades. Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser este quien deba demostrar la subordinación jurídica*".

servicios y sus diferencias en el contrato de trabajo, concluyendo¹¹:

“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, 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.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales - contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos, son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente”.

Conforme a lo anterior, es claro, que la materialización del contrato realidad, está supeditada a la acreditación de los elementos, que caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental, cuando se compruebe la subordinación o dependencia, respecto al empleador, evento en el cual, surge el derecho al pago de las prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia, de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución, independientemente de la denominación

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-154, del 19 de marzo de 1997. M. P. Hernando Herrera Vergara.

jurídica, que se le haya dado a dicha relación.

La jurisprudencia del Alto Tribunal de cierre de lo Contencioso Administrativo¹², a diferencia del constitucional, ha tenido una línea disímil, que en los últimos años, ha logrado encontrar una posición equiparable a la asumida por la Honorable Corte Constitucional, donde destaca, la protección de las garantías laborales y el respeto, por la relación asumida en los artículos 25 y 53 de la Constitución Nacional, señalando, la configuración de una verdadera relación laboral, en los eventos en que es acreditado, fehacientemente, la existencia de los tres elementos de un contrato de trabajo, que son a saber: la *prestación del servicio*, la *remuneración* y la *subordinación*.

Sobre este aspecto en sentencia del 27 de enero de 2011¹³, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, manifestó:

“En los casos en los cuales se desvirtúa el contrato de prestación de servicios por cuanto se logra demostrar la existencia de un contrato laboral, la persona que fue vinculada como contratista tiene derecho a recibir a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales dejadas de pagar. El punto de vista del Consejo de Estado es el siguiente:

“(...) El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.

El artículo 53 de la Constitución que establece la prevalencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no puede ser escindido, si no concordado con la “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”, por lo que una vez

¹² Sobre la evolución del tema del Contrato Realidad, ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. Sentencia del 19 de abril de 2012. Expediente con radicación interna 2204-11. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda-Subsección C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila Radicación número: 05001-23-31-000-1998-03542-01 (0202-10).

declarada la situación irregular del contrato de prestación de servicios, la lógica jurídica y la interpretación gramatical de la norma superior no debe ser otra que reconocer las garantías establecidas en las normas jurídicas”.

Ahora bien, en cuanto a la **carga de la prueba**, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., antiguo art. 177 del C.P.C., según el cual, corresponde a las partes, probar los supuestos de hecho, lo que tratándose de contratos de prestación de servicio, donde se alegue el principio de la primacía de la realidad, frente a las formalidades propias de la contratación, corresponde a probar, que durante el tiempo que duró su vinculación, se dieron los elementos propios de la relación laboral, como son: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación.

En ese sentido, el Consejo de Estado ha manifestado¹⁴:

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

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

Es más, de la posición jurisprudencial esbozada, se destaca a su vez, que la tendencia en estos asuntos se dirige, no solo a la valoración y acreditación de los tres elementos del contrato de trabajo, sino que también, es

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. C. P. Dr. Gerardo Arena Monsalve. Radicado No 050001233100020010363101 Expediente No 1363-12.

menester apoyarse de ciertos criterios, como ejercicio hermenéutico, que permitan evidenciar de manera más propia y coherente, la tipología del contrato realidad, donde en muchas decisiones, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, suele recurrir a conceptualizaciones, tales como la *permanencia* y la *similitud* de las funciones desarrolladas por el contratista, con las que ejecuta el personal de planta.

2.2.3.- Caso concreto.

Aterrizando al caso concreto, se tiene que el A-quo, mediante sentencia de 20 de mayo de 2014, declaró la nulidad del oficio sin número, de fecha 21 de septiembre de 2012; a título de restablecimiento del derecho, condenó a la **CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM**, a reconocer y pagar al señora **ROSA MARÍA DÍAZ VILORIA**, todas las prestaciones sociales, correspondientes a los periodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, esto es del 16 de febrero de 2001 a 22 de marzo de 2011; así mismo, ordenó pagar los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud, que debió trasladar a los fondos respectivos.

Por su parte, la entidad demandada, pide se revoque la anterior decisión, por cuanto, no se cumplen los presupuestos para que se reconozca una verdadera relación laboral.

Ahora bien, verificado el caso puesto a consideración, la Sala considera, que la decisión de primera instancia, debe ser **revocada**, en razón a lo siguiente:

Si bien la demandante, solicitó se declarara la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes, por haber prestado sus servicios como **Coordinadora de CAPRECOM**, para el tiempo laborado entre el año 1999, hasta el día 22 de marzo de 2011, siéndole reconocida en la sentencia recurrida desde el 16 de febrero de 2001, hasta el 22 de marzo de 2011, lo cierto es, que no se llegó al plenario, copia de las órdenes o

contratos de prestación de servicios, respecto de todo el periodo reclamado, prueba que se hacía necesaria, en aras de verificar, si lo realmente pactado por las partes, fue la prestación del servicio como Coordinadora, cuál fue el periodo contratado y la remuneración, con ello a su vez, la existencia misma del contrato de prestación de servicios, que se pretende desvirtuar.

Prueba, que en efecto se echara de menos, ya que de lo manifestado en el libelo genitor, se aprecia, que a la demandante, nunca se le contrató como Coordinadora de CAPRECOM, sino como promotora en salud¹⁵.

Así, del primer y cuarto hecho¹⁶ de la demanda se lee:

“1.- La señora ROSA MARÍA DÍAZ VILORIA fue contratada por la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM en el año 1999 subdirección de EPS regional Sucre para desempeñar el cargo de Promotora en Salud, ejerciendo en realidad el cargo de Coordinadora de la sede Morroa, mediante la figura jurídica de contrato de prestación de servicios, ejerciendo entonces labores como Coordinadora en las subdirecciones de EPS Y ARS”.

“4.- De los documentos adjuntos a la presente demanda, se puede apreciar que a pesar de existir contratos de prestaciones de servicio firmados por mi mandante como promotora en salud en el Municipio de Morroa, existen documentos donde la misma recibe órdenes y representa a la entidad como Coordinadora, es decir, se formalizaba el contrato como promotora pero en realidad mi mandante ejercía las funciones que siempre desempeño como Coordinadora de CAPRECOM sede Morroa”.

Atendiendo a lo antes anotado, este Tribunal, considera, que no debe reconocerse la referida relación laboral a favor de la actora, pues, se

¹⁵ Nótese que en la misma Audiencia Inicial, el Juez de instancia y las partes, estuvieron de acuerdo, en que el tema a debatir, era establecer si había una relación laboral de la demandante, con el ente demandado, considerando su vinculación como coordinadora, no como promotora en salud, tal y como fue planteado en demanda. Téngase en cuenta, igualmente, lo señalado por el art. 50 del C.S.T., el que textualmente señala: “El juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas”.

¹⁶ Folios 92 – 93.

reitera, la señora Rosa Díaz, nunca suscribió contrato para prestar sus servicios de Coordinadora a CAPRECOM, en tal sentido, no es posible ordenar el reconocimiento y pago de acreencias y prestaciones derivadas del vínculo laboral disfrazado con contratos de prestación de servicios, que nunca se formalizaron.

Y si bien, se pudieron suscribir las referidas OPS, contratándose a la señora Díaz Viloría como promotora en salud, lo cierto es, que no podría reconocerse a partir de éstos, una relación laboral diferente al cargo contratado, a más de que tampoco fueron allegados al plenario, excepto el No. 103 de 2001¹⁷ y la adición y prórroga a la orden de servicios No. 063 de 2001, cuyo objeto es la prestación de servicios personales, como promotora en salud, en el municipio de Morroa – Sucre.

Respecto de las pruebas allegadas, relacionadas con las alegadas funciones de Coordinadora que ejercía la señora Rosa María en CAPRECOM, debe decirse, que tales documentos, no son los idóneos para acreditar, que la entidad demandada, adquirió un vínculo laboral con la demandante, en aquellos períodos en los que no se formalizó un nexo contractual como Coordinadora, y siendo ello así, no procede acceder a las pretensiones, sin que haya necesidad de analizar, si debe reconocerse la relación laboral, cuando no existe ningún tipo de vínculo con la administración, respecto del cargo que se alega, dada la ausencia de los supuestos fácticos necesarios para el efecto, específicamente, el período en que supuestamente se dio la subordinación como “coordinadora”, elemento fundamental en estos casos, como se dijo anteriormente, para determinar tal cosa.

Aunado a lo dicho, véase, que si bien la actora solicita se reconozca una verdadera relación laboral, como **Coordinadora de Caprecom**, desde año 1999 a 22 de marzo de 2011, se advierte, que en certificación¹⁸ suscrita el 31 de mayo de 2001, por el señor Rodolfo Enrique Rodríguez Paternina, en calidad de Profesional Universitario I Servicios de Salud E.P.S. CAPRECOM

¹⁷ Folios 35 - 37 del Cuaderno de primera instancia.

¹⁸ Folio 28 del Cuaderno de primera instancia.

E.P.S. Regional Sucre, se lee, que la Señora Rosa María Díaz Viloría, prestó sus servicios como **promotora en salud** en la zona de influencia de Morroa – Sucre, a partir del 16 de febrero a 31 de mayo de 2001, de acuerdo a lo estipulado en su orden de servicio.

Igualmente, en certificación suscrita por el mismo funcionario, el 7 de septiembre de 2001, se lee que la actora laboró en la entidad bajo la modalidad de OPS, cumpliendo lo estipulado en su contrato No. 103¹⁹ desde el 1 a 31 de agosto de 2001.

Así las cosas, no es dable reconocer una relación laboral, partiendo de un cargo para el cual no fue contratada (Nótese, que hasta los testimonios recepcionados, señalan que la demandante, cumplía funciones de coordinadora y no de promotora²⁰, cargo para la que fue contratada), formalmente la demandante, y menos a partir de una fecha (16 de febrero de 2001), que no es reconocida en las certificaciones allegadas a plenario.

Es claro, que la carga de probar los hechos demandados, la tenía la actora y no lo hizo, por tanto, deberá correr con las consecuencias del incumplimiento de esa carga.

En efecto, la carga de la prueba ha sido consagrada en el Art. 167 del C.G. del P., anterior art. 177 del C.P.C., de la siguiente manera:

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”

Por ende, en materia probatoria, se convierte en un principio universal, la obligación que tienen las partes, de demostrar todos aquellos hechos, que sirvan de presupuesto a la norma que consagra el derecho, que ellas persiguen, de tal manera, que sí la parte que corre con dicha carga, la

¹⁹ Cuyo objeto era la prestación del servicio personal como promotora en salud en el Municipio de Morroa.

²⁰ De otra parte, no se demostró en el expediente, que el cargo de promotor en salud, sea igual al de coordinador, señalado por la demandante.

asume de forma desprendida, esta conduce, a que se produzca una decisión adversa a sus pretensiones.

Así entonces, se revocará la providencia recurrida, en cuanto reconoció la existencia de una relación laboral entre la partes, en el período comprendido entre el 16 de febrero de 2001, a 22 de marzo de 2011, negándose las pretensiones.

Condena en costas

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone, que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

En ese sentido, se condena en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría del a quo, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 20 de mayo de 2014, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, en consecuencia, se dispone "**NIÉGUESE** las pretensiones de la demanda".

SEGUNDO: CONDENAR en costas, de ambas instancias, al demandante, las cuales, serán tasadas por Secretaría, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen, para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFIQUÉSE, COMUNIQUÉSE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 00148/2014

Los magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ