



Cartagena de Indias D.T. y C, veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-013-2013-00086-01
Demandante	MARÍA DEL ROSARIO CARBALLO MASS
Demandado	CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE – CARDIQUE
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema	CONTRATO REALIDAD

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha diecisiete (17) de marzo de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Trece (13) Administrativo del Circuito de Cartagena, que declaró probadas las excepciones propuestas y negó las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. DEMANDA.

2.1.1. PRETENSIONES

La declaratoria de nulidad o revocatoria del acto administrativo contenido en el oficio n° 0005337 de fecha 25 de octubre del año 2012, por medio de la cual se da respuesta a la reclamación administrativa presentada por la parte demandante, el 24 de octubre de 2012, por la cual solicitó a la CARDIQUE el reconocimiento y pago de las pretensiones sociales, como cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, prima de vacaciones, primas de navidad, prima técnica, vacaciones, aportes a pensión y salud, diferencias salariales dejados de pagar, devolución de la retención en la fuente e indemnización por despido injusto.

Existencia de una relación legal y reglamentaria y como consecuencia de ello, se ordene le reconocimiento y pago a la actora de las prestaciones sociales, causadas durante todo el tiempo en que estuvo vinculada a la corporación, bajo la figura del contrato de prestación de servicios directamente o por intermedio de cooperativas.

2.1.2. HECHOS.

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017





Relata la actora, en síntesis, lo siguiente:

Fue vinculada a CARDIQUE desde el día 7 de enero de 2003, hasta el 02 de enero de 2006, bajo la configuración de contratos de prestación de servicios directamente y en últimas por intermedio de la precooperativa PRECOOLABECO.

La corporación, disfrazó inicialmente la relación laboral con contratos de prestación de servicios sucesivos, de diferente fechas, valores, números y duración, suscritos directamente con mi poderdante y desde la celebración de los distintos contratos de prestación de servicios pactados a través de la citada precooperativa, nunca se reconoció ni cancelaron cesantías, intereses de cesantías, primas de servicio, prima de vacaciones, vacaciones, aportes a pensión y salud, conceptos a los que legalmente tenía derecho; por el tiempo en que estuvo vinculada a través de los llamados contratos de prestación de servicios.

La demandante durante todo el tiempo en que estuvo vinculado a Cardique, estuvo sujeto al cumplimiento de horarios de trabajo, debido cumplir el siguiente de 8: 00 A.M a 12:00 m y de 02:00 P.m. a 6:00 PM.

Que la demandada durante el tiempo en que la actora estuvo prestando sus servicios personales, le cancelaba los viáticos y gastos de transporte cuando tenía que desarrollar sus actividades fuera de la jurisdicción del distrito de Cartagena y de acuerdo a la escala de viáticos fijados para los empleados de la Corporación.

Durante el tiempo de prestación de servicios a Cardique la actora no podía ausentarse ni dejar de asistir injustificadamente al lugar de trabajo y en los horarios señalados, debiendo previamente para poder ausentarse o dejar de asistir, obtener permiso de su jefe inmediato.

Durante el tiempo que estuvo vinculada la demandante se dieron los elementos necesarios para la estructuración de un contrato de trabajo propiamente dicho.

2.1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO. (fls. 8)

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

Arts. 138, 161, 162, 163, 164, 188 y ss del CPACA, ley 244 de 1995, art. 8, 25 y 32 del Decreto 1045 de 1978, art. 127 de C.S.T, modificado por el art. 14 de la ley 50 de 1990, art. 51 del Decreto 1848, ley 6 de 1945, art. 17 literal a, ley 61 de 1946, decreto 1042 de 1978, art. 52.

Concepto de violación.



Aduce que, los contratos celebrados entre la actora y la entidad, o es más que una manera de disfrazar la relación legal que le vinculaba con la misma, nunca existió solución de continuidad en la prestación del servicio personal que hizo por más de 7 años, disimuló la verdadera relación laboral que existió para de esa forma eludir el pago de las prestaciones legales a que tiene derecho.

La demandante prestó sus servicios personales, existía una continuada subordinación o dependencia y percibía un salario como retribución del servicio.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

CARDIQUE contesta oportunamente la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones aduciendo que para el presente caso no se dan los presupuestos para que se prospere la institución jurídica del contrato realidad, y –además– propone la excepción de prescripción,

2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Trece (13) Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia proferida el día diecisiete (17) de marzo de 2015, declara probada la excepción de prescripción y niega las pretensiones de la demanda, fundamentando la providencia en que la demandante presentó reclamación administrativa el 24 de octubre de 2012 y la relación contractual que se aduce como simulada finiquitó el 31 de enero de 2006.

Teniendo en cuenta lo anterior y ya siendo claro que la reclamación que se hizo la demandante se hizo 6 años y 9 meses después del rompimiento del vínculo contractual, un término muy superior a tres años; es decir se hizo en forma extemporánea, por lo que se concluye que se extinguió cualquier derecho a su favor por esa causa.

2.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Inconformes con la decisión, la parte accionante por intermedio de su apoderado especial, apeló la decisión de primer grado con fundamento en lo siguiente:

Que el fallo de primera instancia no es proporcionado y tampoco fue ajustada a la constitución ni a la jurisprudencia, se desconoció el trabajo y las obligaciones irrenunciables.

Se desconoce igualmente, que la función administrativa y la atención de los servidores públicos, no pueden prestarse ni desarrollarse con el sacrificio de los



derechos fundamentales de unas pocas personas, que deben soportar injustificadamente una carga social desigual e inequitativa, que conlleve al atropello de la dignidad humana.

Desconoce el principio de protección del trabajo, primacía de la realidad laboral sobre las formas establecidas por los sujetos, así como que el trabajo esta constitucionalmente protegido, de manera especial y mediante principios mínimos fundamentales de igualdad, de irrenunciabilidad de derechos, de remuneración, de estabilidad, de situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho y que el trabajo, en condiciones dignas y justas, es un derecho humano fundamental y el principio fundante del estado social de derecho.

2.5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

El recurso de apelación fue repartido el 24 de septiembre de 2015, por la Oficina de Servicios de Cartagena, correspondiéndole al Despacho del Magistrado que funge como ponente de esta sentencia, a quien la Secretaría del Tribunal le pasó el expediente el día 4 de noviembre de 2015.

Mediante auto de 02 de febrero de 2016 se admitió para su trámite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; y ordenó notificar personalmente al Agente del Ministerio Público.

En providencia calendada 13 de julio de 2016, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Ninguna de las partes presentó alegaciones.

MINISTERIO PÚBLICO.

El agente del Ministerio Público no emitió concepto.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA-

IMPEDIMENTO DEL DR. LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ.

El H. M. Dr. Luis Miguel Villalobos Álvarez, se declara impedido para conocer el presente proceso, en virtud de que concurre en la causal de impedimento prevista en el numeral 9º del artículo 141 del C.G.P; ello porque "*...que sostengo una amistad íntima con el Doctor Heriberto Jose Solis Arrieta, al haber sido compañero de oficina por espacio de once (11) años, por ser este padrino de mi menor hijo. (...)*"

La Sala, luego de revisar los hechos en que se fundamenta el impedimento y la causal invocada, la encuentran procedente; por lo que aceptará el



impedimento manifestado por el Dr. Luis Miguel Villalobos Álvarez, de acuerdo con lo previsto en el artículo 131¹ del C.P.A.C.A, en aras de garantizar la imparcialidad a la que deben ceñirse los Magistrados al momento de resolver sobre cualquier asunto, por tanto el Dr. Luis Miguel Villalobos Álvarez se separa de aprehender el conocimiento del presente proceso, debido a que esa amistad íntima con el apoderado de la parte actora, puede comprometer el perfeccionamiento del acceso a la justicia al que tienen derecho las partes en el asunto.

CONTROL DE LEGALIDAD.

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación impetrado por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 17 de marzo de 2016, por el Juzgado Trece (13) Administrativo del Circuito de Cartagena.

Competencia.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 153 del CPACA, esta Sala es competente para conocer de los recursos de apelación contra sentencias proferidas por los juzgados administrativos, en segunda instancia.

MARCO JURÍDICO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se

¹ Artículo 131. Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos se observarán las siguientes reglas:
(...)

3. Cuando en un Magistrado concurra alguna de las causales señaladas en el artículo anterior, deberá declararse impedido en escrito dirigido al ponente, o a quien le siga en turno si el impedido es este, expresando los hechos en que se fundamenta tan pronto como advierta su existencia, para que la sala, sección o subsección resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento. Si lo encuentra fundado, lo aceptará y sólo cuando se afecte el quórum decisorio se ordenará sorteo de conjuéz.



cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en los artículos 320 y 328 del C.G.P., que consagra:

"Art. 320. Fines de la apelación. *El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.*

Artículo 328. Competencia del superior. *El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.*

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia."

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: "*tantum devolutum quantum appellatum*"².

PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde a este órgano jurisdiccional revisor circunscribirse únicamente al análisis en los términos del recurso de apelación interpuesto por el actor; porque la Litis se centra, en determinar si se configuró una relación legal y reglamentaria cubierta bajo el manto del contrato de prestación de servicios y al reconocimiento y pago de las acreencias laborales dejadas de percibir y en caso positivo revisar el tema de la prescripción extintiva de los derechos laborales reclamados por el actor.

² El principio contenido en el aforismo latino *Tantum Devolutum Quantum Appellatum*, indica que, en la apelación, la competencia del superior solo alcanza a la resolución impugnada y a su tramitación.



TESIS.

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, pero por los argumentos expuesto en esta providencia, debido a que el *a-quo* no estudió, si se configura o no los elementos que enmarcan el contrato realidad entre la actora y el demandado, por lo que al no hacerlo no podía haber estudiado el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho y por no estar demostrada la relación laboral se negarán las pretensiones de la demanda.

LÍNEA JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

El Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado en un sin número de veces respecto a la figura del contrato de prestación de servicios, el cual se trae a colación un extracto de la siguiente:

"Jurisprudencia Relacionada con el Contrato de Prestación de Servicios La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1.997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y aquel de prestación de servicios, así:

"b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas. Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios."

Lo anterior significa, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.

La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

"Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público."



Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: María Zulay Ramírez Orozco, manifestó:

"6. Es inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la litis, consistente en la prestación de servicios bajo la forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad desplegada por empleados públicos, dado que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen ordenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada.

Y lo es, en primer término, porque por mandato legal, tal convención no tiene otro propósito que el desarrollo de labores "relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad"; lo que significa que la circunstancia de lugar en que se apoya la pretendida identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, carece de fundamento válido. Son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b.) que requiera de conocimientos especializados la labor (art. 32 L. 80/93).

Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.

Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.

En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales."

En dicho fallo se concluyó lo siguiente:

1. El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.
2. No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.
3. No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestacional.



4. La situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo, que con la Administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.

5. Se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico.

Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (artículo 53 C.P.).

Tal posición ha sido adoptada por la Sala en los siguientes términos:

"De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional. (...)

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los periodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público: (...)

Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad."

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.³

En un pronunciamiento más reciente el Honorable Consejo de Estado⁴ en su Sección Segunda encargada de solucionar las litis que se originan en materia laboral ha manifestado respecto del contrato realidad lo siguiente:

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "B" CONSEJERA PONENTE: DRA. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ Bogotá D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014) REF: EXPEDIENTE No. 68001-23-33-000-2013-00161-01 No. INTERNO: 0739-2014 ACTOR: ELKIN HERNÁNDEZ ABREO AUTORIDADES NACIONALES.

⁴ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.- Bogotá, D.C., cuatro (04) de febrero dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15) Actor: HERNÁN DE JESÚS GUTIERREZ URIBE. Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJERCITO NACIONAL.



"La realidad sobre las formalidades evidenciadas en las relaciones de trabajo, hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53 de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad. Es preciso destacar que se ha denominado contrato realidad aquél que, teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma. Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral".

Se concluye de lo citado que para que se esté en una situación donde se quiere disfrazar un contrato laboral con el de prestación de servicios se deben estructurar los elementos de la relación laboral – prestación personal del servicio, subordinación o dependencia y un salario como retribución del servicio -, pero sobre todo la subordinación, elemento esencial que determina la configuración del contrato laboral.

PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD⁵.

En lo que tiene que ver con la prescripción de los derechos derivados del contrato realidad la alta superioridad en lo contencioso unifico criterio respecto del tema disponiendo lo siguiente:

"Si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la "...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador. Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16 Actor: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL Demandado: MUNICIPIO DE CIÉNAGA DE ORO (CÓRDOBA)



de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales."

Se extrae de la cita jurisprudencia de unificación que los derechos a la seguridad social son imprescriptibles que pese a que se configure para las acreencias labores no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional.

Caso concreto.

Antes de abordar el estudio de la prescripción extintiva del derecho laboral, tal y como se explicó en el marco normativo de esta providencia y con base a lo dispuesto por la jurisprudencia del más alto tribunal de lo contencioso administrativo, debe estudiarse si se configura el contrato realidad, en el presente caso, debido a que al ser imprescriptible los aportes a pensión, se debe tener derecho a estos, por lo que obliga al operador judicial hacer el estudio de si se configura el contrato realidad.

La Sala entra estudiar el acervo probatorio obrante en el proceso y la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, para proceder a determinar si se dan los presupuestos de un contrato realidad, se extrae:

Que la demandante, solicitó el día 24 de octubre de 2014, a la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique, reconocimiento y pago de las acreencias laborales, previo reconocimiento de la existencia de una relación legal y reglamentaria.

De acuerdo a la certificación expedida el 06 de febrero de 2012, por la Secretaría General de la Corporación demandada (visible a folios 41 y 42 de la carpeta No. 1) la demandante celebró con dicha entidad los siguientes contratos y/o órdenes de prestación de servicios:

CON CARDIQUE:

- Contrato de prestación de servicios profesionales n°:
- 079 DEL 07-01-2003 con duración de un mes y 22 días.

POR MEDIO DE PRECOOLABECO:

- 096 de 05-04-2002 por 4 meses.

Código: FCA - 008

Versión: 02

Fecha: 18-07-2017





- 160 de 05-08-2002 por 5 meses.
- 022 de 03-03-2003 por 3 meses.
- 059 de 04-06-2003 por 3 meses.
- 106 de 06-10-2003 por 3 meses.
- 004 de 22-01-2004 por 11 meses y nueve (9) días.
- 002 de 02-01-2006 por un mes.

El desarrollo de los contratos era prestar sus servicios profesionales desarrollando en el laboratorio de calidad ambiental de CARDIQUE la tabulación y prestación final de las encuestas formuladas a los diferentes usuarios del laboratorio, en el primero de ellos y en los demás: Prestación de servicios profesionales para el desarrollo de actividades en el Laboratorio de

En respuesta a la solicitud radicada para el efecto el Director General de Cardique, manifiesta que no le puede reconocer sus prestaciones, debido a que la actora prestó sus servicios a través de contratos de prestación de servicios.

Se extrae del plenario la planta de cargos de Cardique, la cual está conformada de la siguiente manera:

<p>Conforme a la resolución nº 00411 de 27 de diciembre de 1995:</p> <ul style="list-style-type: none"> 1- Director general 1- secretario ejecutivo. 1- Secretario general 3- subdirectores general 1- jefe de la oficina 1- profesional especializado grado 19 3- profesionales especializados grado 17 2- técnicos administrativos 6- secretarios. 	<p>Conforme a la resolución nº 0831 del 30 de diciembre de 1998:</p> <ul style="list-style-type: none"> 1- director general 1- secretario ejecutivo. 1- secretario general 3- subdirector general 1- jefe de oficina 1- jefe de laboratorio ambiental 1- profesional especializado 9- profesional especializado 1- profesional universitario 4- técnico administrativo 1- tecnólogo en control de calidad 6- secretaria 1- auxiliar administrativo grado 13 2- auxiliar administrativo grado 7 1- conductor mecánico 2- auxiliar servicios generales
---	--

Contratos de prestación de servicios profesionales celebrado entre la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique y la actora que vienen incluidos en los antecedentes administrativos.

Control de horario de entrada y salida del personal, dirigido al Subdirector de Gestión Ambiental y Subdirectora de Planeación, suscrita por el Subdirector Administrativo y Financiero el cual se expone:

"como quiera que la Dirección de la Corporación ha venido detectando los reiterados incumplimientos en el horario de labores tanto del personal de planta como de los contratistas, solicitamos a ustedes complementar el control que partir





de la fecha se ha establecido, el cual consiste en registrar las horas de entrada y salida, del personal de planta, en un libro que para tal fin deberá llevar el vigilante de turno. **En cuanto a los contratistas, si bien no es procedente la utilización del mismo sistema, queda a discrecionalidad de ustedes adoptar las medidas que consideren prudentes para garantizar el cumplimiento del horario de labores y en caso de incumplimiento implementar los correctivos que corresponda.**"

Memorando interno suscrito por el Director General de Cardique, dirigido al personal de la plurimencionada entidad del cual dispone:

"me permito recordarles que el horario de trabajo no ha sido modificado por tanto los requiero para que den cumplimiento al mismo el cual es de 8:00 a 12:00 a.m. y de 2:00 a 6:00, en caso contrario me veré obligado a tomar las medidas pertinentes por el cumplimiento del mismo."

Igualmente se encuentran en el expediente las declaraciones rendidas por SANDRA PATERNINA URIBARREN e ILDEFONSO CASTRO ANGULO, donde se pudo extraer que la actora cumplía horario y debía asistir todos los días a las instalaciones de la corporación y tenía que cumplir con las actividades asignadas, que había exigencia de cumplir horario, que no se podía ausentar sin permiso del jefe inmediato, que cumplía las mismas funciones como contratista que como profesional vinculada a la entidad.

Sin embargo los anteriores testigos están en las mismas condiciones judiciales de la demandante pues laboran para CARDIQUE vía precooperativa, por lo que su valoración probatoria se hará de acuerdo con la sana crítica.

A pesar que SANDRA PATERNINA URIBARREN precisa que "el jefe de la precooperativa trabajaba directamente con Cardique como jefe de laboratorio de calidad ambiental", no aparece esa aseveración debidamente acreditada en los autos, lo que era fácilmente acreditable.

ILDEFONSO CASTRO ANGULO tiene iterado un proceso judicial por las mismas razones y aduciendo las mismas razones que aquí se debaten, lo que pone en tela de juicio su dicho, máxime si asevera haber sido parte del equipo que diseñó el laboratorio de Cardique.

De las pruebas anteriormente enunciadas, estima la Sala que la demandante prestó sus servicios como tecnóloga en Cardique, mediante contratos de prestación de servicios, con intervalos mínimos de meses, tal y como se dijo anteriormente.

Asimismo, está demostrado con la copia de los documentos contentivos de los contratos de prestación de servicios y las certificaciones de tiempo de servicio, la existencia de dos de los elementos de la relación laboral: por un lado, la prestación personal del servicio, por cuanto efectivamente la demandante fue contratada por Cardique como tecnóloga en promoción social, lo que implica que fue quien prestó el servicio; y por otro, la remuneración por el trabajo



cumplido, como quiera que en dichos contratos de prestación de servicios se estipuló un "valor del contrato" con cargo a los recursos presupuestales de la entidad territorial, es decir, la suma de dinero que tenía derecho a percibir y la modalidad del pago, lo que se entiende como la remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios o salario), que en este caso le era pagada de forma mensual debido a que los contratos estipulaban ser pagaderos el último día hábil de cada mes.

En relación con la subordinación, como último elemento de la relación laboral y el más importante debido a que en este radica la diferencia entre un contrato de prestación de servicios y uno laboral y así lo dispuesto la jurisprudencia⁶ contenciosa.

En el orden de ideas antes expuesto el único elemento que distingue el contrato de prestación de servicios del contrato laboral, es el elemento subordinación que pasamos a estudiar a continuación.

En el caso sub examine, se plantea la existencia de una relación laboral disfrazada bajo la figura del contrato de prestación de servicios, lo cual no se encuentra demostrado, por las siguientes razones:

La parte demandante para acreditar el elemento subordinación alega que el contratista prestó el servicio personal y que recibía órdenes a través de las órdenes de su jefe inmediato, cumpliendo con horario laboral y desarrollando actividades misionales permanentes.

A la anterior afirmación, la Sala argumenta que, de lo dispuesto en el artículo 32 de la ley 80 del 1993, se desprende que las entidades estatales podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, cuando dichas actividades no se puedan realizar con personal de planta, ya sea porque el personal de planta no tenga los conocimientos especiales que el servicio requiere o por que el personal de planta sea insuficiente. En el caso sub judice del contenido de los contratos de prestación de servicios, se desprende que, se celebraron porque la entidad contratante no tiene dentro de su planta de personal actual, las personas con experiencia y conocimiento necesario, que puedan realizar la actividad a contratar, cosa que resulta ajustada a la ley.

Indica la parte actora que el servicio a que se refieren los contratos de prestación en comentario fue prestado en el periodo comprendido entre 20 de noviembre de 1998 al 03 de enero de 2004. Si bien es cierto se denota una prestación duradera del servicios, al respecto la Sala anota que el contrato

⁶ Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 05001233100020050090201 (31472014), Abr. 21/16
Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017





de prestación de servicios, no es que se deba prestar por un tiempo corto, sino por el tiempo estrictamente indispensable, de tal manera que no es la duración del contrato lo que configura la relación laboral sino que la ley prohíbe que los contratos de prestaciones de servicios se celebren por mayor tiempo del necesario, para evitar así que ciertas relaciones laborales se celebren bajo el ropaje de prestación de servicios, pero, se reitera, este hecho tampoco faculta para manifestar que cuando el contrato de prestación de servicios se celebra por periodos largos estemos en presencia de una relación laboral.

Argumenta también la parte actora que el servicio lo prestó dentro del horario establecido por la entidad contratante, en los sitios dispuestos por la misma y bajo la coordinación esta.

Lo anterior tampoco convierte *per se* al contrato de prestación de servicios en una relación laboral debido a que resulta razonable que el contrato de prestación de servicios se ejecutó en los lugares y en las horas en que la entidad contratante tenga la necesidad del servicio. Igualmente puede decirse en relación con la coordinación del servicio porque toda la entidad que contrata un servicio debe vigilar que el objeto del contrato se cumpla en las condiciones estipuladas en las cláusulas respectivas.

Así mismo, del memorando que aporta como prueba, si bien es cierto va dirigido a todo el personal de planta y contratista no se evidenció y/o la actora no demostró que este la cobijará a ella, debido a que la orden en genérica y dirigido al Subdirector de Gestión Ambiental y Subdirectora de Planeación, por lo que no es de recibo que el simple hecho de un llamado de atención de manera común, sin especificación alguna pueda tenerse como una orden directa.

Por otra parte, alega la parte actora que el servicio que se estipuló en los contratos de prestación de servicios fue prestado bajo las órdenes dadas por la entidad contratante. Lo que se encuentra acreditado en el proceso es que existía una supervisión de parte de la entidad y además exigía un informe acerca de la manera como se había prestado el servicio, pero este informe es apenas un medio para que la entidad contratante pudiera supervisar la manera como se prestó el servicio, más no constituye un elemento de subordinación que califique el servicio como de naturaleza laboral, porque al profesional, a la que alude esta sentencia, la entidad demandada no le daba órdenes relacionadas con sus conocimientos técnicos o profesionales. No se encuentra acreditado en el proceso que la entidad contratante haya dado órdenes de este tipo al contratista, que son las que en definitiva convertirían a la relación en subordinada.



Como corolario de todo lo enteramente expuesto puede afirmarse que de los contratos de prestación de servicios allegados al proceso se desprende que el contratista y la parte actora de manera libre y espontánea pactaron lo relativo al contrato de prestación de servicios, como forma de pago, objeto, entre otras cláusulas, y que prima la autonomía del contratista.

Al no desvirtuarse⁷ el contrato de prestación de servicios, no es procedente la declaración del "Contrato Realidad", no puede tener la misma connotación del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, ni generar un trato similar al que tiene un empleado público de planta.

Por lo anterior debido a que la parte actora no pudo demostrar el elemento esencial del contrato laboral, teniendo la obligación de hacerlo de acuerdo con estipulado por Honorable Consejo de Estado⁸ en su Jurisprudencia la cual ha desarrollado el principio de autorresponsabilidad de la prueba conforme a la interpretación analógica del artículo 167 del C.G.P. aplicado por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011, advierte que la carga probatoria que está obligado a cumplir quien tiene interés en salir victorioso en sus pretensiones o sus excepciones. Así lo ha señalado de manera uniforme la jurisprudencia.

Conforme con lo antes señalado, se considera por parte de este operador judicial que no existe prueba que acredite la continuada subordinación y dependencia que alega la demandante, que existió en desarrollo del contrato de prestación de servicios como tecnóloga, por cuanto que, no se evidencia el cumplimiento de órdenes, instrucciones, directrices, lineamientos impartidos por el contratante- hoy demandado- acerca de la manera o forma y temporalidad – horarios- en que el actor debía ejecutar su labor.

A manera de conclusión puede decirse que lo que tipifica una relación como laboral o como contractual, no es por si solo el hecho de que exista un cumplimiento de un horario, o que el servicio se preste en oficinas del contratante o que se preste de manera personal o que se preste bajo la

⁷ Consejo de Estado. Sección II. 17/08/2011. Exp. 1079-09. MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la cual manifestó:

"La viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante. Se debe desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia de la relación laboral real. Especialmente, se debe probar la subordinación, elemento que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta, lo que obliga al análisis en conjunto probatorio que acompaña el expediente en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio en éste caso."

⁸ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.- Bogotá, D.C., cuatro (04) de febrero dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15) Actor: HERNÁN DE JESÚS GUTIERREZ URIBE. Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJERCITO NACIONAL.



supervisión del contratante. La jurisprudencia colombiana ha sido clara al afirmar que es el juez quien en cada caso concreto y dado las circunstancias en la que se celebró el contrato y a la manera que se prestó el servicio, quien debe calificar si la relación es laboral o contractual. Para ello el juez debe tener en cuenta principalmente, si la manera como se presta el servicio fue acordada libremente por las partes o por el contrario fue impuesta por el contratante. Igualmente debe distinguir la Corporación, el concepto de supervisión y vigilancia del concepto de subordinación o dependencia debido a que supervisar y vigilar no necesariamente implica subordinación y dependencia, sobre todo cuando el contratista tiene libertad para disponer sobre la manera como presta el servicio en cuanto a conocimientos técnicos y profesionales se refiere.

Por todo lo anteriormente expuesto la Sala de decisión concluye en el caso sub examine, no se encuentra demostrada la existencia de una relación laboral, sino meramente contractual y por tanto confirmara la decisión de primera instancia, no por lo expuesto en ella, si no por lo expresado en esta providencia.

Costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1º del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

En orden a lo anterior, esta Sala de Decisión condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, debido a que a estas se le desató desfavorablemente el recurso.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral N° 1, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA:

PRIMERO. DECLARASE fundado el impedimento manifestado por el doctor Luis Miguel Villalobos Álvarez, como Magistrado integrante de la Sala de Decisión n°



1, de este Tribunal, en consecuencia, acéptasele y sepárese del conocimiento del presente proceso.

SEGUNDO. CONFIRMASE la sentencia apelada, conforme a la parte motiva.

TERCERO. CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

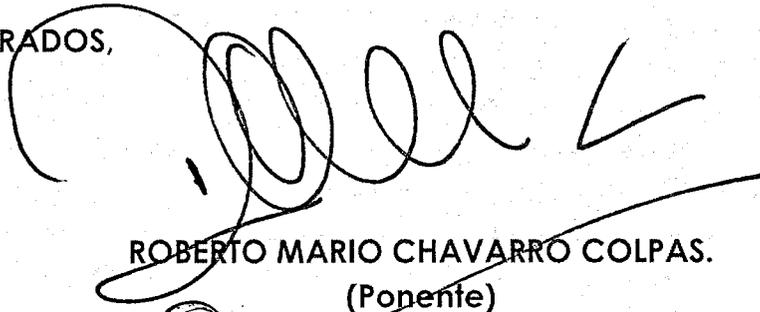
CUARTO. NOTIFÍQUESE la presente sentencia.

NOVENO. Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

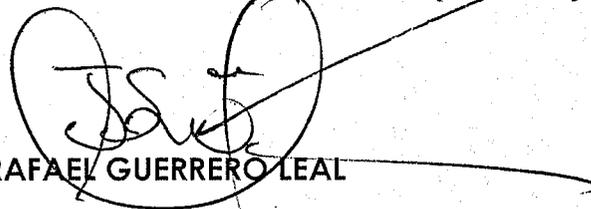
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)



JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

- CON IMPEDIMENTO -

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ