



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

| | |
|------------------|--|
| Expediente | 70-001-33-33-009-2013-00046-01 |
| Actor | ESMARY DEL ROSARIO PÉREZ CASTRO |
| Demandado | MUNICIPIO DE TOLUVIEJO |
| Medio de Control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

SENTENCIA No. 110

I. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala, resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante, contra la sentencia del 24 de febrero de 2014, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo, con funciones del sistema oral, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

ESMARY DEL ROSARIO PÉREZ CASTRO, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó por intermedio de apoderado judicial al Municipio de Tolviejo, pretendiendo la declaratoria de nulidad del acto administrativo

| | |
|------------|---|
| Expediente | 70-001-33-33-009-2013-00046-01 |
| Actor | ESMARY DEL ROSARIO PÉREZ CASTRO |
| Demandado | MUNICIPIO DE TOLUVIEJO |
| Acción | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Procedente | JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO |

contenido en el Oficio del 20 de septiembre de 2012, expedido por el Alcalde de esa municipalidad, mediante el cual se le negó el reconocimiento y pago de emolumentos prestacionales por haber prestado sus servicios como “Auxiliar en el programa del SISBEN”.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se le reconozca y paguen los derechos laborales propios de toda relación laboral, causados por la prestación de sus servicios personalmente como “Auxiliar en el programa del SISBEN”. Asimismo depreca el reembolso de los aportes a seguridad social y que se declare que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios desde el mes de junio de 2009 a marzo de 2011.

2.2. Los fundamentos de hecho¹

La Sala los compendia así:

La señora ESMARY DEL ROSARIO PÉREZ CASTRO se vinculó al Municipio de Toluviéjo mediante contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones como “Auxiliar en el programa del SISBEN”.

Las labores encomendadas fueron realizadas de manera personal, obteniendo por ello una retribución y con subordinación, laborando de forma ininterrumpida por más de un año y nueve meses, atendiendo estrictamente las órdenes impartidas por la entidad empleadora.

La demandante cumplía un horario de trabajo de 8:00 am a 1:00 pm y de 2:00 pm a 5:00 pm, de lunes a viernes.

A la señora ESMARY DEL ROSARIO PÉREZ CASTRO nunca le cancelaron las prestaciones sociales y aportes pensionales a que tiene derecho.

El día 30 de agosto de 2012, la demandante elevó reclamación laboral al ente territorial, solicitando el pago de sus prestaciones sociales, obteniendo respuesta negativa mediante oficio del 20 de septiembre de 2012.

¹ Folios 1-2

| | |
|------------|---|
| Expediente | 70-001-33-33-009-2013-00046-01 |
| Actor | ESMARY DEL ROSARIO PÉREZ CASTRO |
| Demandado | MUNICIPIO DE TOLUVIEJO |
| Acción | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Procedente | JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO |

2.3. Recuento procesal

La demanda se presentó el 11 de marzo de 2013², inadmitida por auto del 21 de marzo de 2013³, y luego admitida por auto del 18 de abril de 2013⁴, notificada a la parte demandada⁵ y al Ministerio Público⁶.

2.4. Contestación de la demanda⁷

El Municipio de Toluviéjo, a través de apoderada judicial y dentro del término de traslado, presentó contestación a la demanda expresando su oposición a todas las pretensiones de la misma; sostenido que la demandante no se vinculó con el Municipio de Toluviéjo de manera irregular, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad sujeta a derecho y suscribirlos es una facultad de la administración pública.

Asimismo señaló que la demandante tenía la calidad de contratista, por lo que los valores pagados no fueron en calidad de salario sino en virtud de honorarios pactados en el contrato legalmente suscrito. Alude que no existió subordinación alguna en la prestación del servicio, puesto que no estaba sujeta al cumplimiento de un horario, como tampoco recibía órdenes de parte de funcionario alguno.

Propuso como excepción de mérito, la de inexistencia laboral e imposibilidad jurídica de reconocer y pagar prestaciones sociales.

2.5. La sentencia recurrida⁸

El Juez de primera instancia resolvió negar las pretensiones de la demanda; para llegar a esa decisión, encontró con base al acervo probatorio obrante en el expediente, que la actora estuvo vinculada al Municipio de Toluviéjo, mediante órdenes de prestación de servicios como “Auxiliar en el programa del SISBEN”, durante el año 2009 a 2011, así: i) desde el 10/06/2009 hasta el 31/12/2009; ii) desde el 28/01/2010 hasta el 31/06/2010; iii) desde el 01/07/2010 hasta el 31/12/2010; y iv) desde el 01/02/2011 hasta el 31/03/2011. Igualmente encontró probado, que la actora fue retribuida por el servicio prestado.

² Así se evidencia con la nota de recibido de la Oficina Judicial de Sincelejo, obrante a folio 8; en concordancia con el acta individual de reparto, visible a folio 27.

³ Folios 29-31

⁴ Folio 59

⁵ Folio 64, a través de correo electrónico el 19 de junio de 2013

⁶ Folio 61, a través de correo electrónico el 23 de abril de 2013

⁷ Folios 70-79

⁸ Folios 205-211

| | |
|------------|---|
| Expediente | 70-001-33-33-009-2013-00046-01 |
| Actor | ESMARY DEL ROSARIO PÉREZ CASTRO |
| Demandado | MUNICIPIO DE TOLUVIEJO |
| Acción | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Procedente | JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO |

En punto a analizar el elemento subordinación, señaló el A quo que, no existe dentro del expediente elemento probatorio que acredite este elemento dentro del vínculo que existió entre la demandante y la demanda.

Resaltó que la prueba idónea para advertir la presencia del elemento subordinación, como es la testimonial, no pudo realizarse por la falta de comparecencia del apoderado solicitante y de los deponentes.

Por último señaló que la carga de la prueba reside en quien alega el derecho, razón por lo que resulta dudoso colegir que el cargo desempeñado por la actora sea inherente a la actividad principal de la entidad.

En consecuencia, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

2.6. El recurso de apelación⁹

Dentro del término de ejecutoria de la sentencia de primera instancia, la parte demandante interpuso contra aquél pronunciamiento, recurso de apelación, en el que solicita la revocatoria de esa providencia y, en su lugar, se accedan a las pretensiones de la demanda; aduciendo los siguientes argumentos.

Expuso el recurrente que la carga de la prueba a él impuesta no pudo ser evacuada por la no comparecencia de los testigos, más sin embargo, tales declarantes no fueron llamados a juicio en la forma contemplada en la norma, es decir, con la expedición de oficio o citación dirigida a la dirección suministrada, quedando siempre la obligación de comparecer al proceso dichos testigos, oportunidad que no se pierde aún con sentencia de primera instancia.

En cuanto al caso concreto, consideró que sí se evidenciaron los elementos de la relación de trabajo, sólo faltó suministrar al proceso la prueba idónea, lo cual no es imputable a la parte que la solicitó.

2.7. Actuación en segunda instancia

A través de auto del 10 de abril de 2014¹⁰, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del accionante en contra de la sentencia proferida el 24 de febrero de 2014; por auto del 20 de mayo de 2014¹¹ se resolvió respecto de la solicitud de práctica de pruebas en segunda instancia, las cuales fueron denegadas; contra la anterior decisión

⁹ Folios 214-215

¹⁰ Folio 3 C. Alzada.

¹¹ Folios 19-22 C. Alzada

| | |
|------------|---|
| Expediente | 70-001-33-33-009-2013-00046-01 |
| Actor | ESMARY DEL ROSARIO PÉREZ CASTRO |
| Demandado | MUNICIPIO DE TOLUVIEJO |
| Acción | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Procedente | JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO |

el recurrente interpuso recurso de súplica¹², el que fue resuelto mediante auto del 14 de agosto de 2014¹³, confirmándola en todas sus partes; por auto del 22 de septiembre de 2014, se corrió traslado a las partes por diez (10) días para que alegaran de conclusión¹⁴.

2.8. Alegatos de conclusión

2.8.1. De la parte demandante¹⁵

En esta oportunidad, la actora reitera los postulados argumentados en el recurso interpuesto. Además, señaló que la falta de decreto de la prueba testimonial obedeció a una errónea apreciación y el conteo de términos por parte del A quo, pues en los alegatos de primera instancia se explicó el por qué de la no recepción de los testimonios; asimismo, no es cierto que se hayan presentado los alegatos de forma extemporánea, de allí que la falencia en el no decreto de la prueba obedeció al A quo, lo que constituye una flagrante violación al debido proceso, por lo que existe una nulidad que gravita en el presente asunto. Al mismo tiempo solicitó la nulidad de todo lo actuado, con sustento en la violación de los términos para alegar de conclusión en primera instancia.

2.8.1. De la parte demandada

El Municipio de Toluviejo guardó silencio.

2.8.2. Ministerio Público¹⁶

El representante del Ministerio Público ante esta Corporación, conceptuó de fondo dentro del sub lite, indicando que la carga de la asistencia de los testigos es de quien lo solicita, que es el interesado en su testimonio. El apoderado de la parte demandante no asistió a la audiencia inicial y a la de prueba, faltando a sus deberes. Además, a sabiendas de la imposibilidad de los testigos para comparecer a la diligencia, no hizo nada para informar al Juez de tal situación.

Por las anteriores razones, solicitó de forma respetuosa la confirmación de la sentencia apelada.

¹² Folios 34-36 C. Alzada

¹³ Folios 52-56 Ib.

¹⁴ Folio 65 Ib.

¹⁵ Folios 73-74 ib.

¹⁶ Folios 29-33 ib.

| | |
|------------|---|
| Expediente | 70-001-33-33-009-2013-00046-01 |
| Actor | ESMARY DEL ROSARIO PÉREZ CASTRO |
| Demandado | MUNICIPIO DE TOLUVIEJO |
| Acción | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Procedente | JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO |

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia de la referencia.

3.1. Problemas jurídicos

Corresponde al Tribunal resolver el recurso de apelación, para tal fin, formulará los siguientes problemas jurídicos, ¿Existe violación alguna al debido proceso al no haberse practicado los testimonios debidamente decretados en primera instancia, a solicitud de la parte actora?

¿A la demandante le asiste el derecho al reconocimiento del contrato realidad; con los consecuentes pagos prestacionales que se derivan de una relación laboral, durante los períodos en que estuvo vinculada bajo órdenes de prestación de servicios al Municipio de Toluviéjo, ejerciendo funciones como Auxiliar en el programa del SISBEN; o si por el contrario, existió una relación eminentemente contractual sin derecho a prestación alguna?

Guardando congruencia entre lo alegado en el recurso de apelación con lo que será la resolución en esta instancia, la Sala abordara los siguientes temas, a saber: (i) Violación del debido proceso por ausencia de práctica de testimonios decretados en primera instancia; (ii) Línea jurisprudencial del Consejo de Estado frente al contrato realidad; y (iii) Caso concreto.

3.2 Cuestión previa

3.2.1 Violación del debido proceso por ausencia de práctica de testimonios decretados en primera instancia

El primero de los argumentos expuestos por el recurrente para atacar la decisión de primera instancia, se circunscribe en que la no demostración del elemento subordinación obedeció a la falta de recepción de las declaraciones decretadas, solicitadas por la misma parte, sin que ello sea atribuible a este. Sumado a ello manifestó que los testigos no fueron citados de forma adecuada.

En la misma línea se argumentó también, que lo expuesto por el A quo, en cuanto a la extemporaneidad de los alegatos y por ende, la solicitud de recepcionarse los testimonios en uso de las facultades de mejor proveer, constituye una falsedad, pues fueron presentados dentro del término legal, lo que origina una causal de nulidad.

| | |
|------------|---|
| Expediente | 70-001-33-33-009-2013-00046-01 |
| Actor | ESMARY DEL ROSARIO PÉREZ CASTRO |
| Demandado | MUNICIPIO DE TOLUVIEJO |
| Acción | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Procedente | JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO |

En cuanto a lo primero, valga remitirnos a lo que ya se expuso en este proceso en providencia del 20 de mayo de 2014, así como en auto de fecha 14 de agosto de 2014, mediante el cual se resolvió el recurso de súplica interpuesto contra la anterior decisión, en donde claramente se indicó que el apoderado de la parte actora no asistió a la Audiencia Inicial celebrada el día 23 de octubre de 2013, en donde se decretaron como pruebas los testimonios; asimismo, el apoderado de la demandante tampoco asistió a la Audiencia de Pruebas celebrada el día 3 de diciembre de 2013, en la que se recepcionarían los testimonios, los que, valga decir, fueron citados de forma correcta por parte del despacho de primera instancia, tal como se advierte a folios 184-185 del expediente, con la debida constancia de recibo.

Por último, en lo que respecta a la presunta falsedad inserta en la sentencia de primera instancia, en lo que hace alusión a la extemporaneidad de los alegatos y por ende de la solicitud de pruebas de mejor proveer, advierte la Sala que no le asiste razón al recurrente, pues claramente se observa que el término para presentar los alegatos en primera instancia venció el día 18 de diciembre de 2013, mientras que el apoderado de la parte actora solo allegó el escrito el día 19 del mismo mes y año.

En efecto, el día 3 de diciembre de 2013 se llevó a cabo Audiencia de pruebas en la que resolvió correr traslado a las partes para alegar de conclusión. En consecuencia, el término para alegar corrió los días 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 13, 16 y 18 de diciembre de 2013, siendo inhábiles los días 7, 8, 14, 15 y 17 de diciembre, tal como se indicó en la nota secretarial visible a folio 192 del cuaderno principal.

No puede el recurrente considerar que el término otorgado para alegar de conclusión se contabilice al día siguiente de la fijación de la nota secretarial, pues no es así como lo enseña la norma, esto es, el artículo 120 del C. de P.C. –norma vigente para la fecha de dicha actuación–, según la cual, el término iniciará desde el día siguiente a la notificación de la providencia que la ordena. Como quiera que dicha decisión se tomó y notificó en estrados, su contabilización inició al día siguiente de la Audiencia de Pruebas, muy a pesar de la inasistencia del apoderado de la parte demandante, tal como lo dispone el artículo 202 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En vista de lo anterior, no encuentra la Sala violación alguna al debido proceso de la parte demandante al no haberse practicado los testimonios decretados en primera instancia, pues dicha ausencia tuvo lugar por la desidia y desinterés del profesional que representa los intereses de la misma parte.

Mucho menos se advierte configuración de causal de nulidad por violación al debido proceso, pues como se indicó antes, no se le limitó a la demandante el término para presentar el escrito de alegaciones finales, el cual fue aportado de forma extemporánea.

| | |
|------------|---|
| Expediente | 70-001-33-33-009-2013-00046-01 |
| Actor | ESMARY DEL ROSARIO PÉREZ CASTRO |
| Demandado | MUNICIPIO DE TOLUVIEJO |
| Acción | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Procedente | JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO |

Por otro lado, en lo que respecta a la presunta configuración de nulidad procesal, advierte la Sala que, en primer lugar, la presunta irregularidad no fue alegada de forma oportuna por el recurrente. En efecto, sólo hasta la oportunidad de alegar en segunda instancia fue que se alegó lo relacionado con la posible configuración de nulidad, dejando pasar otras oportunidades, como por ejemplo, con el recurso de apelación.

El inciso segundo del artículo 135 del CGP dispone con claridad que no podrá alegar la nulidad, “quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla”, lo que de suyo origina un saneamiento de la irregularidad.

En segundo lugar, la presunta irregularidad alegada por el recurrente no se ajusta a ninguna de las causales previstas en el artículo 133 del CGP. No es procedente considerar que se ajusta a la contemplada en el numeral 6°, por cuanto la misma tiene lugar “cuando se omite la oportunidad para alegar de conclusión...”, cuestión que no ha tenido lugar en el presente asunto. Por lo demás, valga recordar lo previsto por el párrafo del artículo 133 ibídem, según el cual, las demás irregularidades que se presenten en el proceso, distintas a las allí contempladas, se entenderán subsanadas si no se impugnan oportunamente.

Resuelto lo anterior, abordará la Sala lo relacionado con el fondo del asunto, no sin antes hacer un breve análisis de la línea jurisprudencial que se ha mantenido respecto a la temática.

3.3. Línea jurisprudencial del Consejo de Estado frente al contrato realidad

La Constitución Política de 1991, en el Capítulo II, relativo a la función pública, contempla que “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente” (art. 122 CP.), y seguidamente señala que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley...” (Art. 125 CP.); por consiguiente, de acuerdo con las citadas normas, la vinculación a la administración para el ejercicio de la función pública puede ser de diferentes clases de acuerdo al ordenamiento jurídico y según las especificidades propias de las circunstancias, las cuales desde el punto de vista ordinario son: legal y reglamentaría (empleado público) y laboral contractual (trabajador oficial). Sólo en casos excepcionales se vinculará a contratistas para la prestación de sus servicios (relación contractual estatal).

En ese orden, los dos primeros; es decir, el vínculo legal y reglamentario y laboral contractual, obedecen a una relación de índole laboral, por lo tanto tienen elementos

| | |
|------------|---|
| Expediente | 70-001-33-33-009-2013-00046-01 |
| Actor | ESMARY DEL ROSARIO PÉREZ CASTRO |
| Demandado | MUNICIPIO DE TOLUVIEJO |
| Acción | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Procedente | JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO |

esenciales que los hacen diferentes al estatal de prestación de servicios, por cuanto en ellos se presenta (i) la subordinación al empleador, (ii) la prestación personal del servicio y (iii) el pago de una remuneración. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad es independiente, puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica, caracterizándose, porque carece del elemento de subordinación laboral o dependencia.

Sin embargo, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, por manera que el contrato de prestación de servicios, como lo ha sostenido la Corte Constitucional¹⁷ y el Consejo de Estado¹⁸, no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales, conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, en aplicación del principio que contemplan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, conforme lo dispone el artículo 53 de la Constitución, y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas del mismo carácter, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

En efecto, el contrato de prestación de servicios se funda en el desarrollo de una actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica con respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada; es decir, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien suscribe un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas. Por consiguiente, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre un particular y una entidad pública, y se acredita la existencia de los tres elementos propios de todo contrato de trabajo -subordinación, prestación personal del servicio y remuneración-, producto de esto surge el derecho a que sea reconocida una relación laboral que, en consecuencia, confiere al contratista las prerrogativas de orden prestacional, en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Sobre este último aspecto, la Corte Constitucional¹⁹, 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, en las facultades

¹⁷ Sentencia C-154/1997, con ponencia del Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

¹⁸ Consejo de Estado, secc. 2ª, sub-secc. “B”, sentencia del 25 de marzo de 2010. CP Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, Exp. 1131-09.

¹⁹ Sentencia C-171/12

| | |
|------------|---|
| Expediente | 70-001-33-33-009-2013-00046-01 |
| Actor | ESMARY DEL ROSARIO PÉREZ CASTRO |
| Demandado | MUNICIPIO DE TOLUVIEJO |
| Acción | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Procedente | JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO |

desplegadas por las Empresas Sociales del Estado, para contratar con terceros, la prestación de ciertos servicios, donde se ha preceptuado lo siguiente:

“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)”²⁰; (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”²¹.

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 outsourcing.”²²

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

²⁰ Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²¹ Ibidem.

²² Ibidem.

| | |
|------------|---|
| Expediente | 70-001-33-33-009-2013-00046-01 |
| Actor | ESMARY DEL ROSARIO PÉREZ CASTRO |
| Demandado | MUNICIPIO DE TOLUVIEJO |
| Acción | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Procedente | JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO |

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 deslaborización 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".²³
(...)

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".²⁴

En el mismo sentido, el Consejo Estado, en los casos en que el contratista logra desvirtuar que el contrato de prestación de servicios oculta a existencia de un contrato laboral, tiene derecho a recibir la cancelación de las prestaciones sociales dejadas de pagar. Atingente a la carga de la prueba ha indicado²⁵:

"El tema del contrato de prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales; sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997²⁶, con ponencia del Dr.

²³ A modo de ejemplo, la Corte se ha referido al caso de las cooperativas de trabajo asociadas, que "se han utilizado como instrumentos para desconocer la realidad del vínculo laboral, a pesar de que expresamente el artículo 7º de la Ley 1233 de 2008, prohíbe su intermediación laboral". Sentencia C-614 de 2009.

²⁴ Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "B", C.P: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, 17 de marzo de 2011, Radicación número: 47001-23-31-000-2005-00818-01(1017-10); también se puede ver el pronunciamiento de esta Corporación, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "A", C.P: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, 4 de marzo de 2010, Radicación número: 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08).

²⁶ "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.

| | |
|------------|---|
| Expediente | 70-001-33-33-009-2013-00046-01 |
| Actor | ESMARY DEL ROSARIO PÉREZ CASTRO |
| Demandado | MUNICIPIO DE TOLUVIEJO |
| Acción | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Procedente | JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO |

Hernando Herrera Vergara, analizó la diferencia entre tal contrato y el de carácter laboral. Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental cuando se comprueba la subordinación o dependencia respecto del empleador²⁷, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación inicialmente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación. Al respecto, esta Corporación en fallos como el del 23 de junio de 2005 proferido dentro del expediente No. 0245 por el Dr. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador. Tal tesis, se contrapone a la Jurisprudencia anterior en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que concurra un sometimiento a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o de tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento de subordinación. Así se estipuló en sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda. El razonamiento fue replanteado por la Sección Segunda, que en fallos como el inicialmente citado del 23 de junio de 2005, volvió a la tesis primigenia que había sido trazada ya desde la sentencia del 18 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Flavio Rodríguez Arce (Exp. 11722 – 1198/98). De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se recoge, que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos inicialmente referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

(...)

Se ha concretado el tratamiento jurisprudencial de los contratos realidad, de donde se concluye en cuanto a su configuración, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito. Así las cosas, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un

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.” (Destaca la Sala).

²⁷ Negrillas del despacho.

| | |
|------------|---|
| Expediente | 70-001-33-33-009-2013-00046-01 |
| Actor | ESMARY DEL ROSARIO PÉREZ CASTRO |
| Demandado | MUNICIPIO DE TOLUVIEJO |
| Acción | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Procedente | JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO |

contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación suscrita y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta, lo que obliga al análisis del conjunto probatorio que acompaña el expediente en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio en éste caso”.

Así las cosas, se concluye que para tener derecho al pago de acreencias laborales, el contratista debe demostrar indispensablemente la existencia de una relación de trabajo, sin duda que le incumbe a él acreditar en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, cuya importancia viene dada justamente en que se trata del componente que marca el umbral entre el contrato de prestación de servicios y el contrato realidad (relación laboral), adicionalmente el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor. Siempre y cuando, de las circunstancias en que se desarrollaron tales actividades, no se deduzca que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales²⁸.

3.4. Caso concreto.

3.4.1 Configuración del elemento subordinación

En el sub iudice, para demostrar la relación laboral alegada, se justipreciará si se cumple con el elemento subordinación, atendiendo a que los dos primeros ya fueron estudiados y debidamente acreditados, tal como se expuso en la sentencia recurrida, cuestión que no estuvo sujeta a censura.

Acorde con la perspectiva marcada en la pauta jurisprudencial del Consejo de Estado, éste elemento resulta sine qua non para demostrar la existencia de una relación de naturaleza laboral.

Cabe entonces advertir que, en los casos donde se pretenda el reconocimiento de un contrato de realidad, es necesario que la parte interesada acredite, indiscutiblemente, los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente atinente al empleador.

Al respecto, solo se aportó al expediente las órdenes de prestación de servicios²⁹ suscritas entre las partes, así como certificación expedida por el Coordinador Administrativo del Municipio de Toluviéjo³⁰, elementos de juicio que no logran acreditar

²⁸ Cfr. Consejo de Estado, sentencia de 27 de enero de 2011, Exp. 1998-03542-01(0202-10).

²⁹ Folios 83-84, 124-125, 150-151 y 160-161.

³⁰ Folio 18.

| | |
|------------|---|
| Expediente | 70-001-33-33-009-2013-00046-01 |
| Actor | ESMARY DEL ROSARIO PÉREZ CASTRO |
| Demandado | MUNICIPIO DE TOLUVIEJO |
| Acción | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Procedente | JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO |

el elemento subordinación en medio de la prestación del servicio de la señora ESMARY DEL ROSARIO PÉREZ CASTRO.

La parte actora tenía sobre si, la responsabilidad probar los supuestos de hecho en que sustentó sus peticiones, tal como puntualmente lo señala el artículo 167 del CGP, lo que trae como consecuencia la improsperidad de las mismas.

Así las cosas, ante la ausencia de elementos de juicio que acrediten elemento subordinación, la Sala confirmará la sentencia de recurrida, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

3.5 Conclusión

En este orden de ideas, las respuestas a los interrogantes serán negativas, puesto que, por un lado, no se advirtió violación alguna al debido proceso ante la ausencia de la práctica de los testimonios decretados en primera instancia, como tampoco se advirtió causal de nulidad procesal alguna; por otro lado, la parte actora no logró acreditar la configuración del elemento subordinación en medio de la prestación del servicio.

3.6 Costas

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el literal 4° del artículo 365 del CGP, habrá lugar a condenar en costas en esta instancia a la parte demandante, por cuanto el recurso impetrado no tuvo vocación de prosperidad. La liquidación se hará conjuntamente por el Juez de primera instancia, conforme los artículos 365 y 366 del CGP.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de febrero de 2014 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo, con funciones en el sistema oral, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, esto es, la señora ESMARY DEL ROSARIO PÉREZ CASTRO. La liquidación se hará conjuntamente por el Juez de primera instancia, conforme los artículos 365 y 366 del CGP.

| | |
|------------|---|
| Expediente | 70-001-33-33-009-2013-00046-01 |
| Actor | ESMARY DEL ROSARIO PÉREZ CASTRO |
| Demandado | MUNICIPIO DE TOLUVIEJO |
| Acción | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Procedente | JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO |

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala en sesión de la fecha tal como consta en el Acta No. 177.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado

LUÍS CARLOS ALZATE RÍOS
Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
Magistrado
(Con aclaración de voto)