



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, doce (12) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-003-2016-00098-01
DEMANDANTE:	CIANA ISABEL BALETA TÁMARA
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE SAN ANTONIO DE PALMITO - SUCRE
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la entidad accionada, contra la sentencia adiada 27 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1. Pretensiones¹

La señora **CIANA ISABEL BALETA TÁMARA**, por conducto de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el **MUNICIPIO DE SAN ANTONIO DE PALMITO - SUCRE**, con el fin que se declare la nulidad del acto administrativo de fecha 25 de enero de 2016, mediante el cual, se niega el reconocimiento y pago de unas prestaciones sociales.

A título de restablecimiento del derecho, pide la demandante, que se condene a la entidad demandada a pagar la suma de \$9.241.987.00, por

¹ Folios 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

concepto de daño emergente por el tiempo laborado y no pagado en diferentes tiempos.

De igual forma, solicita la accionante se condene al ente demandado a pagar a manera de indemnización por pérdida de la oportunidad, lo siguiente:

- . Cesantías: \$9.315.577.00.
- . Intereses a las cesantías: \$4.657.788.00
- . Vacaciones: \$4.657.788.00
- . Prima de navidad: \$9.315.577.00
- . Reembolso del porcentaje de cotizaciones pensionales: \$3.249.795.00

1.2.- Hechos².

La señora CIANA ISABEL BALETA TÁMARA, desde el 27 de enero de 2012 fue vinculada como Trabajadora Social en los programas y proyectos del área social del Municipio de San Antonio de Palmito, Sucre, a través de contratos de prestación de servicios.

La señora Baleta Támara continuó prestando los mismos servicios a la entidad territorial de manera continua e ininterrumpida, aun en el tiempo en que le interrumpían el contrato, causándole un “daño emergente” por falta de contrato escrito, en los siguientes periodos: del 1º al 13 de enero de 2013 (13 días); del 16 de octubre al 31 de diciembre de 2013 (76 días); del 1º al 6 de enero de 2014 (6 días); y del 1º al 4 de enero de 2015 (4 días).

Por la actividad desarrollada a la demandante, le pagaban la suma de \$2.899.500.00; cifra que se mantuvo constante durante el último año de trabajo.

² Folios 2 - 4 del cuaderno de primera instancia.

Durante la prestación del servicio, la accionante cumplió un horario de trabajo establecido por la entidad así: de 08:00 a.m. a 12:00 p.m., y de 02:00 p.m. a 05:00 p.m., recibiendo órdenes del Jefe de Personal y en su gran mayoría, del Alcalde Municipal.

Las actividades que cumplía como Trabajadora Social en los programas y proyectos del área social, eran propias y permanentes del Municipio San Antonio de Palmito, Sucre, es decir, no eran ajenas, ni ocasionales.

Para el ejercicio de las labores prestadas, la entidad brindaba los elementos e insumos de trabajo, tales como, oficina dotada con papelería, archivadores, computador, acceso a internet, entre otros.

La señora Baleta Támara, para poder ausentarse del trabajo debía solicitar permiso y éste ser autorizado. Y en caso de llegar tarde, recibía llamado de atención por parte de su jefe inmediato.

El Municipio San Antonio de Palmito enviaba, frecuentemente, por su cuenta, a la señora Ciana Isabel a capacitaciones, encuentros y cuando ella debía viajar a realizar actividades relacionadas con su trabajo, costeara sus gastos de viaje, transporte y viáticos. Además, la entidad le entregaba un suéter marcado con los distintivos de la entidad y de los programas sociales.

El 15 de noviembre de 2015, la entidad demandada dio por terminado el “vínculo laboral atípico” que sostenía con la demandante, sin que ésta hubiere recibido pago alguno por concepto de salarios, cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, prima de navidad, intereses e indexaciones y el reembolso del porcentaje patronal de cotizaciones pensionales.

El 28 de diciembre de 2015, la señora Ciana Isabel Baleta Támara, solicitó al Municipio San Antonio de Palmito - Sucre, el reconocimiento y pago de todos los salarios, prestaciones sociales y el reembolso de las cotizaciones pensionales, intereses e indexaciones.

La anterior solicitud fue negada por la entidad demanda, mediante acto administrativo de fecha 25 de enero de 2016.

1.2. Normas quebrantadas y su concepto de violación³.

Como normas violadas, se señalaron las siguientes:

Constitucionales: artículos 1, 2, 4, 6, 25, 53, 58, 90, 121, 123 inciso 2º y 124 de la Constitución Política.

Legales: Convenio 95 del 8 de junio de 1949 de la OIT, Decreto 1919 del 27 de agosto de 2002, Decreto 2712 de 1999, Ley 4ta de 1992, Decreto 1045 de 1978 artículo 17, Ley 50 de 1990, Ley 789 de 2002, Ley 70 de 1988, Decretos No. 1582 de 1998, Decreto No. 1252 de 2000, Ley 995 de 2005: artículo 1º, Decreto 404 de 2006: artículo 1º, Ley 244 de 1995, Ley 344 de 1996, Decreto 3135 de 1968, Decreto 3135 de 1968, C.S.T. artículo 23.2, Decreto 1950 de 1973 artículo 7, Ley 909 de 2004: literal b) del inciso 1 del artículo 21, Ley 1429 de 2010: artículo 63, Ley 1450 de 2011: artículo 276.

Jurisprudencial: Sentencia C-069 del 23 de febrero de 1995, Sentencia C-154 de 1997 de la Honorable Corte Constitucional y la sentencia 15678 del 4 de mayo de 2001 de la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral.

Adujo la demandante, que fue inadecuadamente vinculada al ente municipal, ya que era previsto que la persona que ejerciera como Trabajadora Social en los programas y proyectos del Área Social del Municipio, debía ser una funcionaria pública de tiempo completo, tanto por la carga de labores que tendría de manera permanente, como por el objeto contratado; por ello, el acto administrativo era irregular, pues, desconocía su realidad laboral la cual se asemejaba a una empleada pública y desconocía sus derechos en su integridad.

³ Folios 4 - 6 del cuaderno de primera instancia.

Manifestó la accionante, que desempeñó las labores cumpliendo con los tres elementos que comportaban una verdadera relación laboral, toda vez que prestaba sus servicios de manera personal y subordinada, recibiendo una remuneración.

Por último expuso, que se vislumbraba la mala fe de la entidad demandada, pues, no solo disfrazó la relación laboral, sino que además, pretendía que perdiera su tiempo de trabajo, sin lugar a ninguna prestación social, configurándose incluso por la entidad un enriquecimiento sin justa causa.

1.3.- Contestación de la demanda.

El Municipio San Antonio de palmito, presentó contestación de la demanda de forma extemporánea⁴.

1.4.- Sentencia impugnada⁵.

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 27 abril de 2018, declaró la nulidad del acto acusado y en consecuencia, condenó al Municipio de San Antonio de Palmito a reconocer y pagar a la señora Ciana Isabel Baleta Támara a título de indemnización (sic), el valor equivalente a todas las prestaciones sociales comunes y ordinarias que devengaba un empleado en dicha entidad territorial, esto es, en los periodos comprendidos del 27 de enero de 2012 al 15 de octubre de 2013 y del 7 de enero de 2014 al 5 de noviembre de 2015; sumas que se liquidarían conforme al valor pactado como honorarios, en los contratos de prestación de servicios.

⁴ Folios 154 – 164/176 vto. del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 207 - 223 del cuaderno de primera instancia.

Así mismo, dispuso que el referido tiempo debía computarse para efectos pensionales y en consecuencia, ordenó el pago de los valores de las cotizaciones o aportes al fondo pensional que hubiere elegido la actora.

Negó, las demás pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión consideró el A-quo, que se encontraba demostrado que la accionante prestó personalmente su servicio en el ente municipal como Trabajadora Social en los programas y proyectos del área social y recibió por ello, una contraprestación económica.

En cuanto al elemento de la subordinación, indicó, que se encontraba demostrado, pues, se evidenciaba que la relación laboral desbordó los límites de permanencia de un contrato estatal de prestación de servicios; resaltando que en los periodos que van del 27 de enero de 2012 al 15 de octubre de 2013 y del 7 de enero de 2014 al 5 de noviembre de 2015, la accionante prestó sus servicios de forma continua, presentándose, únicamente, una interrupción dentro de tales periodos en días, pero esto con ocasión al cabo de la vigencia fiscal y presupuestal del ente territorial.

Anotó, que el cargo de trabajadora social estaba previsto como un empleo público del nivel profesional, con denominación y funciones detalladas en la ley, específicamente en el Decreto 785 de marzo 17 de 2005. Y se evidenciaba, que en los contratos pactados se referenció las obligaciones o actividades específicas a cumplir y el lugar donde se prestarían los servicios.

También se constataba que la entidad, le solicitaba informes a la demandante, los cuales al no ser presentados daban lugar a la iniciación de procesos disciplinarios, como se infería del oficio del 15 de noviembre de 2014, mediante el cual, la Asesora Jurídica de la Alcaldía del Municipio de Sincelejo le informó a la actora, que *“tenía cinco (5) días hábiles para presentar sus descargos por la omisión en la presentación del informe solicitado por medio de la circular 001 de mayo de 2014”*. A lo anterior se

sumaba, que la parte actora, para ausentarse de su sitio de labores debía solicitar permisos, tal como se verificaba con la petición del 28 de junio de 2015.

Asimismo, se demostró que la entidad vinculaba a la accionante a capacitaciones, cubriendo los viáticos y transporte derivados de la misma.

Por otro lado, el A-quo negó la pretensión de reconocimiento y pago de la suma de \$9.241.987.00 por concepto de tiempo laborado y no pagado, en razón a que la demandante no demostró que el municipio demandado, en los extremos señalados, no le canceló honorarios derivados de la actividad personal que desplegó con ocasión de los contratos que celebró.

También negó la pretensión concerniente al pago de \$3.249.795.00, a título de reembolso del porcentaje patronal de cotización pensional, toda vez, que la declaración de la existencia de la relación laboral no implicaba por sí misma, la devolución de sumas de dineros, pues, la finalidad del restablecimiento del derecho era el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con la relación oculta.

1.5.- El recurso⁶.

Con el fin de obtener la revocatoria de la anterior decisión, la entidad demandada presentó recurso de apelación, en el que manifestó su desacuerdo con la posición del A quo.

Para tal efecto indicó, que la demandante no cumplía con los requisitos previstos en la norma constitucional, para tener derecho al reconocimiento de una compensación a manera de prestación social.

Sostuvo, que no era cierto que los servicios prestados por la actora como Trabajadora Social en los programas y proyectos del área social, llevaran

⁶ Folios 228 - 231 del cuaderno de primera instancia.

consigo la subordinación o dependencia por el hecho de que se le dieran instrucciones; además, la vigilancia sobre la manera de cómo se ejecutaba un contrato, no era por sí sola prueba de tal elemento, ya que todo contrato comportaba una serie de obligaciones mutuas, cuyo imperioso cumplimiento, no era signo de la continuada dependencia o subordinación de una parte a la otra.

Por otro lado, sostuvo que la accionante prestó sus servicios al municipio en varios periodos, por lo que se advertía que en este caso operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

1.6. Trámite de segunda instancia.

- Por auto de 25 de septiembre de 2018, se admitió el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 27 de abril de 2018⁷.

- Mediante providencia del 6 de diciembre de 2018⁸, se dispuso correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que conceptuara de fondo.

- La **parte demandante**⁹: solicitó se confirmara la sentencia recurrida, la cual recogía en su gran mayoría la tesis expuesta en la demanda y los alegatos de conclusión de la primera instancia. Y reiteró, que laboró para la entidad demandada de manera personal, bajo subordinación continuada y devengando un salario (sic), por lo que debía declararse la relación laboral pretendida.

- La **parte demandada** no alegó en esta instancia procesal y el Agente del **Ministerio Público**, no emitió concepto de fondo en esta oportunidad.

⁷ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 8, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 11 - 12, cuaderno de segunda instancia.

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 de apelación, de conformidad con los arts. 320 y 328 del C. G. del P., el problema jurídico se circunscribe en establecer:

¿Se halla demostrada la relación laboral alegada en este asunto, bajo el marco de la noción de contrato realidad?

¿Se encuentran prescritos los derechos laborales y prestacionales que pretende la parte demandante, derivados de la aparente existencia de la relación laboral que se suscitó por la desnaturalización de los contratos de prestación de servicios, que suscribió la demandante con el Departamento de Sucre?

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 nuestra 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*¹⁰, en la contratación de servicios laborales.

Sobre este último aspecto, la Corte constitucional ha forjado una línea coherente sobre la temática. En su 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 entorno a la principalística abordada, en las facultades desplegadas por las Empresas Sociales del Estado, para contratar con terceros la prestación de ciertos servicios, 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

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”*.

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”¹¹

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

¹¹ Ibídem (sic).

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."**¹²(Negrilla del texto)

De esta forma, la jurisprudencia constitucional ha establecido una serie de imperativos, parámetros y factores, para poder ejercer la facultad de

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-171 de 2012. M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

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 administrativa¹³, 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*.

Sobre este aspecto en sentencia del 24 de junio de 2015¹⁴, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo manifestó:

“Cuando el legislador utilizó en el inciso 2º del numeral 3º 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***

¹³ 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.

¹⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. Rad. No. 2010-00067-01(3038-13) C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

acogía la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados."

Y más concretamente, sobre los elementos del contrato realidad y la carga probatoria que recae sobre quien pretende su reconocimiento, dijo:

*"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"¹⁵.*

2.3.2. Subordinación, elemento del contrato realidad

Tal y como lo ha sostenido el Honorable Consejo de Estado¹⁶, respecto a la subordinación se ha entendido esta como la aptitud que tiene el empleador para impartirle órdenes al trabajador y exigirle su cumplimiento, para dirigir su actividad laboral e imponerle los reglamentos internos de trabajo a los cuales debe someterse, *"todo dirigido a lograr el objetivo misional trazado"*.

Concretamente, tan Alto Tribunal ha sostenido, que si bien entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual puede incluir las siguientes situaciones:

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sub sección B. Sentencia del 15 de junio de 2011. C. P. Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE. Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10). Actor: MANUEL ALEJANDRO FULA ROJAS. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de mayo 31 de 2016. Radicado 05001233300020130081301 (36872014).

- Un horario.
- El hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores.
- Tener que reportar informes sobre sus resultados.

Ello no significa, necesariamente, la configuración del elemento subordinación, como ítem propio del contrato realidad, pues, la subordinación se asemeja a la ausencia de independencia del contratista de la administración pública, aspecto que quien invoca el contrato realidad debe demostrar.

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

Para que proceda el reconocimiento del derecho reclamado en este tipo de asuntos, 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 Honorable Consejo de Estado¹⁷, donde luego de un extenso y riguroso análisis del devenir de la teoría del contrato realidad en la Sección, se unificó la 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. En dicha providencia se dijo:

“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

¹⁷ 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).

prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo 70 Decreto 2277 de 1979, "por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente", artículo 36: "Derechos de los educadores. Los educadores al servicio oficial gozarán de los siguientes derechos: (...) b. Percibir oportunamente la remuneración asignada para el respectivo cargo y grado del escalafón; (...)": 35 contractual. ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad. iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional. iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA). v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables. vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral). vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador. De igual modo, se unifica la

jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados"

Así las cosas, la sub regla jurídica vigente de la Corporación Suprema de lo Contencioso Administrativo y precedente aplicable, indica que la reclamaciones laborales que se deriven de la teoría del contrato realidad por celebración de contratos de prestaciones de servicios, deben ser realizadas dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación del vínculo contractual – formal que se pretende desvirtuar, amén de lo expuesto frente al tema de aportes pensionales.

2.4. Caso concreto

Debate el apelante, que en el presente asunto, no se demostró el elemento de la subordinación como requisito para el reconocimiento de la relación laboral, pues, no era cierto que los servicios prestados por la actora como Trabajadora Social en los programas y proyectos del área social, llevaran consigo “dependencia” por el hecho de que se le dieran instrucciones; además, la vigilancia sobre la manera de cómo se ejecuta un contrato, no era por sí sola prueba de tal elemento, ya que todo contrato comportaba una serie de obligaciones mutuas, cuyo imperioso cumplimiento no era signo de la continuada subordinación de una parte a la otra.

Pues bien, para establecer tal elemento, se tiene en cuenta el siguiente análisis probatorio:

a. Contratos de prestación de Servicios celebrados entre la señora Ciana Isabel baleta Támara y el Municipio San Antonio de Palmito, Sucre, en los siguientes extremos temporales¹⁸:

¹⁸ Según certificación obrante a folios 127 – 128 del cuaderno de primera instancia. Anotándose, que a efectos de ejecución de sentencia, dado que aparecen los contratos

- Contrato No. 004¹⁹: del 27 de enero al 27 de julio de 2012.
- Contrato No. 084²⁰: del 5 de julio hasta el 5 de diciembre de 2012.
- Contrato No. 163²¹: del 8 de noviembre hasta el 31 de diciembre de 2012.
- Contrato No. 003²²: del 14 de enero hasta el 30 de septiembre de 2013.
- Contrato No. 052²³: del 15 de julio al 15 de octubre de 2013.
- Contrato No. 003²⁴: del 7 de enero al 7 de septiembre de 2014.
- Contrato No. 063²⁵: del 8 de septiembre al 31 de diciembre de 2014.
- Contrato No. 006²⁶: del 5 de enero al 5 de noviembre de 2015.

b. Los contratos de prestación de Servicios **Nos. 004 del 2012** de enero 27 de 2012, **084 del 2012** de julio 5 de 2012 y **163 del 2012** de noviembre 8 de 2012, tenían como **objeto** la *“prestación de servicios profesionales como Trabajadora Social en los programas y proyectos del área social del Municipio de San Antonio de Palmito – Sucre”*.

- Los contrato de prestación de Servicio Nos. **003 del 2013** de enero 14 de 2013, **052 del 2013** de julio 15 de 2013, **003 del 2014** de enero 7 de 2014, **063 del 2014** de septiembre 8 de 2014, **006 del 2015** de enero 5 de 2015, tenían como **objeto** *“Prestar sus servicios profesionales de una Trabajadora Social que realice las evaluaciones socioeconómicas de los beneficiarios de los*

denotados como 004, 84, 163, 003 y 52, como suscritos mientras estaban vigentes otros, se tendrá en cuenta tal situación para evitar doble pago de la condena, considerándose al efecto la fecha efectiva de iniciación de la ejecución del contrato respectivo, pues, se entiende que tal cosa ocurrió en tanto tal ejecución, se sometió al cumplimiento de ciertos requisitos.

¹⁹ Folios 15 – 18 del cuaderno de primera instancia.

²⁰ Folios 19 - 22 del cuaderno de primera instancia.

²¹ Folios 127 - 129 del cuaderno de primera instancia.

²² Folios 24 - 26 del cuaderno de primera instancia.

²³ Folios 27 - 30 del cuaderno de primera instancia.

²⁴ Folios 31 - 34 del cuaderno de primera instancia.

²⁵ Folios 35 - 38 del cuaderno de primera instancia.

²⁶ Folios 39 - 46 del cuaderno de primera instancia.

programas de prevención y promoción del Centro de Bienestar del Anciano en el Municipio de San Antonio de Palmito, Departamento de Sucre".

c. Copias de oficios por medio de los cuales, el Municipio San Antonio de Palmito a través de sus dependencias vinculaba a la demandante a ciertas actividades, capacitaciones o talleres y reuniones²⁷.

d. Copias de comprobantes de pago de gastos de viáticos y transporte, derivados de asistencia a eventos y capacitaciones²⁸.

e. Copia del oficio de fecha 15 de julio de 2014, mediante el cual, la Asesora Jurídica del Municipio San Antonio de Palmito le informa a la señora Ciana Baleta, que *"tiene cinco (5) días hábiles para presentar sus descargos por la omisión en la presentación del informe solicitado por medio de la circular 001 de mayo del 2014"*²⁹.

f. Solicitud de permiso de fecha 28 de junio de 2015, radicada por la señora Ciana Baleta Támara en la Secretaría General del Municipio de Palmito³⁰.

g. Testimonios de los señores Luz Milena Conde Tamara, Herys Miguel Pérez Campo y Sindulfo Manuel Estrada Osorio, de las que se extrae que la señora Ciana Isabel Baleta Tamara en desarrollo de las actividades contratadas por el ente demandado, cumplía un horario, recibía órdenes del Alcalde Municipal de Palmito, tenía una oficina asignada y usaba los elementos proporcionados por la entidad, debía solicitar permisos para ausentarse de su sitio de trabajo y asistía a capacitaciones por fuera del ente territorial.

Acorde con las pruebas que han quedado relacionadas, para la Sala, la subordinación surge con claridad, pues, la demandante para ausentarse de su sitio de labores debía solicitar permisos, recibía órdenes y debía presentar informes solicitados por la entidad, omisión que le implicaba requerimiento

²⁷ Folios 83 y ss del cuaderno de primera instancia.

²⁸ Folios 55, 70 a 77 del cuaderno de primera instancia

²⁹ Folio 94 del cuaderno de primera instancia.

³⁰ Folio 117 del cuaderno de primera instancia.

en tal sentido, tal como se desprende del citado oficio de fecha 15 de julio de 2014; así mismo, la contratista prestaba el servicio con elementos propios de la entidad demandada

Aspectos éstos, que hacen deducir que no existía libertad en el ejercicio de las funciones y mucho menos autonomía, amén de que sus actividades estaban relacionadas con funciones de la entidad, como es el caso de prestar los servicios profesionales de Trabajadora Social en los programas y proyectos del área social del municipio, así como la realización de las evaluaciones socioeconómicas de los beneficiarios de los programas de prevención y promoción del Centro de Bienestar del Anciano.

No debe olvidarse, tal como lo señaló el A-quo, que el cargo de trabajadora Social se encuentra previsto como un empleo público del nivel profesional, con denominación y funciones detalladas en el Decreto 785 de 2005³¹, lo que conlleva a señalar que las actividades desarrolladas son inherentes, de alguna manera, a la esencia y objeto de la entidad demandada.

Así mismo, se tiene que los marcos temporales de la relación entre el Municipio San Antonio de Palmito y la demandante, desbordaron los límites de permanencia, para distinguir el contrato de prestación de servicios, de la relación laboral, pues, se dieron varios lapsos de vinculación, que se prologaron por casi cuatro años (del 27 de enero del 2012 al 15 de octubre del 2013 y del 7 de enero del 2014 al 5 de noviembre del 2015).

Luego, no cabe duda que la labor desempeñada por la demandante no estaba ausente de subordinación, por ende, aceptado que prestó su servicio de manera personal y que percibió una retribución (sobre tales no hay discusión entre las partes), al cristalizarse el elemento subordinación, la relación laboral surge de lleno, sin que puedan prosperar los argumentos del recurrente.

³¹ "por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004."

De ahí que, la conclusión obtenida por la primera instancia es correcta y no puedan desecharse las pretensiones demandadas, siendo procedente ordenar, como restablecimiento de lo pedido, el pago a favor de la demandante, de las respectivas prestaciones sociales liquidadas conforme al valor pactado en los contratos de prestación de servicios, así como el pago de los aportes por dicho período, al sistema de seguridad social (pensión y salud), en su proporción respectiva.

Establecido lo anterior, en *segundo lugar*, debe verificarse si en el presente asunto se configuró el fenómeno de la **prescripción**.

Se encuentra confirmado procesalmente, a través de prueba documental, la cual dicho sea de paso, no fue objeto de reproche probatorio alguno por la parte demandada, que Ciana Isabel Baleta Támara estuvo vinculada formalmente como trabajadora social del Municipio de San Antonio de Palmito, mediante órdenes de prestación de servicios para los períodos comprendidos entre el 27 de enero de 2012 al 15 de octubre de 2013 y del 7 de enero de 2014 al 5 de noviembre de 2015.

De igual forma, está probado que la demandante formuló reclamación al ente municipal el 28 de diciembre de 2015 (folios 32 del C.1) solicitando el reconocimiento y pago de prestaciones y derechos derivados de la existencia de una relación laboral, generada en la celebración de contratos de prestación de servicios como trabajadora social del Municipio de Santiago de Palmito, en el período indicado.

A su vez, la demanda fue presentada el 18 de mayo de 2016. (fls. 13 y 140 del C.1)

Teniendo en cuenta lo anterior, la conclusión más clara, es que en el presente asunto no se ha cristalizado el fenómeno de la prescripción, dado que no transcurrieron tres años desde el momento en que se dio por

concluida la primera vinculación laboral (15 de octubre de 2013), por lo que se niega su declaratoria.

En resumen, se confirmará la decisión recurrida, al encontrarse que se halla demostrada la relación laboral alegada bajo el manto de la noción de contrato realidad y no encontrarse prescrita la acción adelantada.

2.5.- 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 de segunda instancia, a la parte demandada.

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: CONFIRMAR la sentencia de 27 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia, a la parte demandada. El A quo liquidará, concentradamente, las costas procesales, incluyendo agencias en derecho.

TERCERO: ACEPTAR la renuncia de poder presentada por el Dr. Faber Estrada Martínez³², como apoderado de la parte demandante.

³² Folios 16 – 17, cuaderno de segunda instancia.

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 Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0097/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA