



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, treinta y uno (31) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2014-00218-00.
Demandante: Francelina Rosa Chamorro Arias.
Demandado: Universidad de Sucre.
Temas: Contrato realidad.

SENTENCIA N° 037

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA.

1.1.1. PARTES.

- Demandante: FRANCELINA ROSA CHAMORRO ARIAS, identificada con la cédula de ciudadanía N° 42.204.780 expedida en Corozal - Sucre, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado: UNIVERSIDAD DE SUCRE.

¹ Folio 74 del expediente

1.1.2. PRETENSIONES.

Primera: Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N° 300-122/14 de fecha 05 de mayo de 2014 y en consecuencia declarar que entre las partes existió una relación laboral.

Segunda: Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento declarar que no existió solución de continuidad y por consiguiente ordenar pagarle las prestaciones sociales dejadas de cancelar durante el tiempo que perduró la relación laboral.

Tercera: Se ordene el reconocimiento y pago de los siguientes conceptos:

- Diferencia de salarios dejados de devengar en relación con el salario estipulado en la planta de personal para auxiliares de servicios generales.
- La compensación de las vacaciones legales.
- Prima de vacaciones legales.
- Prima de servicios.
- Cesantías definitivas.
- Intereses de Cesantías.
- Devolución de aportes de salud y pensión.
- Devolución de lo pagado por rete fuente.
- Reconocimiento de bono pensional.
- Indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales.
- Prima de navidad.
- Auxilio de transporte.
- Subsidio de alimento.
- Bonificación por servicios prestados.
- Bonificación por recreación.
- Calzado y vestido de labor.
- Recargos nocturnos.
- Dominicales y festivos.

Cuarta: Que se ordene la respectiva indexación sobre las sumas adeudadas.

1.1.3. HECHOS.

Indica que, prestó sus servicios personales a la UNIVERSIDAD DE SUCRE, mediante contratos de prestación de servicios, como Auxiliar de Servicios Generales, desde el día 12 de febrero de 1986 hasta el 12 de febrero de 1987 y desde el 05 de enero de 1987 hasta el 05 de julio de 1987.

Refiere que, si bien su vinculación con la UNIVERSIDAD DE SUCRE, se realizó a través de los denominados contratos de prestación de servicios personales, la realidad contractual que se materializó fue la de un contrato de trabajo, pues se evidenciaron los tres elementos de una relación laboral, como lo son la prestación personal del servicio, salario y la continuada subordinación, esta última reflejaba en el cumplimiento de un horario y el obedecimiento de instrucciones u órdenes impartidas por el rector del establecimiento universitario.

Señala que, las funciones asignadas eran ejecutadas en las instalaciones y con elementos de trabajo dotados por la entidad demandada.

Afirma que, laboraba de lunes a viernes en horario de ocho horas diarias, con destinación exclusiva a dicha actividad.

Anota que, el día 04 de abril de 2014, presentó derecho de petición ante el ente accionado, solicitando que se declarara que entre las partes existió una verdadera relación laboral y como consecuencia se ordenara el pago de las prestaciones sociales adeudadas, obteniendo por la UNIVERSIDAD DE SUCRE, respuesta negativa materializada en el oficio N° 300-122/14 del 05 de mayo de 2014.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos constitucionales y legales:

Constitución Política: Artículos. 25, 53, 122.

Legales: Artículo 3° del Decreto 2127 de 1945; artículo 6° del Decreto 1160 de 1947; artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Manifiesta que, la utilización del contrato de prestación de servicios debe darse dentro de la Administración solo de forma temporal. En el momento en el que la actividad desempeñada por el contratista se torne en una necesidad de carácter permanente para la organización, surge la obligación para la autoridad administrativa, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 122 de la Constitución, de crear el empleo público correspondiente y asignar el respectivo titular mediante las ritualidades o formas que impone el ordenamiento jurídico. La temporalidad, entonces, no constituye una mera característica accidental del negocio jurídico sino que es el presupuesto mismo de su existencia y de su validez.

Expresa que, se denota una clara desviación de poder cuando, excusándose la administración en el carácter técnico de una actividad, durante años celebra contratos de prestación de servicio para el adelanto de la misma. Tal actitud muestra que se está ante una labor que debe llevarse a cabo de forma frecuente, lo cual a su vez justifica y, es más, impone la utilización de la potestad de auto organización para modificar la respectiva planta de personal.

Declara que, de acuerdo con el principio de la realidad sobre la formas consagrada en el artículo 53 de la Constitución, la entrega de fuerza de trabajo que hace una persona a otra (pública o privada) bajo comprobadas condiciones de subordinación, da lugar al nacimiento de una relación de trabajo, con independencia del acto o causa que le de origen. No importa, así, la denominación que den las partes al acuerdo de voluntades, los supuestos fácticos son determinantes y producen efectos jurídicos sin importar que el título o denominación dada que haga referencia a una contrato estatal, civil o mercantil.

Explica que, si la entidad administrativa vincula a un individuo utilizando el ropaje del contrato de prestación de servicio para enmascarar una relación laboral de carácter administrativo, una vez comprobada esta circunstancia por el Juez competente y al constatarse la existencia de derechos fundamentales amparables, surge para esta la obligación de pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir de acuerdo con el régimen jurídico concreto que se haya pretendido eludir².

² Corte Constitucional, Sentencia T-335 de 2004. M.P.: Dra. Clara Inés Vergas Hernández.

Apunta que, El Oficio N° 300-122/14 de fecha 05 de mayo de 2014, también esta falsamente motivado, por cuanto los motivos invocados por el nominador para negar lo pedido no han sido desvirtuado realmente; como es que no haya existido subordinación, dependencia, cumplimiento de horario, remuneración, acatamiento de órdenes, sino que simplemente lo enuncia, estos motivos no son válidos y con ello se menoscaba lo estipulado por los artículos 25 y 53 de la C. P, en virtud de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se recuerda igualmente, que en materia laboral, la ley siempre protege al trabajador por ser el más indefenso dentro de la relación laboral.

Advierte que, el Oficio deprecado por ningún lado de sus considerandos desvirtúa la imputación de no haber tenido una vinculación laboral, ni mucho menos presenta en sus consideraciones que la señora FRANCELINA CHAMORRO ARIAS, actuaba en las calidades que regula el Artículo 32 Numeral 3 de la Ley 80 de 1993.

Recalca que, si bien la UNIVERSIDAD DE SUCRE, argumentó la prescripción de los derechos pretendidos, esto no aplica en este caso, pues en situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato” (Consejo de Estado Rad. IJ-0039, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda), Y lo anterior tiene su razón de ser en que la normatividad que regula lo relacionado con las Prestaciones Sociales de los empleados del orden territorial, son las que ya se transcribieron en el acápite de Normas Violadas, es decir, La Ley 6 de 1945, Ley 65 de 1946; Decreto 1160 de 1947, Decreto 1045 de 1978, las cuales por ningún lado hablan de la aludida prescripción de que habla la demandada.

Estima que, resultaría absurdo hablar de la prescripción del derecho a percibir prestaciones cuando aún no ha nacido a la vida jurídica la exigibilidad las prestaciones sociales, siendo que la misma necesita que se dicte la sentencia definitiva que reconozca que existió un verdadero contrato de trabajo, entonces es a partir de allí que comienza a correr el fenómeno de la Prescripción trienal.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 20 de octubre de 2014³.
- El Despacho mediante auto del 30 de octubre de 2014⁴, inadmitió la demanda.
- Mediante escrito presentado con fecha 10 de diciembre de 2014⁵, la parte demandante subsana la demanda.
- A través de providencia de fecha 26 de enero de 2015⁶, se admitió el medio de control, decisión comunicada a través de estado electrónico N° 002 del 27 de enero de 2015⁷.
- La demanda fue notificada a las partes el día 21 de abril de 2015⁸.
- El apoderado de la parte demandada, mediante escrito recibido con fecha 29 de mayo de 2015⁹, presenta contestación de la demanda.
- Con fecha 28 de octubre de 2015¹⁰, se dio por contestada la demanda y se fijó el día 03 de mayo de 2016 a partir de las 09:00 a.m. para llevar a cabo audiencia inicial.
- El día 25 de agosto de 2016¹¹, se llevó a cabo audiencia inicial, fijando fecha para audiencia de pruebas, para el día 20 de septiembre de 2016 a partir de las 08:30 a.m.
- Con fecha 20 de septiembre de 2016¹², se realizó audiencia de pruebas y se corre traslado a las partes por el término común de 10 días, para presentar sus alegatos de conclusión.
- El apoderado de la parte demandante, mediante memorial presentado ante este despacho el 27 de septiembre de 2016¹³, aporta alegatos de conclusión. De igual forma lo hace el apoderado demandante con fecha 04 de octubre de 2016¹⁴.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹⁵.

La UNIVERSIDAD DE SUCRE, contestó la demanda en término legal, señalando que se oponen a las pretensiones de la misma.

³ Folio 63 del expediente

⁴ Folio 65 del expediente

⁵ Folio 72 - 74 del expediente

⁶ Folio 76 del expediente

⁷ Folio 77 del expediente

⁸ Folio 84 - 89 del expediente

⁹ Folio 96 - 110 del expediente

¹⁰ Folio 114 del expediente

¹¹ Folio 128 - 129 del expediente.

¹² Folio 133 - 135 del expediente.

¹³ Folio 140 - 144 del expediente.

¹⁴ Folio 145 - 169 del expediente.

¹⁵ Folio 96 - 110 del expediente.

Atinente a los hechos de la demanda, aceptó como parcialmente ciertos el 1º, 3º, 12º y 13º; negó la existencia del 2º, 5º, 8º, 9º y 11º. Indicó no constarle el 4º, 7º y 10º. Sobre el 6º afirma que no es una situación fáctica.

Como fundamento de su defensa argumenta que, de acuerdo a las pruebas que obran en el expediente, se encuentra plenamente demostrado que entre la parte demandante y la UNIVERSIDAD DE SUCRE, nunca existió un contrato de trabajo, ni en el plano formal ni en el material.

Resalta que, no existe probanza alguna que acredite la existencia de los elementos requeridos por la jurisprudencia de las diferentes jurisdicciones para que se configure la existencia material de un contrato de trabajo, máxime cuando lo que en realidad aconteció es que el demandante prestó sus servicios a la UNIVERSIDAD DE SUCRE en el marco de una relación netamente contractual con completa autonomía e independencia.

Como excepciones de fondo propuso la de prescripción de los derechos laborales reclamados e inexistencia de la relación laboral entre las partes,

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE¹⁶:

La parte demandante, se refirmó en los hechos y pretensiones.

Alega que, sin lugar a dudas la relación laboral de la señora FRANCELINA ROSA CHAMORRO ARIAS con la UNIVERSIDAD DE SUCRE, fue un verdadero contrato de trabajo, puesto que reunía los requisitos que para tal efecto señala el artículo 2 del decreto 2127 de 1945.

Asevera que, la demandante prestó sus servicios personales a la entidad demandada como Auxiliar de Servicios Generales, percibiendo una contraprestación económica por ello y bajo dependencia de su patrono.

¹⁶ Folio 145 - 169 del expediente.

Destaca que, la actora laboraba con la UNIVERSIDAD DE SUCRE cumpliendo un horario de trabajo, que iba de lunes a viernes entre las 08.00 a.m. a 12:00 m y de 02:00 p.m. a 06:00 p.m. y para ejecutar la labor encomendada se le asignaron elementos de trabajo tales como trapero, baldes, etc.

Agrega que, Las funciones de Auxiliar de Servicios Generales, se desempeñaron bajo estrictas instrucciones, sin que existiera autonomía, sino total subordinación y dependencia de la institución y la accionante desempeñó la labor con carácter exclusivo, pues la dedicación y la jornada de trabajo no le permitían realizar otras funciones.

1.4.2. LA ENTIDAD DEMANDADA¹⁷:

Estipula que, la parte demandante no logró demostrar la existencia de los elementos necesarios para la configuración de una relación laboral aun cuando tenía obligación de hacerlo.

Demarca que, no se probó que durante la ejecución del contrato a la demandante se le hayas impuesto por la entidad demandada el cumplimiento de horario alguno, ni mucho menos que haya recibido órdenes por parte de los agentes de la UNIVERSIDAD DE SUCRE, es decir no se demostró la existencia de la subordinación alegada.

Expresa que, el testimonio rendido dentro del proceso carece de precisión absoluta al establecer la existencia de una subordinación en la prestación del servicio por la demandante, en razón a que dicho testigo no tenía relación directa ni permanente con la ejecución del objeto contractual adelantada por la accionante, por lo que sus respuestas son meras conjeturas y suposiciones.

Arguye que, de las pruebas obrantes en el expediente, en el marco de la relación contractual, le fueron reconocidos a la demandante los respectivos honorarios pactados en los contratos, motivo por el cual nunca podría hablarse de reconocimientos por parte de la UNIVERSIDAD DE SUCRE, de salarios y mucho menos otros emolumentos que estuvieran por fuera de lo pactado.

¹⁷ Folio 140 - 144 del expediente.

Aduce que, el objeto contractual ejecutado por el contratista se determinó de acuerdo a las disposiciones legales que regían el contrato de prestación de servicios para la época en que el demandante celebró los contratos respectivos, por lo tanto por mandato de la ley, el desarrollo del mismo nunca configuró, ni en lo jurídico ni en lo fáctico, un contrato de trabajo o una relación laboral, máxime cuando la UNIVERSIDAD DE SUCRE, al celebrar los mencionados contratos actuó bajo el principio de buena fe, situación que tampoco se desvirtuó por la parte demandante.

Marca que, la parte demandante no demostró que haya sido beneficiaria de planes de salud ocupacional, ni que se le haya entregado carnet alguno.

1.4.3. MINISTERIO DE PÚBLICO: No emitió concepto de fondo.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. COMPETENCIA:

El Juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N° 300 – 122/14 de fecha 05 de mayo de 2014, expedido por el Rector de la UNIVERSIDAD DE SUCRE, mediante la cual se negó la relación laboral existente entre las partes y el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y demás emolumentos laborales, durante el tiempo que la actora se desempeñó como Auxiliar de Servicios Generales, en el período comprendido entre el día 12 de febrero de 1986 hasta el 12 de febrero de 1987 y desde el 05 de enero de 1987 hasta el 05 de julio de 1987.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico dentro del sub lite se centra en determinar si, ¿entre la entidad demandada y la parte demandante existió una verdadera relación de trabajo en atención a la aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales y si es procedente el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales reclamadas por la parte actora en contra de la parte accionada.

Para solventar el mérito del sub examine, se hará alusión a los temas alegados en el proceso, a saber: (I) Línea jurisprudencial frente al contrato realidad (indemnización en el contrato realidad, prueba de los elementos del contrato realidad y principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación laboral. antes de la vigencia de la constitución política de 1991). (II) caso concreto.

2.4. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO. MARCO JURISPRUDENCIAL.

En sentencia C – 154 de 1997, la Corte Constitucional estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y el contrato de prestación de servicios, de la siguiente manera:

“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

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

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano

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

En sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P: Víctor Hernando Alvarado Ardila, 17 de marzo de 2011, Radicación número: 47001-23-31-000-2005-00818-01(1017- 10), se dijo:

“El tema del contrato de prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales; sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Dr. 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 empleador, 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 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”.

El Tribunal Administrativo de Sucre, en sentencia del 26 de septiembre de 2013, manifestó frente a la posibilidad que exista una relación laboral, que no precisamente sea conducida por la celebración de contratos de prestación de servicios, partiendo de precisiones jurisprudenciales hechas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, que:

“... Sin embargo, la H. Corte Constitucional ha puntualizado que, es claro que en la realidad los municipios, y Estado en general, en ocasiones se benefician del trabajo personal y subordinado sin satisfacer las condiciones jurídicas, establecidas en la constitución y la ley, como indispensables para una vinculación laboral en forma. Pero eso no significa que no haya vinculación laboral. Aceptar que sólo la inobservancia de las formas jurídicas de vinculación en regla, puede ser desvirtuado por completo el carácter laboral de una relación de prestación de servicios personales y subordinados, es concederle primacía a la forma sobre la realidad; eso es tanto como desconocer la Constitución; porque esta última ordena justamente lo contrario: concederle primacía a la realidad sobre las formas (art. 53 C.P.)

Por tanto, cuando la justicia advierte que una persona le ha prestado sus servicios personal y subordinadamente a un ente territorial, pero no tiene la investidura de trabajador oficial, no puede simplemente absolver a dicha administración; podría hacerlo si con seguridad el demandante es empleado público, pues en ese caso este tendría la oportunidad de ventilar sus pretensiones en la jurisdicción competente: la justicia contencioso administrativa; pero si hay razones para concluir que el peticionario no es ni trabajador oficial ni empleado público, la justicia debe decidir el fondo de cuestión de manera congruente: establecer si hubo relación de trabajo personal y subordinado; en caso afirmativo condenar a aquella entidad al pago de los emolumentos laborales dejados de cancelar”.

2.4.1. LA INDEMNIZACIÓN EN EL CONTRATO REALIDAD.

La tesis que actualmente maneja el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, que sigue los lineamientos del Honorable Consejo de Estado, al momento de indemnizar este tipo de controversias, se limita a condenar al pago de las prestaciones sociales ordinarias que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios.

En efecto al respecto se ha pronunciado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“PRESTACIONES SOCIALES”¹⁸

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. SECC.SEGUNDA C.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ 19 febrero 2009.Rad:3074-05 Actor: ANA REINALDA TRIANA VIUCHI

Una de las consecuencias de la relación laboral es precisamente otorgar al trabajador los derechos, obligaciones y beneficios inherentes a su condición, siendo la justificación principal para reconocer dicho status.

Este tema no ha sido ajeno a la Sección Segunda de esta Corporación, que se ha pronunciado en reiteradas sentencias sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Mediante providencia de 16 de febrero de 2005, M. P. Tarsicio Cáceres Toro, Exp. 3130-04, reconoció el pago de una indemnización equivalente a las prestaciones sociales ordinarias liquidadas, de la siguiente manera:

*“En esas condiciones, aunque realmente **no se trata de una relación legal y reglamentaria**, no es menos cierto que la persona que labora en esas condiciones lo hace en forma similar al empleado público con funciones administrativas de apoyo para el personal de salud, que si es esencial para el objeto del Ente. No obstante lo anterior, teniendo en cuenta los principios de equidad e igualdad, hasta donde es posible admitir, la Jurisdicción ha aceptado que es procedente reconocer **al contratista unos derechos consistentes en el reconocimiento y pago de INDEMNIZACION por lo que ha dejado de percibir en forma equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que reciben esa clase de empleados de la entidad pero liquidables teniendo en cuenta los “honorarios” pactados en los contratos.**”(Negrilla del texto)*

Dicho argumento es justificado, en que como quien pretende demostrar el contrato realidad, no ostenta la calidad legal de empleado público, carece del derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que tendría derecho un servidor en estas condiciones, tal como se desprende de la siguiente providencia:

“La condena al pago de prestaciones sociales en favor de la parte actora, en igualdad de condiciones a un educador oficial.

*En la sentencia de nov. 30/00 se expresó que **no es de recibo** porque, como ya se dijo, el régimen prestacional tiene unos destinatarios que son los empleados públicos y trabajadores oficiales, calidad que en verdad la Parte demandante no tenía en el lapso discutido.*

Agregó, que no obstante, en aras de preservar la equidad hasta donde es posible, la Jurisdicción ha accedido a reconocer a título de INDEMNIZACION, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los docentes oficiales (de la respectiva Entidad

Contratante), tomando el valor de lo pactado en el contrato de prestación de servicios, como base para la liquidación de la indemnización, tal como se expresó claramente en la Sentencia de marzo 18/98 del Exp. No. 11722 – 1198/98, de la Sección 2ª de esta Corporación, con ponencia del Dr. Flavio Rodríguez.

Y para tal efecto, se deben determinar inicialmente cuáles son esas prestaciones ordinarias a que tienen derecho los educadores oficiales (v.gr. prima de navidad, cesantía, etc.) Y la forma de su liquidación (v.gr. número de días y valores, etc.), para después calcular, teniendo en cuenta esos parámetros y el valor de esas prestaciones que no pudieron devengar, conforme a los honorarios pactados.”¹⁹

2.4.2. LA PRUEBA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO REALIDAD.

Cuando se trata de demostrar la existencia de un contrato realidad, la carga probatoria de los elementos de dicho contrato, incumbe exclusivamente a quien alega la figura, o espera ser cobijado por el amparo que brinda el principio de la primacía de la realidad, esto es, la persona vinculada mediante el contrato de prestación de servicios y que acude en sede judicial a solicitar la protección de sus derechos.

Tal subordinación que no es física, sino de tipo jurídico, involucra la posibilidad del contratante del servicio para disponer de la fuerza de trabajo conforme mejor conviene a los intereses de la entidad, con la posibilidad latente de dar órdenes e instrucciones al empleado respecto la cantidad, forma, tiempo y calidad del servicio que se presta.

En providencia de fecha 21 de mayo de 2009, con ponencia del Consejero, Gerardo Arenas Monsalve, el Consejo de Estado señaló:

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

¹⁹ Sentencia de 28 de junio de 2001, M.P. TARSICIO CÁCERES TORO, Exp. 2324-00, Actora: MARÍA BERTHA DÍAZ CORREA.

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 para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de dar cumplimiento al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral”²⁰.

2.4.3. PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS ESTABLECIDAS POR LOS SUJETOS DE LA RELACION LABORAL. ANTES DE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN POLICITA DE 1991.

Es claro que el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación laboral, actualmente establecido en el artículo 53 de la carta política, es un principio aplicable a los conflictos laborales desde antes de la expedición de la Constitución Política de 1991.

Es así, que la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 01 de diciembre de 1981. Gaceta Judicial XCI – 1157, expreso:

“Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas a la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato.”

Para reafirmar tal conclusión, se tiene la sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, del 02 02 de agosto de 2004, donde se indicó:

“(.....) En efecto, del análisis objetivo y ponderado de los elementos probatorios referidos en sede de casación, surge la aplicación para este asunto en concreto del principio protector de la primacía de la realidad, que en materia laboral ha tenido cabida antes y después de la Constitución Política de 1991, por cuanto su reconocimiento viene de tiempo atrás por la jurisprudencia y la doctrina nacional y ahora expresamente consagrado en el artículo 53 de la Carta Mayor, consistente en darle prelación a las circunstancias que rodearon la relación jurídica, más que a la forma que resulte del documento contractual o cualquier otro que hayan suscrito o

²⁰Expediente radicado 050012331000199901406 01. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda.

expedido las partes, que conlleva necesariamente a que son aquellas particularidades que se extraen de la realidad las que se deben tener en cuenta y no otras las que deben determinar el convencimiento diáfano del juez con respecto a los servicios prestados por una persona natural y que se reclaman en una acción judicial, como determinantes de la existencia de un contrato de trabajo.

Dentro de este contexto ha de considerarse que por el hecho de que las partes hayan firmado un contrato bajo la apariencia de uno de prestación de servicios profesionales independientes, después de haber venido sosteniendo uno celebrado de manera verbal, por sí solo, no le da a la relación la connotación de una de naturaleza civil o comercial, máxime cuando lo pactado en él constituye e impone obligaciones que no concuerdan con esta clase de contratación y sí con una realidad que confirma el vínculo contractual de carácter laboral.

La verdad es, que no ha sido extraño para la jurisprudencia y la doctrina que en muchas ocasiones se pretende desconocer el contrato de trabajo, debiéndose acudir por el Juzgador al análisis de las situaciones objetivas presentadas durante la relación, averiguando por todas las circunstancias que rodearon la actividad desarrollada desde su iniciación, teniendo en cuenta la forma como se dio el acuerdo de voluntades, la naturaleza de la institución como tal, si el empleador o institución a través de sus directivos daba órdenes perentorias al operario y cómo las cumplía, el salario acordado, la forma de pago, cuáles derechos se reconocían, cuál horario se agotaba o debía cumplirse, la conducta asumida por las partes en la ejecución del contrato etc., para de allí deducir el contrato real, que según el principio de la primacía de la realidad, cuando hay discordia entre lo que se ocurre en la práctica y lo que surge de documentos y acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

Quiere decir lo anterior que la relación de trabajo no depende necesariamente de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentra colocado.

Es por ello que la jurisprudencia y la doctrina a la luz del artículo 53 de la Carta Política, se orientan a que la aplicación del derecho del trabajo dependa cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuando de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento aparecen circunstancias claras y reales, suficientes para contrarrestar las estipulaciones pactadas por las partes, por no corresponder a la realidad presentada durante el desarrollo del acto jurídico laboral.

Y es evidente que al aplicar el mencionado principio, lo que se busca es el imperio de la buena fe que debe revestir a todos los contratos, haciendo que surja la verdad real, que desde luego en el litigio tendrá que resultar del análisis serio y ponderado de la prueba arrimada a los autos, evitando la preponderancia de las ficciones que con actos desleales a la justicia, tratan de disimular la realidad con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o convencionales.

Al respecto la Corte en sentencia de Diciembre 1º de 1981 – GJ. XCI – 1157 expresó:

<Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas a la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato>...”.

Igualmente, esta Sala al referirse al contrato de trabajo como contrato-realidad, ha sostenido que:

“(...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo que sucede en el terreno de los hechos.” (Sentencia del 1 de diciembre de 1981).

Igualmente en sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral del 08 de noviembre de 1990. Gaceta judicial CCVI N° 2445. Pag 635, se dijo:

“Esta Sala se ha referido al principio doctrinario del derecho laboral que se enuncia como de la primacía de la realidad, según el cual cuando se ha de determinar según la naturaleza, características y demás circunstancias y aspectos de una vinculación laboral deben preferirse los informes que puedan extraerse de la realidad de la relación a los datos aparentes que puedan ofrecer los documentos o contratos, máxime cuando estos implican simulaciones o fraudes a la ley laboral que resultan perjudiciales al trabajador. Pero tal principio no se traduce en una presunción de que todos los documentos contiene siempre simulaciones y fraudes ya que ellos bien pueden corresponder lícitamente a circunstancias reales.”

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral del 24 de abril de 1975. Gaceta judicial CLI 1 N° 2393. Pág. 458 - 459, se estableció:

“Esta apreciación no es errónea, porque precisamente la relación de trabajo puede existir aun cuando las partes hayan dado una denominación diferente al vínculo que los une, por lo cual ha de atenderse el juzgador a las modalidades como se prestó el servicio que no siempre surgen claramente del propio contrato, sino de otras pruebas.”

2.5. ANÁLISIS DE LA CONCURRENCIA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO REALIDAD EN EL CASO CONCRETO.

Resumiendo, la controversia gira en torno a la existencia de una relación laboral, la que según el demandante surge porque estuvo vinculado con la UNIVERSIDAD DE SUCRE, de forma continua mediante contratos de prestación de servicios, bajo subordinación y dependencia del superior, y percibiendo una remuneración por su labor.

Para el efecto, se recaudó el siguiente material probatorio:

- Petición de fecha de recibido 04 de abril de 2014²¹, presentado por la actora, dirigida a la UNIVERSIDAD DE SUCRE, mediante la cual se solicita el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales.
- Oficio N° 300-122/14 de fecha 05 de mayo de 2014²² expedida por el Rector de la UNIVERSIDAD DE SUCRE, mediante el cual se niega la petición elevada por el demandante de fecha 04 de abril de 2014.
- Copia de certificado laboral de fecha 28 de marzo de 2014²³, expedido por la Jefe de la División de Recursos Humanos de la Universidad de Sucre.
- Copia de la resolución N° 133 del 05 de marzo de 1986²⁴ expedida por el Rector de la Universidad de Sucre.
- Copia del contrato de trabajo de fecha 17 de marzo de 1986²⁵ suscritos por las partes.
- Copia de modificación²⁶ del contrato de fecha 17 de marzo de 1986 celebrado entre las partes.

²¹ Folio 31 - 34 del expediente.

²² Folio 29 – 30 del expediente.

²³ Folio 35 del expediente.

²⁴ Folio 36 del expediente.

²⁵ Folio 37 – 38 del expediente.

²⁶ Folio 39 del expediente.

- Copia de la resolución N° 006 del 05 de marzo de 1987²⁷ expedida por el rector de la UNIVERSIDAD DE SUCRE.
- Copia del contrato de prestación de servicios N° 04 de fecha 02 de febrero de 1987²⁸, celebrada entre la UNIVERSIDAD DE SUCRE y la señora FRANCELINA CHAMORRO ARIAS.
- Constancia de Conciliación Extrajudicial, celebrada entre las partes, expedida por el señor Procurador 103 Judicial I para Asuntos Administrativos de Sincelejo, de fecha 14 de octubre de 2014²⁹.
- Acta de Conciliación Extrajudicial, celebrada entre las partes, expedida por el señor Procurador 103 Judicial I para Asuntos Administrativos de Sincelejo, de fecha 14 de octubre de 2014³⁰.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, anteriormente relacionadas, se tiene que la demandante señora FRANCELINA ROSA CHAMORRO ARIAS, estuvo vinculada a la UNIVERSIDAD DE SUCRE, desempeñando para tal efecto el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, en los períodos comprendidos entre el 12 de febrero de 1986 hasta el 31 de diciembre 1986³¹ y desde el 05 de enero de 1987 hasta el 05 de julio de 1987³², devengando para el año 1986 y 1987, la suma de \$16.815, para ello, se adjuntaron copias simples de los contratos de prestación de servicios suscritas entre la demandante y la entidad UNIVERSIDAD DE SUCRE.

Luego entonces, se puede constatar, que para el cumplimiento de la labor contratada, la actora debió prestar sus servicios personalmente y percibir por ello unos honorarios establecidos en los distintos contratos de servicios suscritos, en las que se pactó el valor y la forma de pago, con ello, se reafirma la configuración de los dos primeros elementos de la relación laboral, estos es i) prestación personal del servicio y ii) remuneración.

En relación con el elemento subordinación, como antes se mencionó, línea divisoria del contrato de prestación de servicios y la relación de trabajo invocada, la misma se encuentra demostrada, frente a los períodos descritos, puesto que existen evidencias claras y material probatorio suficiente que da cuenta de ello, que permite afirmar que la labor realizada por la accionante, dista mucho de ser independiente y por el

²⁷ Folio 40 del expediente.

²⁸ Folio 41 del expediente.

²⁹ Folio 42 - 43 del expediente.

³⁰ Folio 44 del expediente.

³¹ Folio 37 - 39 del expediente.

³² Folio 40 - 41 del expediente.

contrario, como se acreditó en el plenario esta debía someterse a horario de trabajo, lo cual es muestra en este particular evento de existencia de subordinación.

Para ello se tiene la declaración de la señora NURY DEL CARMEN VEGA MACEA³³, identificada con C.C. N° 42.202.670 expedida en Corozal – Sucre, la cual permite darle mayor claridad al despacho sobre la relación laboral que la demandante mantuvo con la entidad demandada, en especial, si aquella estuvo o no sujeta a subordinación, en atención a que la declarante como bien lo afirmó en su testimonial, en apartes ya transcritos, laboró con la señora CHAMORRO ARIAS, en la UNIVERSIDAD DE SUCRE, desempeñando el cargo de Servicios generales. Para el efecto, se destacan citas relevantes de la declaración.

“Preguntado: Usted distingue a la señora FRANCELINA, que vínculo tiene con la citada señora y porque la conoce. **Contestó:** El vínculo es de compañeras de trabajo, como les dije, tengo muchísimos años de trabajar en la universidad y conozco muchísima gente y desde luego a la señora FRANCELINA, para esa época ella estuvo laborando por contrato, en la biblioteca en la parte de servicios generales, hacia el aseo, colaboraba con las secretarias, llévanos allá, tráenos acá, esas eran sus funciones en ese momento, su jefe era en ese momento que ella estuvo JOSÉ ANTONIO SANTA, creo que así se llamaba y el rector era el doctor JORGE ANAYA HERNÁNDEZ ..., cumplía horario, para esa época entraban a las 06:00 a.m. hasta las 11:00 a.m. y nuevamente entraban a las 02:00 p.m. hasta las 05:00 de la tarde, porque la universidad era más pequeña, porque en la actualidad tienen otros horarios.

Preguntado: Usted recuerda el nombre del jefe o de quien le daba órdenes a la señora FRANCELINA. **Contestó:** JOSÉ ANTONIO SANTA, en ese momento. **Preguntado:** Recibía órdenes ella del señor JOSÉ ANTONIO. **Contestó:** Si.

Preguntado: Conoce usted, si la universidad entidad contratante, le proporcionaba los elementos para que ella cumpliera sus funciones o por el contrario era ella la que llevaba los elementos de aseo. **Contestó:** La Universidad de Sucre siempre ha colocado los implementos, en el caso de la señora FRANCELINA, lo que es trapero, detergente, escobas, baldes y lógicamente el sitio que tiene que asear o lo que tenga que hacer, siempre, eso sí lo ha cumplido la universidad.”

³³ Folio 138 del expediente. DVD Min 12:12 al 24:10.

De lo anterior, se puede confirmar que para el cumplimiento de la labor contratada, la actora debió prestar sus servicios personalmente y percibir por ello, unos honorarios pactados en los contratos suscritos entre las partes, en las que se pactó el valor y la forma de pago, que la labor ejecutada era subordinada, pues estaba sometida a un horario de trabajo y era de carácter permanente, presupuestos necesarios en la relación laboral propia de un funcionario de planta.

Es importante resaltar, que en el presente asunto se encuentra acreditada la continuidad en el desempeño de las funciones propias del cargo de Auxiliar de Servicios Generales por parte de la actora; en efecto, se tiene que los contratos de prestación de servicios reseñados, se suscribieron por más de un año, ininterrumpidos, lo cual reafirma la conclusión, de que el servicio de Auxiliar de Servicios Generales que desempeñaba la accionante, era de carácter permanente.

De los contratos de prestación de servicios suscritas entre las partes³⁴, anexadas al expediente, se tiene que el objeto establecido en los diversos contratos, se encuentran dentro de las necesidades o actividades que forman parte del giro ordinario de la entidad demandada y que la labor ejecutada no permitía independencia en el desarrollo de las mismas, dado que requerían de las instrucciones de un superior.

En atención a lo anteriormente referido, se estima que la labor cumplida por las Auxiliares de Servicios Generales de la UNIVERSIDAD DE SUCRE, lleva comprendida la subordinación en el ejercicio de la actividad, dado que las funciones desempeñadas por la demandante, no gozan de un margen de independencia en cuanto al manejo del horario de trabajo, puesto que su labor está supeditada al asignado por el jefe inmediato.

Así las cosas, desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio, como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios, y probados los elementos de la relación laboral en el caso bajo examen; 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, se concluye, que la entidad demandada utilizó equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configura en este caso, el contrato realidad en aplicación de los principios

³⁴ Folio 37 – 39 y 41 del expediente.

consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, en tanto la demandante prestó un servicio público en la UNIVERSIDAD DE SUCRE, de manera subordinada, en las mismas condiciones que los demás empleados públicos del ente universitario demandado con similares funciones.

Colofón de lo precedentemente expuesto, se declarará la nulidad del Acto Administrativo contenido en el oficio N° 300 – 122/14 de fecha 05 de mayo de 2014, expedido por el Rector de la UNIVERSIDAD DE SUCRE, en razón a que aparecen debidamente probados los elementos integrantes de la relación laboral entre el 12 de febrero de 1986 hasta el 31 de diciembre 1986³⁵ y desde el 05 de enero de 1987 hasta el 05 de julio de 1987³⁶.

En atención a la solicitud de reconocimiento y pago de sanción moratoria, se debe indicar que se negará, teniendo en cuenta que es sólo a partir de ésta sentencia que surge el derecho para la actora y la obligación para la UNIVERSIDAD DE SUCRE, del pago del auxilio de cesantías, y por tanto, no puede predicarse que exista mora en el reconocimiento ni en el pago de la misma por parte del ente accionado, condición necesaria para que sea viable la condena por dicho concepto.

En referencia al reconocimiento y pago de la diferencia de salarios con respecto a lo devengado por los empleados de planta de la entidad demandada y la compensación en dinero por no suministro de dotación de calzado y uniformes, de igual forma se negará, pues si bien, dentro de la actuación, se acreditó la existencia de una verdadera relación laboral, demostrando el inadecuado uso que se dio al contrato de prestación de servicios por parte de la entidad demandada, este hecho, solo da lugar al reconocimiento a título de reparación el daño, de las prestaciones sociales que percibían los empleados públicos mediante relación legal y reglamentaria en dicha entidad, pues el suceso que se reconozca la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes, no le otorga automáticamente al demandante, la condición de empleado público.

En lo atinente a la petición de devolución de los descuentos realizados a la actora por concepto de retención en la fuente y los aportes a salud y pensiones pagados, se resolverá negativamente, pues si bien es cierto se desnaturalizó la vinculación de origen contractual, también lo es que la declaración de la existencia de dicha relación

³⁵ Folio 37 - 39 del expediente.

³⁶ Folio 40 - 41 del expediente.

no implica por sí mismo la devolución de sumas de dinero que se generaron en virtud de la celebración contractual, pues la finalidad del restablecimiento del derecho es el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con la relación laboral oculta más no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato.

Por último, se debe apuntar, que este despacho, frente al tema de la prescripción en los contratos realidad, acoge el criterio de unificación del Consejo de Estado³⁷, consignado en la sentencia CE-SUJ2-005-16 de fecha 25 de agosto de 2016. Radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15). M.P. CARMELO PERDOMO CUÉTER, que estableció.

“3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionadas 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 prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

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

³⁷ Por ser de obligatorio cumplimiento según el artículo 102 del CPACA.

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.”

Frente al caso concreto se tiene que, en el medio de control seleccionado, la actora pide el reconocimiento de cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, bonificación por recreación, recargos nocturnos, dominicales y festivos, dotaciones, auxilio de transporte, subsidio de alimentos, indemnización moratoria, porque prestó sus servicios como Auxiliar de Servicios Generales, en la UNIVERSIDAD DE SUCRE,

desde el 12 de febrero de 1986 hasta el 31 de diciembre 1986³⁸ y desde el 05 de enero de 1987 hasta el 05 de julio de 1987³⁹,

De conformidad con las pruebas recaudadas, como ya se advirtió en precedencia, la actora prestó sus servicios por medio de contratos de prestación de servicios, desde el 12 de febrero de 1986 hasta el 31 de diciembre 1986⁴⁰ y desde el 05 de enero de 1987 hasta el 05 de julio de 1987⁴¹, y presentó reclamación ante su empleador solicitando el reconocimiento de la relación laboral y el consecuente pago de las prestaciones sociales y emolumentos laborales a que había lugar, el día 04 de abril de 2014.

Por consiguiente, comoquiera que el último de los contratos suscritos por la accionante culminó el día 05 de julio de 1987 y la reclamación la formuló solo hasta el 04 de abril de 2014, esto es, por fuera de los tres años señalados como el término de la prescripción extintiva, no resulta procedente conceder los emolumentos deprecados, por cuanto no se reclamaron oportunamente.

Pese a lo anotado, en atención a que los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, que es imprescriptible, tal como se explicó anteriormente, la entidad accionada deberá tomar durante los períodos comprendidos entre el 12 de febrero de 1986 hasta el 31 de diciembre 1986⁴² y desde el 05 de enero de 1987 hasta el 05 de julio de 1987⁴³, el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

³⁸ Folio 37 - 39 del expediente.

³⁹ Folio 40 - 41 del expediente.

⁴⁰ Folio 37 - 39 del expediente.

⁴¹ Folio 40 - 41 del expediente.

⁴² Folio 37 - 39 del expediente.

⁴³ Folio 40 - 41 del expediente.

3. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Corolario de todo lo expuesto, se decretará la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N° 300 – 122/14 de fecha 05 de mayo de 2014, expedido por el Rector de la UNIVERSIDAD DE SUCRE, y el consecuente restablecimiento del derecho, que en el caso bajo estudio se limita al reconocimiento de la relación laboral existente entre la demandante y la UNIVERSIDAD DE SUCRE, por el término ya antes señalado, teniendo en cuenta el tiempo de servicios, para efectos pensionales, razón por la cual la entidad territorial, deberá consignar en el Fondo o Entidad de Seguridad Social que elija la actora el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar en el porcentaje correspondiente a cargo del empleador, durante el término de la vinculación laboral con la UNIVERSIDAD DE SUCRE.

En tal sentido, se ordenará al ente territorial accionado tomar durante los períodos comprendidos entre el 12 de febrero de 1986 hasta el 31 de diciembre 1986⁴⁴ y desde el 05 de enero de 1987 hasta el 05 de julio de 1987⁴⁵, el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de aportes para pensión se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh. \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

⁴⁴ Folio 37 - 39 del expediente.

⁴⁵ Folio 40 - 41 del expediente.

Se aclara que por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Las demás pretensiones de la demanda se negarán, por haber operado la prescripción trienal.

CONCLUSION:

En lo que hace al interrogante principal, será parcialmente positivo puesto que en este caso se logró demostrar los elementos de la relación laboral.

A pesar de lo anterior, por haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción, de conformidad con la sentencia de unificación del Consejo de Estado CE-SUJ2-005-16 de fecha 25 de agosto de 2016. Radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15). M.P. CARMELO PERDOMO CUÉTER, no es procedente el reconociendo y pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales solicitados por la parte actora, con excepción de la petición relacionada con 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.

4. CONDENA EN COSTAS.

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

De conformidad con el artículo 365 N° 5 del C.G. del P. en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, por lo que este despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada.

5. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N° 300 – 122/14 de fecha 05 de mayo de 2014, expedido por el Rector de la UNIVERSIDAD DE SUCRE, en cuanto negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de la señora FRANCELINA ROSA CHAMORRO ARIAS, identificada con C.C. N° 42.204.780 expedida en Corozal - Sucre, por el período comprendido entre el 12 de febrero de 1986 hasta el 31 de diciembre 1986⁴⁶ y desde el 05 de enero de 1987 hasta el 05 de julio de 1987⁴⁷, con fundamento en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, según quedó dicho en esta sentencia.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la UNIVERSIDAD DE SUCRE, tomar durante los períodos comprendidos entre el 12 de febrero de 1986 hasta el 31 de diciembre 1986⁴⁸ y desde el 05 de enero de 1987 hasta el 05 de julio de 1987⁴⁹, el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al Fondo de Pensiones o Entidad de Seguridad Social que elija la actora la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, sumas liquidadas conforme al valor pactado como honorarios en

⁴⁶ Folio 37 - 39 del expediente.

⁴⁷ Folio 40 - 41 del expediente.

⁴⁸ Folio 37 - 39 del expediente.

⁴⁹ Folio 40 - 41 del expediente.

los contratos de prestación de servicios suscritos, y que serán ajustadas conforme quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR que el tiempo laborado por la señora FRANCELINA ROSA CHAMORRO ARIAS, identificada con C.C. N° 42.204.780 expedida en Corozal - Sucre, en la UNIVERSIDAD DE SUCRE, como Auxiliar de Servicios Generales bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, desde el 12 de febrero de 1986 hasta el 31 de diciembre 1986⁵⁰ y desde el 05 de enero de 1987 hasta el 05 de julio de 1987⁵¹, se debe computar para efectos pensionales.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, por lo antes expuesto, por haber operado la prescripción trienal, como se indicó en la motivación.

SEXTO: NO se condenará en costas, por haber prosperado las pretensiones parcialmente.

SÉPTIMO: La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PERÉZ MANJARRÉS
JUEZ

⁵⁰ Folio 37 - 39 del expediente.

⁵¹ Folio 40 - 41 del expediente.