



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintinueve (29) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-005-2015-00103-01
DEMANDANTE: MARLLYS MILENA PALMAR MADERA
DEMANDADO: MUNICIPIO DE COVEÑAS – SUCRE
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia adiada 18 de enero de 2017, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las súplicas de la demanda.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- Pretensiones¹

MARLLYS MILENA PALMAR MADERA, a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la nulidad del acto ficto producto del silencio de la administración municipal de Coveñas, frente a la petición que elevó el 15 de mayo de 2014, tendiente al reconocimiento y pago de acreencias laborales.

Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de las prestaciones correspondientes a: cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad y dotación.

¹ Folios 1 - 2 del cuaderno principal de primera instancia.

1.2.- Hechos²:

La señora **MARLLYS MILENA PALMAR MADERA**, estuvo vinculado en el Municipio de Coveñas - Sucre, a través de contratos de prestación de servicios, para realizar actividades de apoyo a la asesoría externa en el área contractual, precontractual y post-contractual, durante los siguientes periodos:

- CPS N° MC-CD-PSP-140 – 2010: septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2010 (periodo de 4 meses)
- CPS N° MC-CD-PSP-002d – 2011: 5 enero – 20 noviembre 2011 (periodo de 11 meses – 15 días).

Durante su vinculación, le correspondía cumplir estrictamente los horarios de trabajo establecidos, atender las instrucciones y órdenes impartidas por el señor Secretario de Gobierno y el Alcalde Municipal, al igual que los trabajadores vinculados a la planta de personal de la administración.

La accionante estima, que se encontraba en una verdadera relación laboral, donde no recibió las prestaciones sociales a que tienen derecho los empleados públicos.

Mediante escrito de 15 de mayo de 2014, la señora **MARLLYS MILENA PALMAR MADERA**, solicitó ante la administración municipal de coveñas el reconocimiento y pago de las acreencias correspondientes a: cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad y dotación. Frente a dicha petición, el ente territorial guardó silencio, generándose el acto ficto que es objeto de nulidad.

1.3. Contestación de la demanda.

El ente territorial accionado, no contestó la demanda.

² Folio 2 del cuaderno principal de primera instancia.

1.4.- Sentencia impugnada³.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 18 enero de 2017, negó las pretensiones de la demanda, al estimar que no se acreditó el elemento de subordinación, como supuesto indispensable para configurar la relación laboral reclamada.

Puntualizó, que de las pruebas documentales y de los testimonios recepcionados dentro del proceso, no se pudo evidenciar la desnaturalización de los contratos de prestación de servicios.

Destacó, que *“por el simple hecho de que la prestación de servicios se ejecute en el lugar de la sede del contratante y en los horarios que éste desarrolle sus actividades, no constituye indefectiblemente una subordinación jurídica, puesto que en ocasiones resulta necesario como parte de la coordinación que debe existir entre el contratante y el contratista propia de los contratos de prestación de servicios, que pueda el contratante inspeccionar y supervisar el cumplimiento del objeto contractual.”*

1.5.- El recurso⁴.

Con el fin de obtener la revocatoria de la anterior decisión, la parte demandante presentó recurso de apelación, argumentando que la valoración probatoria realizada por el *A quo*, se enfocó exclusivamente en los testimonios, sin hacer un estudio probatorio integral.

Aduce, que el Juez no debió fundamentarse en las consideraciones que tomó la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C – 171 de 2012, pues, ésta se relacionaba a la contratación exclusiva de prestación de

³ Folios 131 - 138 del cuaderno principal de primera instancia.

⁴ Folios 144- 147 del cuaderno principal de primero instancia.

servicios en las Empresas Sociales del Estado, es decir, lo referente a servicios médicos.

Resultando entonces, que la valoración probatoria en conjunto, debe llevar a la conclusión que sí se demostró lo pretendido en demanda, es decir, los elementos que integran una relación laboral.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 29 de marzo de 2017⁵, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

- En proveído de 8 de mayo de 2017⁶, se dispuso correr traslado a las partes, para que presentaran sus alegatos de conclusión, llamado al que atendió solamente, la accionante, donde reiteró los fundamentos fácticos y jurídicos que expuso en las etapas previas⁷.

-. El señor Agente de Ministerio Público, no emitió concepto en esta ocasión.

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.

⁵ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁶ Folio 9, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folios 13 - 16, cuaderno de segunda instancia.

2.2.- Problema Jurídico.

De conformidad con los extremos de la *litis* planteados, el problema jurídico a desatar en el presente medio de control, es determinar: ¿En el presente asunto, se acreditó el elemento subordinación, propio de una relación laboral, la que se dice existente entre la señora MARLLYS MILENA PALMAR MADERA y el MUNICIPIO DE COVEÑAS?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1.- Marco conceptual y jurisprudencial del contrato realidad – primacía de la realidad, sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

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.

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*⁸, en la contratación de servicios

⁸ 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

laborales.

Sobre este último aspecto, la Corte constitucional ha forjado una línea coherente sobre la temática. En reciente jurisprudencia, a través de un juicio de constitucionalidad abstracto del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, *“Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*, destaca aspectos sobresalientes en torno a la principalística abordada, donde se destaca:

“En este sentido, esta Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”; (ii) *al criterio de igualdad, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”;* (iii) *al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”;* (iv) *al criterio de excepcionalidad, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”;* y (v) *al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral”⁹*

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”.

⁹ *Ibídem* (sic).

En suma, de lo expuesto hasta aquí puede concluirse que el carácter de propio o permanente de la función contratada por una entidad del Estado, permite diferenciar si realmente se trata de un contrato laboral o de un contrato de prestación de servicios, **ya que si la labor contratada hace parte de las funciones permanentes de la entidad o puede ser realizada por empleados de planta o no requiere conocimientos especializados, se trata en realidad de un contrato laboral aunque las partes le den el nombre y forma de contrato de prestación de servicios.**

5.6 En consecuencia, esta Corporación **reitera aquí la regla de prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública**, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución. A este respecto, esta Corte ha reconocido que actualmente se presenta un aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración, lo cual se ha convertido en una “práctica usual en las relaciones laborales con el Estado”, ha conducido a “la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas”, y ha dado lugar a las denominadas “nóminas paralelas” o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados out sourcing.”

Así, la Corte ha evidenciado la existencia de una gran brecha entre la regla de prohibición de contratación de servicios de funciones permanentes de las entidades públicas y la realidad fáctica relativa a este tema, constatando al efecto la falta de eficacia real de dicha prohibición derivada de los preceptos constitucionales mencionados, ineficacia que afecta temas estructurales de la Carta de 1991, como los principios rectores del derecho al trabajo y de la función pública. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha reiterado de manera enfática la abierta inconstitucionalidad de “..., **todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas ... legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo**”.

(..)

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha sostenido la existencia de claros límites constitucionales a la contratación estatal derivados directamente de la Carta Política en sus artículos 25, 53, 123 y 125 Superiores, de manera que ésta debe respetar prevalentemente la regla general de acceso al trabajo permanente con el Estado, de respeto por la vinculación laboral

con la administración, y por tanto la prohibición respecto de la celebración de contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones de carácter permanente o propias de la entidad, cuando exista personal de planta que pueda desarrollarlo o cuando no se requieran conocimientos especializados. En consecuencia, esta Corporación ha advertido e insistido, especialmente a las autoridades administrativas o empleadores del sector público, pero también a los particulares o empleadores del sector privado, sobre el necesario respeto a la prohibición derivada de las normas constitucionales mencionadas, de contratar a través de contrato de prestación de servicios, funciones permanentes y propias del objeto de las entidades privadas o públicas, ya que esta práctica **“desdibuja el concepto de contrato” y “porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores” “pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales.”**¹⁰(Negrilla del texto)

De esta forma, la jurisprudencia constitucional ha establecido una serie de imperativos, parámetros y factores, para poder ejercer la facultad de contratación de servicios, evitando la práctica diseminada en la administración, que desdibuja las relaciones laborales, debiendo los operadores judiciales estudiar la casuística respectiva, para efectos de evitar tan reprochable circunstancialidad.

Ahora bien, la jurisprudencia contenciosa administrativa¹¹, a diferencia de la 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 Política, resaltando 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.*

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-171 de 2012. M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹ 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.

Sobre este aspecto en sentencia del 24 de junio de 2015¹², el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo manifestó:

“Cuando el legislador utilizó en el inciso 2° del numeral 3° del artículo 32 de la citada ley la expresión “En ningún caso... generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales”, no consagró una presunción de iure o de derecho, que no admite prueba en contrario, lo que indica que el afectado podrá demandar por la vía judicial el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y, por consiguiente, el pago de las prestaciones a que haya lugar.

*Igualmente, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, se ha concluido el necesario reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, **en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, rectificándose de esta manera la prolongada tesis que acogía la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.**”*

Conforme a lo desarrollado, es claro que la materialización del contrato realidad, está supeditada a la acreditación de los elementos de una relación laboral, donde el juzgador debe valorar las circunstancias fácticas de cada caso, según la contextualización de la casuística abordada.

2.3.2 Unificación jurisprudencial respecto del alcance de los objetos de los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión.

A través de sentencia de 2 de diciembre de 2013, el Honorable Consejo de Estado unificó el alcance legal de los objetos de los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, en los siguientes términos:

“102.- Por otra parte, con estos mismos fundamentos se entiende entonces por contratos de “apoyo a la gestión” todos aquellos otros contratos de “prestación de servicios” que, compartiendo la misma conceptualización anterior, esto es, el desempeño de actividades identificables e intangibles, el legislador permite que

¹² Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. Rad. No. 2010-00067-01(3038-13) C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

sean celebrados por las entidades estatales pero cuya ejecución no requiere, en manera alguna, de acuerdo con las necesidades de la administración (previamente definidas en los procesos de planeación de la Entidad), de la presencia de personas profesionales o con conocimientos especializados, sean estas naturales o jurídicas.

103.- Se trata entonces de los demás contratos de prestación de servicios, caracterizados por no ser profesionales o especializados, permitidos por el artículo 32 No 3° de la Ley 80 de 1993, esto es, que involucren cualesquiera otras actividades también identificables e intangibles que evidentemente sean requeridas por la entidad estatal y que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento o soporte y de carácter, entre otros, técnico, operacional, logístico, etc., según el caso, que tienda a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento de la correspondiente entidad, pero sin que sean necesarios o esenciales los conocimientos profesionales o especializados para su ejecución, los cuales, como se ha advertido, se reservan exclusivamente para el "contrato de prestación de servicios profesionales", y no para éstos de simple "apoyo a la gestión".

104.- De esta forma el concepto de "apoyo a la gestión" entraña un claro apoyo a la actividad de las entidades estatales que debe entenderse de conformidad con la sistemática expuesta a propósito del contrato de prestación de servicios y que de manera restrictiva tiene relación con la administración o el funcionamiento de la entidad estatal correspondiente, conforme a las prédicas y exigencias del artículo 32 No 3° de la Ley 80 de 1993, tal como claramente lo ha decantado los precedentes de la sección tercera del Consejo de Estado.

105.- El precedente de la Corporación determina que los contratos de apoyo a la gestión "... se enmarcan dentro de la definición genérica prevista en el ordinal 3° del artículo 32, por cuya virtud son contratos de este tipo "los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad," los cuales, "sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados..."

106.- Por lo que resultaría imposible admitir o entender cualquier objeto referido al "apoyo a la gestión" que no se enmarque en las exigencias de esa disposición legal enunciada, que por lo demás, sobra advertirlo, constituye un componente básico de la sistemática de la contratación estatal colombiana. Se reitera, entonces, por parte de la Sala que la motivación para la suscripción de este tipo específico de contrato dependerá de la

motivación que surja en torno a las necesidades que la Administración Pública encuentra pertinente satisfacer, de conformidad con la planeación efectuada por la Entidad.

107.- Así las cosas, conviene, para mayor claridad expositiva, precisar que en el marco del contrato de simple prestación de servicios de apoyo a la gestión, las necesidades que pretenden ser satisfechas por la Administración no comprometen, en modo alguno las actividades que son propias de conocimientos profesionales o especializados; aun así, ello no excluye que dentro de esta categoría conceptual se enmarquen actividades de carácter técnico las cuales, requiriendo un despliegue intelectual, no recaen dentro del concepto de lo profesional, así como otras necesidades en donde, según las circunstancias, el objeto contractual demanda la ejecución de acciones preponderantemente físicas o mecánicas; es decir, se trata de una dualidad de actividades dentro del concepto “de simple apoyo a la gestión”; unas con acento intelectual y otras dominadas por ejecuciones físicas o mecánicas. Lo distintivo, en todo caso, es que no requiere que sean cumplidas con personal profesional.

108.- Por consiguiente, se advierte que la inclusión –en la norma demandada así como de manera concordante en el Decreto 734 de 2012 artículo 3.4.2.5.1 y Decreto 1510 de 2013, artículo 81 – de la frase “actividades operativas, logísticas o asistenciales” no impone, de manera inflexible, que este tipo de actividades deban ser acometidas por vía de alguno de estos dos tipos de contratos de prestación de servicios en específicos, pues, como se ha dicho, es la misma Administración Pública la que tiene una razonada discrecionalidad para estructurar en términos técnicos, económicos y jurídicos el contrato estatal que desea suscribir; de donde se deriva, grosso modo, que la definición del tipo contractual a celebrar correrá por cuenta de las valoraciones ad-hoc que realice la Entidad, todo ello conforme al principio de planeación .

f) Los contratos que tengan por objeto “...la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales...” con base en la causal de contratación directa del literal h) del numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007.

109.- Antes de entrar a detallar los elementos normativos que estructuran este tipo especial de contrato de prestación de servicios la Sala, desde ya, advierte que acometerá dicha labor comoquiera que se hace necesario establecer criterios suficientemente claros, razonados y objetivos en torno al contrato de prestación de servicios, en general, y cada una de las especies que de éste se derivan; pues sólo de esta manera se logrará comprender de manera sistemática lo que constituye el

objeto de la demanda de nulidad. Dicho esto, se abordará la materia concerniente al contrato de prestación de servicios que tiene por objeto la "ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales" tal como sigue.

110.- El segundo de los elementos normativos que el legislador ha considerado determinante para la configuración de la causal de contratación directa que ocupa la atención de la Sala, es el que se refiere a otra especie de contratos, que en esencia son de prestación de servicios, pero de un contenido prestacional diferente porque corresponden a una modalidad tipificada de negocios cuyo objeto es de por sí especialísimo ya que tienen por objeto la generación de patrimonio artístico para la entidad estatal o bien beneficiarla de manifestaciones artísticas, para cuyo efecto se encarga a personas que por sus características, dotes, capacidades o aptitudes resultan ser únicas o especiales en el arte que manejan y que en virtud de esta circunstancia se individualizan en el medio nacional o internacional, mediante el reconocimiento como verdaderos y únicos en las técnicas o el arte que desarrollan.

111.- En consecuencia, el contrato, para que sea objeto del trámite de la contratación directa, debe estar determinado por las siguientes variables (i) que tengan por objeto la ejecución de trabajos artísticos, (ii) que el mismo o los mismos sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.

112.- En cuanto a la primera de las variables se refiere, se puede afirmar que el concepto que comprende el objeto de esta modalidad contractual es el de "trabajo artístico", pero no en sí mismo, esto es como medio, sino como un resultado real y efectivo. Se contrata y este es el objeto, la realización de una obra artística y no simplemente una ejecución sin resultado. Es el trabajo final, el que pueda ser catalogado como una "obra de arte", u "obra artística" o pieza de la misma naturaleza, la determinante del objeto para los efectos legales que para la materia a la que se está haciendo referencia, en esto no puede haber confusión de ninguna naturaleza.

113.- Este es el sentido jurídico de la expresión, no otra cosa espera el interés público de un contrato de esta naturaleza, el de enriquecer con la "obra de arte" el patrimonio público a través de la obtención de una verdadera obra de un artista, una creación del hombre en el campo del arte, lo que comprende también actividades propias de las artes escénicas o aquellas culturales, musicales, por citar algunas manifestaciones concretas que satisfacen el referente artístico.

114.- Es que el "trabajo artístico" a que se refiere la disposición legal, no puede ser otro que el que se entiende como un

conjunto de creaciones humanas que expresan una especial visión del mundo, tanto real como imaginaria, independientemente de la forma o el modo como se exprese por el autor o los autores, en un producto final, en un producto definitivamente con valor y contenido artístico, no en otro sentido puede ser entendida la disposiciones bajo criterios de excepcionalidad y restricción conforme lo ampliamente explicado en esta providencia.

“... El arte es entendido generalmente como cualquier actividad o producto realizado por el ser humano con una finalidad estética o comunicativa, a través del cual se expresan ideas, emociones o, en general, una visión del mundo, mediante diversos recursos, como los plásticos, lingüísticos, sonoros, o mixtos...”

115.- Tratándose de la segunda de las variables, esto es, la que indica que los “trabajos artísticos” (...) “... que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales...” debe ser entendida en coherencia con lo anterior, en el sentido de que el contratista debe ser sustancialmente un artista, es decir, una persona reconocida como realizador o productor de arte, de obras de arte, ejecutor de trabajos artísticos, un ser humano que dada su sensibilidad en relación con el mundo tiene la aptitud, la capacidad, la disposición natural o adquirida; el talento y estilo o forma original de hacer las cosas; y la genialidad, naturalidad y el carácter que lo hace distinto a otros artistas, esto es, su capacidad de inventiva que lo hace influyente en el medio, un ser único y excepcional, todo esto, para producir obras artísticas, de aquí la razonabilidad de la expresión utilizada por la disposición en comento según la cual, los trabajos artísticos sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales . En todo caso, destaca la Sala que la motivación para la celebración de este tipo de contratos debe surgir de la ponderada valoración de las necesidades de la Entidad pública, reflejadas, siempre, en los procesos de planeación adelantados con antelación.

(..)

129.- En conclusión, obsérvese que los contratos de prestación de servicios de simple “apoyo a la gestión” conforme se deduce del análisis de la Ley de contratación pública, son todos los demás contratos de prestación de servicios permitidos por el artículo 32 No. 3 de la Ley 80 de 1993 que no correspondan a los profesionales, esto es, que involucren cualesquiera otras actividades también identificables e intangibles que evidentemente sean requeridas por la entidad estatal y que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento, o soporte, de lo cual se puede deducir que caben tanto actividades con énfasis en lo intelectual, como

también algunas otras caracterizadas por la acción material del contratista, en donde no es que el contratista no realice actividades de carácter intelectual (pues éstas son intrínsecas al ser humano), sino que lo predominante es el actuar como ejecutor, con el propósito y finalidad de satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento de la misma, por personas no profesionales y que no implican el ejercicio de funciones públicas administrativas, como ya se explicó en párrafos anteriores.”¹³ (Negrillas fuera de texto).

Es claro entonces, que el contrato de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión, es una especie del tipo contractual de prestación de servicios. Su objeto contractual busca desarrollar actividades identificables e intangibles; sin embargo, hay lugar a su celebración en aquellos casos en donde las necesidades de la Administración, no demanden la presencia de personal profesional. Igualmente, involucra actividades en donde prima el esfuerzo físico o mecánico, en donde no se requiere de personal profesional. También pueden tener lugar actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación.

Tales connotaciones, a su vez, en tratándose de un contrato estatal que vincula al contratista con el Estado, no impide que haga aparición la noción de contrato realidad, con ello que el interesado pueda probar la existencia de un contrato realidad.

2.3.4 La prescripción en materia de contrato realidad. Consideración jurisprudencial unificada.

La prescripción, entendida como aquel fenómeno jurídico que permite que acciones jurídicas se extingan debido a la inactividad de uno de los sujetos, es decir, por transcurso del tiempo, en lo que hace a la figura del contrato realidad ha sido objeto de constante debate, resultando que finalmente, la Sección Segunda, de la Sala Contencioso Administrativa del

¹³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Rad. 2011-00039-00(41719), C. P: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Honorable Consejo de Estado, ha unificado su posición al respecto, unificación que este Tribunal ha aceptado¹⁴, en razón a que se trata de respetar el precedente jurisprudencial, en asunto de similares connotaciones, amén del respeto del respeto a la sentencias de unificación, en los términos ya señalados. Dicha providencia de unificación señala:

“1. 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 contractual.

2. 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.

3. 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 general de seguridad social en pensiones, que podría tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

4. Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema general de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuados de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el art. 164, numeral 1, letra c del CPACA)...

6. 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 al derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su

¹⁴ Es de anotarse que la citada sentencia de unificación jurisprudencial, fue conocida a nivel nacional a partir del primero de febrero de 2017, en su texto oficial, pese a la fecha de su expedición, por ende, en virtud de la publicidad que implica la aplicación del contenido jurisprudencial, ha sido la fecha indicada, la que determina el devenir de las decisiones de este Tribunal en temas relacionados.

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).

7. El Juez Contencioso - Administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto a 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 extrapetita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador...”¹⁵

2.3.5.- Caso concreto.

En el sub examine, se tiene recopilado el siguiente acervo probatorio relevante:

- . Copia de contratos de prestación de servicios, suscritos por el Alcalde del Municipio de Coveñas y la señora MARLLYS MILENA PALMAR MADERA, correspondientes a los siguientes periodos:

1. **2010: 1º septiembre - 30 diciembre** Objeto: “*apoyar la asesoría externa en el área contractual (pre-contractual, contractual y post-contractual) de la Alcaldía del Municipio de Coveñas*”¹⁶.
2. **2011: 5 enero - 20 noviembre**. Objeto: “*apoyar la asesoría externa en el área contractual (pre-contractual, contractual y post-contractual) de la Alcaldía del Municipio de Coveñas*”¹⁷.

- . Copia de petición elevada por la accionante, por intermedio de apoderada judicial, el día 15 de mayo de 2014, ante la Alcaldía Municipal de Coveñas, solicitando reconocimiento y pago de acreencias laborales¹⁸.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de Unificación de fecha 25 de agosto de 2016. Radicación No. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015). Demandante: Lucinda María Cordero Causil. Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro - Córdoba.

¹⁶ Folios 13 - 19, cuaderno de primera instancia.

¹⁷ Folios 23 - 29, cuaderno de primera instancia.

¹⁸ Folios 30 – 36, cuaderno de primera instancia.

* Declaración rendida por el señor German Orlando Ortiz Suárez¹⁹:

“... ella era asistente del área de planeación, su jefe inmediato era el Secretario de Planeación y el Alcalde, era subordinada de los que mencione anteriormente **y también recibía órdenes de talento humano, cumplíamos horarios, ella más que yo quizás, porque entraba desde las siete de las mañana con horario de salida de siete, siete y media de la noche más o menos,**... yo estaba en la Secretaría de Gobierno. PREGUNTA: Porque le consta todo eso: RESPUESTA: **Yo mismo constaté eso, porque yo mismo viví esa rigurosidad horaria,**... **eran muy rigurosos de cumplir horarios.** PREGUNTA: En que consistían esas órdenes. RESPUESTA: Ella tenía que estar pendiente al tema precontractual, contractual y pos-contractual del municipio, **y cuando ella necesita un permiso tocaba pasarlo por escrito, y solicitarlo al talento humano, o en su defecto al Secretario de Planeación, que era su jefe inmediato.** PREGUNTA:... como eran esas órdenes que le impartían, verbal o escrita, puede ejemplificar. RESPUESTA: **Si se necesitaba papelería, revisar los contratos, si estaban bien elaborados.** PREGUNTA: Esas eran las funciones que ella desarrollaba. RESPUESTA: Sí, y las que en ese momento le encargara su jefe inmediato, las que se derivaran del cargo PREGUNTA: Que profesión tiene la señora Palmar Madera. RESPUESTA: Creo que para la época de los hechos ella estudiaba derecho” (Negrilla para resaltar)

* Declaración rendida por el señor Omar Vicente Villarroya Garay:

“... ella trabaja en la Oficina de Contratación Jurídica y yo también laboraba en la Oficina de Secretaría de Salud en el 2011... Sí me consta que tenía subordinación laboral, **de hecho trabajaba los fines de semana, sábados hasta la tarde, tuvimos la oportunidad de estudiar un grupo de la Alcaldía, y para poder ir a montería tenemos que pedir permiso, igual ella también lo hacía, el viernes desde el mediodía hasta el sábado.** En cuanto al horario, el Secretario de Planeación sí exigía que tenía que estar en horario de ocho a doce y de dos a seis, como si estuviese en nómina. PREGUNTA: Sabe usted qué carrera estaba estudiando, terminó. RESPUESTA: Ella se está especializando en derecho administrativo. Ya se graduó. PREGUNTA: Cuáles eran las labores, funciones que ella desarrollaba con el Municipio de Coveñas. RESPUESTA: Tenía entendido que ella manejaba cuestiones de mínima cuantía en la Oficina Jurídica. PREGUNTA: A qué se refiere a cuestiones de mínima cuantía. RESPUESTA: En la contratación, manejaba contratación de otros, de órdenes de prestación de servicios, organizaba esa documentación. PREGUNTA: **Los permisos que solicitaba eran de manera verbal o**

¹⁹ Registro de grabación (DVD) a folio 116, cuaderno de primera instancia.

escrita. RESPUESTA: Verbal. PREGUNTA: La planta de personal del Municipio de Coveñas había un cargo similar a las labores que desarrollaba la señora Marlyls Milena Palmar Madera en esa entidad territorial. RESPUESTA: No, **la asesora jurídica y ella, eran las que manejaban lo de contratación en el Municipio de Coveñas.** PREGUNTA: Para efectos del pago por consignaciones, como procedía para hacerse el pago. RESPUESTA: **Teníamos que presentar informes de metas, el contrato era por metas cumplidas** y para poder pagar el Secretario de Planeación, jefe inmediato, firmaba el mismo secretario. PREGUNTA: **Que tipo de órdenes recibía la señora Marlyls Palmar en esa labor que desarrollaba con el Municipio de Coveñas.** RESPUESTA: **El horario puntual.**" (Negrillas para resaltar).

De las pruebas recaudadas en el proceso, la Sala destaca que la necesidad de celebrar los contratos aludidos, según las consideraciones plasmadas en los mismos, se fundó en lo siguiente:

"Que el Municipio de Coveñas, requiere servicios de apoyo a la gestión a la oficina de Planeación, Obra Pública y Saneamiento Básico, en la medida que el personal profesional y quienes realizan actividades de naturaleza intelectual de la planta de personal no es suficiente."

También se extrae de los acuerdos contractuales, las siguientes estipulaciones:

"Son obligaciones del contratista en desarrollo del presente contrato:

a) Prestar los servicios profesionales para apoyar la asesoría externa en el área contractual (pre-contractual, contractual y post-contractual) de la Alcaldía del Municipio de Coveñas, tal como se señala a continuación:

- * Proyectar la justificación jurídica del proceso a adelantar.*
- * Proyectar la resolución de apertura del proceso a adelantar.*
- * Proyectar y ajustar las minutas de los pliegos de condiciones de acuerdo con los cambios normativos que se presenten.*
- * Apoyar a la oficina externa a las audiencias aclaratorias de los pliegos de condiciones.*
- * Proyectar las actas de audiencias.*
- * Consultar por la web a los proponentes sobre Boletín de responsabilidad fiscal y antecedentes disciplinarios.*
- * Proyectar las respuestas a las observaciones de los informes de evaluación.*
- * Proyectar los requerimientos a los proponentes.*

* Sustanciar autos citando a sorteos y a audiencias de adjudicaciones.

* Sustanciar resoluciones de adjudicación.

* Realizar seguimiento jurídico a la actividad post-contractual.

b) Cumplir con las demás obligaciones que señale EL MUNICIPIO para el normal desarrollo y cumplimiento del objeto contractual”

Pues bien, de las pruebas relacionadas en precedencia, se colige que la labor ejecutada por la señora MARLLYS MILENA PALMAR MADERA y para la cual, la administración municipal de Coveñas celebró los contratos de prestación de servicios, implicaba el desarrollo de una actividad subordinada.

Al efecto, es claro que el objeto contractual pactado consistía en prestar **apoyo** a la asesoría externa en el área contractual, obligación que conllevaba que las actividades a ejecutarse para el cumplimiento del objeto contractual, tendrían que hacerse bajo determinadas órdenes impartidas por el Alcalde Municipal, Secretarios de Despacho y por supuesto, por el Asesor Jurídico Externo, de tal manera que se desconociera la autonomía e independencia, con que aparentemente debía contar la contratista para cumplir con el contrato.

Aunado a ello, las pruebas documentales y testimoniales evidencian que la sustanciación e impulso de la contratación del Municipio de Coveñas, labor para la cual fue seleccionada la señora MARLLYS MILENA PALMAR MADERA, ameritaba que la actora ejerciera sus obligaciones contractuales bajo el inexorable cumplimiento de un horario laboral, que la entidad le fijara metas y/o métodos para el desarrollo de sus obligaciones y que fuese obligatoria la asistencia fija de ella en las instalaciones de la Alcaldía, de la que por demás dan crédito claro los testigos.

Destaca también la Sala, que en una relación en la que se concluye por parte del A quo, autonomía e independencia en desarrollo de la actividad contratada, en donde exista la necesidad de solicitar permisos ante el superior jerárquico y el visto bueno para su otorgamiento, sin duda alguna

refleja el control y supervisión de la administración municipal sobre la labor de la accionante, cercenando bajo tales circunstancias, la coordinación necesaria en desarrollo de la actividad contractual, que en la sentencia de primera instancia se aduce.

Dilucidado lo anterior, la Sala agrega, que en el expediente se vislumbra una evidente falta de actividad probatoria de la entidad demandada, tendiente a impedir que se llegue a un convencimiento pleno, de la desnaturalización de la relación contractual, invocada y demostrada por la parte demandante.

En ese orden de ideas, se tiene por acreditada la existencia de una relación laboral entre las partes, respecto de los periodos laborados descritos en las órdenes de prestación de servicios, a saber:

- **2010:** 1º septiembre - 30 diciembre.
- **2011:** 5 enero - 20 noviembre.

Es menester precisar, que en el presente asunto no opera la prescripción de los derechos, establecidos en aplicación del principio de la “*primacía de la realidad sobre las formalidades*” y bajo la figura del “*contrato – realidad*”. Efectivamente, el vínculo contractual aludido, culminó **el 20 de noviembre de 2011**, con solución de continuidad en los dos períodos mencionados y la solicitud para el reconocimiento de la existencia de la relación laboral, se realizó el día **15 de mayo de 2014**, es decir, reclamándose dentro del término de tres años, evitándose así la prescripción trienal, de conformidad con el precedente fijado por el Honorable Consejo de Estado, a través de la sentencia del 25 de agosto de 2016, citada en líneas anteriores.

Así las cosas, este Tribunal, **revocará** la decisión de primera instancia y en su lugar, se declarará la nulidad del acto ficto acusado y a título de restablecimiento del derecho, se condenará al Municipio de Coveñas, a cancelar a favor de la señora MARLLYS MILENA PALMAR MADERA el valor

de las prestaciones a que tiene derecho por el desarrollo de su labor y el correspondiente cómputo del tiempo en que estuvo vinculada mediante órdenes de prestación de servicios, para efectos pensionales, lo que conlleva al pago de las cotizaciones legales que no hayan sido sufragadas, tomando como base el valor de lo pactado en los contratos de prestación de servicios por los periodos aludidos.

3. Costas procesales.

En virtud de lo anterior y siendo consecuentes con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C. G. del P., se condena en costas a la parte demandada en ambas instancias.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Primera 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 de 18 de enero de 2017, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En su lugar, se dispone:

a. DECLARAR la nulidad del acto ficto producto del silencio de la administración municipal de Coveñas, frente a la petición que elevó la accionante el día 15 de mayo de 2014.

b. A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al MUNICIPIO DE COVEÑAS a reconocer y pagar a la señora MARLLYS MILENA PALMAR MADERA, las prestaciones sociales dejadas de percibir durante el periodo comprendido entre el 1º de septiembre y el 30 de diciembre de 2010 y

desde el 5 de enero hasta el 20 de noviembre de 2011, de conformidad con lo señalado en esta providencia e igualmente, computar el tiempo laborado para efectos pensionales, para lo cual la entidad hará las correspondientes cotizaciones, si es que no hubieren sido canceladas.

Las sumas resultantes de esta condena se actualizarán, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al último día del mes en que se ejecutorie esta sentencia) por el índice inicial (vigente al último día del mes en que fue debió hacerse el pago).

SEGUNDO: La entidad demandada dará cumplimiento a la presente sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO: CONDENAR en costas en ambas instancias, a la parte demandada. El A quo liquidará, concentradamente, las costas procesales, incluyendo agencias en derecho.

CUARTO: 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 Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0166/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA