



**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**

Sincelejo, diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013)

REF. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
RADICADO N°: 70-001-33-33-003-2012-00083-00
DEMANDANTE: MARELBY BARRIOS GUERRERO
DEMANDADO: MUNICIPIO DE CHALÁN, SUCRE

Tema: Contrato realidad sector público.

Surtidas las etapas del proceso ordinario (Arts. 179 C.P.A.C.A.), presentes los presupuestos procesales, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado (art. 180 de la Ley 1437 de 2011), e impedimento procesal, se procede a dictar **sentencia de primera instancia.**

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA.

1.1.1. Partes.

- Demandante **Marelby Barrios Guerrero** identificada con C.C. Nro. 64.587.946, actuando a través de apoderada¹ **Ivonne Fernández Gutiérrez**, abogada quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 64.585.026 expedida en Sincelejo, y T.P. 140.981 C.S.J.
- Demandado: **Municipal de Chalán, Sucre.**

1.1.2. Pretensiones.

- Que se declare la nulidad del acto administrativo de fecha 03 de abril de 2012, mediante el cual se deniega el reconocimiento y pago de las sumas de dinero

¹ Fol. 15.

correspondientes a los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir por parte de la accionante, desde el 01 de septiembre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2011, lapso durante el cual prestó sus servicios como enlace municipal para la población desplazada en el municipio de Chalán.

- Que como consecuencia de la nulidad del acto administrativo antes mencionado, a título de restablecimiento de derecho, el municipio de Chalán-Sucre; reconozca y pague los derechos laborales adquiridos por la accionante, tales como: salarios, cesantías, intereses de cesantías, prima de servicio y de navidad, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social y demás derechos laborales causados y dejados de percibir desde el día 01 de septiembre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2011, tiempo durante el cual prestó sus servicios de manera personal e interrumpida ejerciendo el cargo de enlace municipal para la población desplazada en el municipio de Chalán.
- Que igualmente a título de restablecimiento el municipio de Chalán, reconozca y pague las sumas antes mencionadas debidamente indexadas, es decir, conforme al I.P.C.
- Que el municipio de Chalán de cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y reconocerá los intereses de qué trata el inciso tercero del mencionado artículo, desde el momento de la ejecutoria de la sentencia, si se dan sus presupuestos.
- Que se sirva condenar en costas, incluyendo honorarios profesionales a la parte demandada.

1.1.3. Hechos relevantes.

Como fundamentos fácticos o hechos relevantes enuncia la demandante los siguientes:

- Empezó a laborar con el municipio de Chalán, a partir del día 01 de septiembre de 2009, como enlace municipal para la población desplazada en el municipio de Chalán hasta el día 31 de diciembre de 2011.
- Afirmó la accionante que esta fue vinculada mediante contrato de prestación de servicios Nro. 118 02 de fecha 01 de septiembre de 2009 hasta el 31 de

diciembre de 2009 para desempeñarse como enlace municipal para la población desplazada en el municipio de Chalán; no obstante de haber finalizado dicho contrato, indica esta que por orden verbal del señor alcalde continuo prestando sus servicios de manera ininterrumpida, hasta el 29 de enero de 2010, cuando se le realiza un nuevo contrato sin tener en cuenta el tiempo laborado desde el día 03 de enero de ese año hasta la firma del mencionado contrato. Arguye la parte que existía un acta del 07 de enero de 2010 firmado por la alcaldesa (e) Dra. Liney Flórez, donde se comprometía a buscar soluciones de pago para el personal de nómina y contrato que venía laborando desde el día 02 de enero de 2010; por lo que el señor secretario del interior o gobierno del municipio de Chalán expidió certificado de tiempo laborado durante el año 2010, desde el 03 de enero hasta el 31 de diciembre del mismo año.

- Durante el tiempo que se desempeñó como enlace municipal para la población desplazada en el municipio de Chalán, fueron diversos los contratos que se le realizaron, los cuales aunque no tengan fechas consecutivas no desvirtúan que la accionante desempeño dicha labor de manera personal e ininterrumpida hasta el 31 de diciembre de 2011, puesto que a pesar de que el contrato de fecha 29 de enero de 2010 terminó el 29 de abril del mismo año, una vez terminado este la actora recibió orden verbal del alcalde de seguir laborando bajo las mismas condiciones hasta el 15 de julio de 2010, cuando le fue realizado un nuevo contrato hasta el 31 de diciembre de la misma anualidad, en el cual no obstante de haber culminado, no era obstáculo para que la accionante continuara desempeñando su labor de enlace municipal para la población desplazada en el municipio de Chalán, por orden verbal del señor alcalde, hasta el 01 de febrero de 2011, cuando se realizó un nuevo contrato hasta el 31 de diciembre de ese año. Lo cual argumenta la accionante demuestra que la actividad asignada a ella requerida de una permanencia mayor e indefinida, que exigía contemplarlo en la respectiva plata y previstos emolumentos en el presupuesto correspondiente, pues no era de carácter temporal.
- Adicionalmente, que durante el tiempo laborado por la accionante, esta prestó sus servicios de manera personal e ininterrumpida hasta el día 31 de diciembre de 2011, cumpliendo con el horario asignado por el señor alcalde; ingresando a sus labores a las 8 a.m. hasta las 12 m. y luego de 2:00 p.m. hasta 6:00 p.m. de

lunes a viernes; tal y como consta en el oficio del 09 de diciembre de 2010 emitida por el señor alcalde, y en las planillas de asistencia donde les correspondía registrar su hora de ingreso y salida.

- Por otro lado, se asevera que la accionante devengaba un salario de \$800.000 como contraprestación a la labor realizada tal y como consta en los contratos mencionados.
- La accionante recibió órdenes directas del señor alcalde, e inclusive órdenes o exigencias referentes al cumplimiento de horario de trabajo, es así que mediante oficio de fecha Diciembre 09 de 2010, emitido por el señor Alcalde (e) Eliécer Monzón Zabala, en el cual se le recuerda su horario de ingreso y egreso, lo que afirma que la accionante desempeñaba sus labores como cualquier funcionario público vinculado de manera legal y reglamentaria al Municipio de Chalán.
- Durante el tiempo laborado, a la actora no se le canceló suma alguna por concepto de Cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones; no recibió el calzado y vestido de labor a que tenía derecho; así mismo se le adeuda el salario correspondiente al mes de Diciembre de 2010, noviembre y diciembre de 2011.
- Advirtió que resulta indiscutible que la relación existente entre el Municipio de Chalán y la accionante, no se circunscribe a los lineamientos propios del contrato de prestación de servicios, puesto que en el desempeño de su cargo no poseía discrecionalidad alguna en lo referente al cumplimiento del objeto contractual, por el contrario estaba sujeta a las estrictas directrices que le señalaba el señor alcalde Municipal, e inclusive debía observar el cumplimiento de un horario; es decir desde el día 01 de septiembre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2011, mi mandante desarrollaba labores inherentes a la entidad territorial demandada, propias de un empleado público de esta, a pesar de que su vinculación no era legal ni reglamentaria.
- Argumentó que el desempeño ininterrumpido de la labor desempeñada por la actora por más de dos años, de manera personal, cumpliendo órdenes y recibiendo un salario como contraprestación del servicio prestado, evidencia que bajo la figura del contrato de prestación de servicios se pretende ocultar la existencia de una verdadera relación laboral de la accionante y el Municipio de Chalán; Pues en los contratos de prestación de servicios jurisprudencialmente el objeto contractual lo conforma la realización temporal

de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, y en el caso particular la labor desempeñada por mi poderdante fue ininterrumpida y prolongada en el tiempo; desde el 01 de septiembre de 2009 hasta el 31 de Diciembre de 2011.

- Indistintamente durante el tiempo en que la actora se desempeñó como ENLACE MUNICIPAL PARA LA POBLACION DESPLAZADA EN EL MUNICIPIO DE CHALAN, no se le realizaron los correspondientes aportes al sistema de seguridad Social.
- El día dieciséis (16) de marzo de 2012, la demandante presentó derecho de petición ante la Alcaldía Municipal de Chalán, solicitando el pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones que le adeudan a la accionante, con ocasión de la labor desempeñada como ENLACE MUNICIPAL PARA LA POBLACION DESPLAZADA EN EL MUNICIPIO DE CHALAN a órdenes de la entidad convocada, desde el día 01 de septiembre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2011.
- Mediante acto administrativo contenido en el oficio de fecha 03 de abril de 2012 emitido por el señor alcalde del Municipio de Chalán se da respuesta a la solicitud de fecha 16 de marzo de 2012, negando las pretensiones, en los siguientes términos: con respecto a los contratos de prestación de servicios que constan por escrito anotó:”... *“...los contratos de prestación de servicios que usted firmó con el Municipio de Chalán, está cobijado por el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 modificado por la ley 1150 de 2007, es decir que no tenía con el municipio de Chalán Vinculación Laboral alguna y por ende no tenía ni tiene derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales...En su caso lo que existió fue una relación contractual...que el hecho de que usted hubiese estado vinculada al Municipio de Chalán, sucre, a través de contratos de prestación de servicios ello implique que deba conferírsele el status de empleado público y mucho menos que tenga derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas, pues el vínculo existente entre usted y el Municipio que regento es de tipo contractual y no legal y reglamentario...le manifestamos que esta administración no puede acceder a lo solicitado por usted”*
- El acto demandado en esta oportunidad, fue expedido de manera irregular; toda vez que no tuvo en cuenta las normas en que debía fundarse, como son entre otras, los principios constitucionales establecidos en el artículo 53 de la

C.P. que contemplan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas del mismo carácter; protección al trabajo como derecho de los administrados (Art. 2 y 25 C. Pol); la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado y Corte Constitucional al respecto; así mismo adolece de falsa motivación.

- El día 02 de agosto de 2012, fue presentada solicitud de conciliación extrajudicial ante la procuraduría judicial administrativa, previa notificación al Municipio de Chalán y agencia para la defensa Jurídica de la Nación. Por reparto correspondió a la procuraduría 44 Judicial II Delegada ante el Tribunal Administrativo de Sucre, bajo radicación N° 2089 de 2012; fijándose el día 03 de octubre de 2012 para celebración de la correspondiente audiencia de conciliación.
- El día 01 de octubre fue presentada corrección y/o aclaración de la solicitud, con respecto al Acto administrativo demandado, el cual es el acto de fecha 03 de abril de 2012, comunicando previamente a la entidad ahora demandante, a lo cual se dio trámite en la correspondiente audiencia de conciliación extrajudicial celebrada el día 03 de octubre de 2012.
- El día 03 de octubre se celebró audiencia de conciliación extrajudicial, según consta en la correspondiente acta y constancia expedida por la procuraduría 44 judicial II delegada ante el Tribunal Administrativo de Sucre.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos constitucionales y legales: de la Constitución Nacional Arts. 2°, 6, 23, 53, 122, 123 y 209; ley 244 de 1995, artículos 1 y 2; ley 6 de 1945; Decreto 2127 de 1945; Decreto 3135 de 1968; Decreto 1848 de 1969; Decreto 3118 de 1968; Decreto 1045 de 1978; Decreto 1113 de 1992; Decreto 2114 de 1987.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACION

Indicó la P. demandante que las causales de nulidad están contenidas en el inciso 2 del artículo 137 del C. P. A. C. A., y son infracción de las normas en que deberán fundarse y falsa motivación.

En consideración a la causal de infracción de las normas en que deberían fundarse indica que además de los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la C.N. y el artículo 3 del C.C.A., que son de obligatorio cumplimiento para todos los servidores públicos, deben cumplirse y respetarse por parte de las autoridades. El acto administrativo demandado infringió el artículo 53 C.P. por cuanto se abstuvo de reconocer la realidad del vínculo formado entre el municipio y la accionante, y por ende ordenar el pago de las prestaciones con carácter salarial a las que tiene derecho toda la persona que le preste a otra sus servicios de manera personal y subordinada; pues en vista de que había una relación de prestación personal del servicios bajo subordinación, su obligación constitucional era en principio reconocer esa relación. La cual, por cierto, no podía reducirse al pago de una remuneración periódica, sino que debía extenderse hacia todas las prestaciones constitutivas de salario (primas, vacaciones, cesantías, dotación, etc.). Igualmente, argumenta que vulnera de manera flagrante el derecho de igualdad contemplado en el artículo 13 de la C.N., pues a todas luces, en un estado social de derecho, resulta inequitativo, que un trabajador desempeñe sus labores en igualdad de condiciones que cualquier otro funcionario de la administración y no esté vinculado de manera legal y reglamentaría cuando sus funciones son propias de un empleado público como en este caso, sino por contrato de prestación de servicios cuando sus servicios los ha prestado de manera ininterrumpida, negándole el derecho a un cúmulo de prestaciones sociales legalmente establecidas, para un empleado público.

En razón a la falsa motivación, afirmó que la motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable. En el caso particular el acto administrativo demandado adolece de falta motivación en el sentido que no se hizo apreciación razonable y justa de los hechos y las pruebas, sino que se segó a la parte que en principio le conviene a la administración, con inobservancia de las normas en que debía fundarse; como lo hizo, en este caso fundándose solo en la existencia de meros contratos de prestación de servicios, negándose a aceptar la verdadera relación que surgió entre la accionante y la entidad demanda al desdibujarse los elementos propios de los contratos de prestación de servicios, por lo que resulta contrario a la realidad la motivación contendida en el acto demandado. Pues la realidad consiste en el desempeño de la labor por parte de mi mandante se prolongó en el tiempo,

prestando sus servicios de manera personal e ininterrumpida, bajo subordinación y recibiendo un salario como contraprestación, lo que genera un relación laboral; mas no se trató de una relación temporal como se afirma en el acto acusado, es decir esa relación no se circunscribe a los lineamientos de un contrato de prestación de servicios, en consecuencia se requería que dicho empleo quedará contemplado en la respectiva planta y previstos emolumentos en el presupuestos correspondiente, tal y como los dispone la jurisprudencia y la Constitución, más la accionante no puede verse afectada en sus derechos por la negligencia de la administración, por lo que hay lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho cualquier empleado público de la entidad demandada.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el 09 de octubre de 2012²
- Mediante auto del 17 de octubre de 2012³ se inadmitió la demanda, dicho auto fue notificado en el estado electrónico Nro. 33⁴ del 18 de octubre de 2012.
- El 08 de noviembre de 2012⁵ aparece una constancia secretarial mediante la cual indica que los términos judiciales fueron suspendidos en razón al paro nacional de la rama judicial.
- El 13 de noviembre de 2013⁶ es presentado memorial subsanando los defectos indicados.
- Se admitió la demanda el día 14 de noviembre de 2012⁷, auto notificado en el estado electrónico Nro. 035 del 15 de noviembre de 2012⁸
- El 29 de enero de 2013⁹ se notificó el auto admisorio de la demanda a la entidad demandada Municipio de Chalán y a la Agencia para la Defensa del Estado¹⁰
- El día 23 de abril de 2013¹¹ es presentada contestación de la demanda por el apoderado judicial del municipio de Chalán.
- El 22 de mayo de 2013¹² se dio traslado a las excepciones propuestas por la entidad demanda municipio de Chalán.

² Fol. 155

³ Fols. 157-159

⁴ Fol. 160

⁵ Fol. 160a

⁶ Fl. 161

⁷ Fl. 164

⁸ F. 165

⁹ Fols. 168-173

¹⁰ Fols. 38-40

¹¹ Fols. 184-191

- El 24 de mayo de 2013¹³ la parte demandante mediante su apoderada contestó las excepciones propuestas por la parte demandada.
- Por auto del 04 de junio de 2013¹⁴ notificado en el estado electrónico nro. 071 del 05 de junio de 2013 se fijó fecha para la audiencia inicial.
- El 16 de julio de 2013¹⁵ se realizó la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de C.P.C.A. dentro de la cual se surtieron todas sus etapas: saneamiento, no asistió ánimo conciliatorio, se fijó el litigio, se ordenaron las pruebas necesarias y se fijó fecha para audiencia de pruebas.
- El 10 de septiembre de 2013¹⁶, se realizó la audiencia de pruebas y se ordenó correr traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Municipio de Chalan, contesta en los siguientes términos¹⁷:

Frente a los hechos se pronuncia así:

- El hecho primero no es cierto, pues la demandante no laboró con el municipio de Chalán.
- El hecho segundo es cierto parcialmente, en cuanto a la fecha y el tiempo de vinculación. En razón a que la relación fue contractual.
- El hecho tercero no es cierto, por cuanto sólo se dio una relación contractual.
- El hecho cuarto no es cierto, en razón a que no está demostrada la relación laboral y menos cumplimiento de horarios.
- En cuanto al hecho quinto, indica que la accionante recibía honorarios y no salario.
- El hecho sexto, no es cierto, en razón no existió relación laboral.
- El hecho séptimo es cierto, al tener la accionante una relación contractual con el municipio de Chalán.
- El hecho octavo no es cierto, la relación contractual no se desdibuja en una laboral.
- El hecho noveno no es cierto, la accionante no desempeño funciones de manera personal y subordinada en el municipio de Chalán.

¹² Fol. 192

¹³ Fols. 193-197

¹⁴ Fol. 199

¹⁵ Fols. 234-241

¹⁶ Fols. 296-300

¹⁷ Fols. 184-191

- El hecho décimo es cierto.
- El hecho décimo primero es cierto.
- El hecho décimo segundo es cierto.
- El hecho décimo tercero no es cierto por cuanto el acto administrativo demandado está revestido de legalidad.
- Los hechos décimo cuarto, quinto, sexto, séptimo son ciertos.

En su defensa, el ente territorial convocado argumentó que se opone a todas las pretensiones de la demanda, por cuanto el régimen prestacional en el ordenamiento jurídico es aplicable a los servidores públicos vinculados y ostentadores de relaciones jurídicas que se determinan en la ley, es decir, respeto de los empleados públicos y trabajadores oficiales; quien no ha tenido realmente esa calidad, no puede reclamar la aplicación del régimen prestacional.

Por otro lado dijo, que cuando se demanda la nulidad de un acto administrativo, el demandante debe indicar con toda precisión las normas que estima violadas por dicho acto y explicar en qué consiste esa pretendida violación. En este sentido, arguye que la accionante no satisface en forma adecuada el requisito en mención, pues o no se precisan las normas violadas o se citan como tales unas acerca de cuya aplicación al caso no son las pertinentes; igualmente no se precisa como el acto administrativo demandado transgrede dichas normas.

Adicionalmente, en el concepto de la violación no se explicó completamente como se configuraba la violación de las normas constitucionales, así como legales. Ninguna de las normas establecidas como violadas han sido infringidas por el municipio de Chalán, Sucre; puesto que el acto demandado contiene manifestaciones reales, debido a que en los archivos de la entidad no existen pruebas que demuestren idóneamente que con la accionante se sostuvo una relación de tipo laboral o de que hubo prestación de servicios.

Igualmente, considera que el oficio acusado no contiene una manifestación de voluntad de la administración en cuanto simplemente expresa que dada la celebración de un contrato de prestación de servicios, no es posible entrar a controvertir la naturaleza del vínculo y tampoco se generan prestaciones sociales. Formuló las excepciones de la inexistencia de la relación laboral, falta de causa para pedir, e inepta demanda.

1.4 . ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Sólo se pronunció la Parte demandante¹⁸, ratificándose en los argumentos de la demanda, indicando que para poder desarrollar las funciones del cargo la accionante necesariamente debía cumplir con el horario de trabajo, ya sea porque la actividad que realizaba se lo exigía o en cumplimiento de órdenes emitidas por el alcalde de manera directa o por medio de la persona que hacía las veces de jefe de personal, arguye que la actora se vio sometida a una clara dependencia por parte del contratante mediante la firma de un libro de control del horario de llegada y salida, sumando a esto, la demandante recibía directrices de los secretarios de despacho y de los órganos nacionales y departamentales que manejan los programas desarrollados por el enlace municipal. Agregó que con los testimonios de Maricel Narváez, Ana Navarro Ricardo, Norma Rivera Alandete y Ranfis Yépez, se demuestra la vinculación laboral entre la accionante y el ente accionado, la subordinación que hubo, el cumplimiento de un horario de trabajo y una contraprestación. Asimismo, manifestó que dentro del expediente se encuentran varias pruebas que muestran la relación laboral entre las partes, documentos los cuales no fueron tachados de falsos por la entidad demandante.

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 de fecha **3 de abril de 2012**¹⁹ expedido por el alcalde del Municipio de Chalán, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir desde el 01 de septiembre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2011.

¹⁸ Fols. 302-306

¹⁹ Fols. 26-27

2.3 Problema Jurídico a resolver:

Acorde con lo advertido en la etapa de fijación del litigio, el debate en el sub examine, estriba, en establecer si entre las partes, la vinculación a través de contratos de prestación de servicios, derivo en una relación laboral subordinada, en virtud del principio de la primacía de la realidad.

En atención a ello, corresponde al Despacho en aras de desatar la litis, referirse al tema del contrato realidad en el sector público, su desarrollo jurisprudencial, la prueba de sus elementos, para luego descender al análisis de sus elementos en el caso concreto.

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

En sentencia C – 154 de 1997, la Corte Constitucional en punto al principio de la primacía de la realidad y los contratos de prestación de servicios, manifestó que:

“El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características: **a.** La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. **b.** La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. **c.** La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

.....

.....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 ; al 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. Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

.....

.....La contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes, únicamente, opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden. Si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la justicia del trabajo, si se trata de un trabajador oficial o ante la jurisdicción contencioso administrativa, con respecto al empleado público.

.....

.....El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal. De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del "contratista convertido en trabajador" en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales"

El H. Consejo de Estado, en pronunciamiento del 19 de febrero de 2009, se ha referido al principio de la primacía de la realidad, así:

"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. (Art. 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, el demandante estuvo vinculado 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 el 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 el 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”²⁰.

Nuevamente, la Corte Constitucional en sentencia C - 614 del 2 de septiembre de 2009, con ponencia del magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, aborda el estudio del contrato de prestación de servicios y la prohibición para la Administración Pública de celebrarlo para el ejercicio de funciones de carácter permanente, señalando que:“...los jueces ordinarios y constitucionales han sido enfáticos en sostener que la realidad prima sobre la forma, de ahí que no puede suscribirse un contrato de prestación de servicios para ejecutar una relación laboral. De hecho, el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad sobre la forma impone el reconocimiento cierto y efectivo del real derecho que surge de la actividad laboral. Por consiguiente, en caso de que los jueces competentes encuentren que se desnaturalizó la relación contractual de trabajo procederán a declarar la existencia del verdadero contrato celebrado, sin que sea relevante el nombre acordado, y ordenarán ajustar los derechos económicos a lo que corresponda en justicia y derecho”

En la cita, se reitera y se concluye por parte del Tribunal Constitucional que, la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar **funciones de carácter permanente**, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal.

²⁰ Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez, Bogotá, D. C., 19 de Febrero de 2009. Radicación Número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05). Ver igualmente los siguientes expedientes: 05001-23-31-000-2000-04732-01(7979-05); 540012331000200000020 01 (2776-2005); 23001 23 31 000 2002 00244-01 (2152-06); 52001-23-31-000-1999-01215-02(4669-04); 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08).

Asimismo, se establecen a efectos de determinar el concepto de función permanente, como elemento que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios, los siguientes criterios, a saber:

i) **Criterio funcional:** la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público. En otras palabras, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral. En este sentido, la sentencia del 21 de agosto de 2003²¹, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expresó:

“...no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento, por mandato constitucional, y que el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes”.

ii) **Criterio de igualdad:** Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudir a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia citada del 6 de septiembre de 2008²²).

iii) **Criterio temporal o de la habitualidad:** Si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia ya citada del 3 de julio de 2003²³). Dicho en otros términos, si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y de esa manera, se encuentra que no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008²⁴).

iv) **Criterio de la excepcionalidad:** si la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudir a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002²⁵ a que se ha hecho referencia). Por el contrario, si la gestión contratada equivale al “giro normal de los negocios” de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideró ajustado al ordenamiento jurídico lo expresado por el ad quem en el asunto sometido a su consideración así:

“... existiendo objetivamente la relación de trabajo, esta se presume amparada por el contrato de trabajo, máxime cuando se trata de empresas comerciales o industriales con ánimo de lucro en las mismas condiciones de los particulares, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 4º del D.2127 de 1.945, como quiera que en la actualidad el Sistema de Seguridad Social Integral no está exclusivamente a cargo del estado ni del

²¹ Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, radicación 0370-2003. Cita Original de la Providencia

²² Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 2152-06. Cita de la Providencia

²³ Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, expediente 4798-02. Cita Original de la Providencia de la C. Constitucional.

²⁴ Consejero Ponente Jaime Moreno García, expediente 2776-05. Cita original de la Providencia de la C. C.

²⁵ Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 3530-2001. Cita original de la providencia de la CC.

Instituto de Seguros Sociales, sino que también está siendo prestado por particulares o mejor por empresas privadas. En consecuencia la entidad pública que ejecuta actividades de gestión, cuando contrata personas para cumplir con actividades propias del giro u objeto social comercial, debe estar a lo dispuesto en las normas pertinentes sobre la vinculación de los trabajadores, mediante contratos de trabajo, como quiera que la excepción para ejecutar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, puede la administración pública vincular personas con conocimientos especializados, cuando la planta es insuficiente mediante la aplicación de las normas previstas en la ley 80 de 1.993, esto es con contratos de prestación de servicios, pues de acuerdo con el artículo 6º del Decreto 3130 las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, están sometidas a las reglas del derecho privado, lo que significa que no puede aplicarse en forma general como hizo el Ad-quem, la excepción establecida por el legislador para casos muy especiales y concretos ..."²⁶ (subrayas fuera del texto original)

v) Criterio de la continuidad: Si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral. La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 21 de agosto de 2003²⁷, indicó: *"no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a este"*

Concluye la H. Corporación reseñando que:

"En este orden de ideas, por ejemplo, el Consejo de Estado consideró que para desempeñar funciones de carácter permanente y habitual (no para responder a situaciones excepcionales) no pueden contratarse mediante prestación de servicios a docentes²⁸, a personas para desempeñar el cargo de Jefe de Presupuesto de una entidad pública²⁹, a mensajeros³⁰ y a un técnico y operador de sistemas³¹. Y, en el mismo sentido, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia manifestó que no era posible contratar por prestación de servicios la Jefatura del Departamento de Riesgos Profesionales de una empresa³². En síntesis, una de las condiciones que permite diferenciar un contrato laboral de un contrato de prestación de servicios es el ejercicio de la labor contratada, pues sólo si no hace parte de las funciones propias de la entidad, o haciendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios. De lo contrario, la administración debe recurrir a la ampliación de la planta de personal para celebrar contratos laborales"

II. LA PRUEBA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO REALIDAD.

La carga probatoria de los elementos del contrato realidad, corresponde exclusivamente a quien alega la figura, o espera ser cobijado por la protección que

²⁶ Sentencia del 21 de abril de 2004, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas, expediente 22426.

²⁷ Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, radicación 0370-2003

²⁸ En este sentido, ver sentencias del 7 de abril de 2005, expediente 2152, del 6 de marzo de 2008, expediente 4312, sentencia del 30 de marzo de 2006, expediente 4669, del 14 de agosto de 2008, expediente 157-08.

²⁹ Sentencia del 23 de junio de 2005, expediente 245.03

³⁰ Sentencia del 16 de noviembre de 2006, expediente 9776.

³¹ Sentencia del 17 de abril de 2008, expediente 2776.

³² Sentencia del 10 de octubre de 2005, expediente 24057, M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez

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.

En esta labor, importa de forma especial el elemento subordinación, porque traza la línea divisoria entre el contrato de prestación de servicios y la relación laboral que puede surgir del contrato realidad.

La subordinación que no es física, sino de tipo jurídico, implica 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.

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”³³

De igual forma, en providencia de fecha 23 de noviembre de 2006, se señaló:

“...(...)..., constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor; siempre y cuando, de las circunstancias en que se desarrollaron tales actividades, no se deduzca que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales”³⁴

³³Expediente radicado 050012331000199901406 01. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda.

³⁴ Expediente 4356-04 de 2006. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección “A” .Consejero Ponente: Dr. Jaime Moreno García.

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

Recapitulando, la controversia gira en torno a la existencia de una relación laboral, la que al decir del demandante surge porque, la señora MARELBY BARRIOS GUERRERO, estuvo vinculada con el Municipio de Chalán, de forma continua mediante contrato de prestación de servicios.

Para el efecto, se recaudó el siguiente material probatorio:

- Contrato de prestación de servicio Nro. 118 02 del 1 de septiembre de 2009 suscrito entre la accionante y el ente accionado por una duración de cuatro (04) meses iniciando el 1 de septiembre de 2009 culminando el 1 de enero de 2010 por un valor de \$800.000 mensuales.³⁵
- Contrato de prestación de servicios sin número celebrado entre la accionante y la entidad demandada por un término de tres (3) meses contados a partir del 29 de enero hasta el 29 de abril de 2010 por un valor de \$800.000 mensuales.³⁶
- Contrato de prestación de servicios sin número suscrito entre la accionante y el ente demandado por un término de 5 meses y 15 días contados del 15 de julio hasta el 31 de diciembre de 2010 por un valor de \$800.000 mensuales.³⁷
- Contrato de prestación de servicios Nro. 020 suscrito entre la accionante y el ente demandado por un término de 11 meses contados a partir del 1 de febrero de 2011 por un valor de \$800.000.³⁸
- Oficio del 3 de abril de 2012 del alcalde municipal del Municipio de Chalán, Sucre, mediante la cual da respuesta al derecho de petición presentado el 16 de marzo de 2012.³⁹
- Oficio firmado por el alcalde (e) del municipio de Chalán, Sucre del 9 de diciembre de 2010 dirigido a la accionante en la cual hace mención al horario de trabajo.⁴⁰

³⁵ Ver folios 30-31

³⁶ Ver folios 33-36.

³⁷ Ver folios 37-39

³⁸ Ver folios 40-42

³⁹ Ver folios 26-27

⁴⁰ Ver folios 28

- Certificación proferida por la secretaría de gobierno del municipio de Chalán, Sucre del 14 de febrero de 2011; mediante la cual se certifica que la accionante se desempeñó como enlace municipal de población desplazada durante el periodo comprendido entre el 3 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010.⁴¹
- Acta de compromiso del 7 de enero de 2010 celebrada entre la entidad demandada y con trabajadores de nómina y contratos con el objetivo de establecer estrategias de pago para laboran en contratos.⁴²
- Controles de asistencia del personal de contrato del municipio de Chalán, Sucre; por el año 2010 los días 15, 20, 21, 22, 25, y 29 de octubre; 2, 3, 11, 19, 26, 29, y 30 de noviembre, 1, 2, 3, 14, 15, 16, 27, 28, y 29 de diciembre; por el año 2011 los días 1, 3, 11, 15, 17, y 25 de febrero; 29, 30 y 31 de marzo; 1, 4, 5, 13, 14, 15, 27, y 28 de abril; 2, 3, 4, 5, 10, 11, 12, 13, 27, 30, y 31 de mayo; 1, 2, 3, 7, 10, 13, 14, 16, 24 y 30 de junio; 1 y 28 de julio; 1, 2, 3, 4, 5, 17, 18, 19, 30 y 31 de agosto; 1, 5, 6, 7, 13, 15, 16, 26, 27, y 28 de septiembre; 3, 5, 6, 11, 13, 14, 19, y 31 de octubre; 2, 15, 16, 21, 29, y 30 de noviembre; 1, 2, 5, 19, 20, 29, y 30 de diciembre.⁴³
- Despacho comisorio remitido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Chalán en donde se recibieron los testimonios de Maricel Narváez Díaz, Ana Damit Navarro Ricardo y Ranfis Yépez⁴⁴.

De las anteriores probanzas⁴⁵ y su análisis en conjunto, el Despacho concluye que efectivamente la señora MARELBY BARRIOS GUERRERO, estuvo vinculada al Municipio de Chalán, desde el 1 de septiembre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2010 y desde el 1 de febrero de 2011 hasta diciembre de 2011; si bien es cierto que el primer contrato consta desde el 1 de septiembre de 2009 hasta el 1 de enero de 2010⁴⁶; el segundo data del 29 de enero de 2010 hasta el 29 de abril de 2010⁴⁷, el tercero su periodo corresponde desde el 15 de julio de 2010 al 31 de diciembre de 2010⁴⁸, lo cual denotaría no haber continuidad en los contratos existentes.

⁴¹ Ver folio 29.

⁴² Ver folio 32.

⁴³ Ver folios 49-154

⁴⁴ Fols. 275-295

⁴⁵ Los contratos de prestación de servicios fueron aportados en copia simple, sin embargo el Despacho les otorga valor probatorio como quiera que fueron aducidos contra la entidad estatal contratante, quien no formuló reparo alguno a los mismos, amén que también incorporó al plenario aportados a folios 219-233.

⁴⁶ Fols. 30-31

⁴⁷ Fols. 33-36

⁴⁸ Fols. 37-39

Al igual, dentro del plenario existe una certificación expedida el 14 de febrero de 2011 por el Secretario de Gobierno de la entidad demandada⁴⁹ mediante el cual hace constar, que la actora laboró dentro de la entidad como enlace municipal de población desplazada, en el periodo comprendido del 3 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de la misma anualidad; por lo cual el despacho asignándole mérito probatorio, concluirá que la accionante prestó sus servicios personales de forma ininterrumpida todo el año 2010 en la entidad.

Ahora bien, no se puede decir lo mismo del año 2011, por cuanto dentro del expediente se encuentra demostrado que la accionante laboró desde el 1 de febrero hasta diciembre de 2011⁵⁰; de ello igualmente dan cuenta las copias simples de los controles de asistencia del personal aportado en la demanda, puesto, que sólo aparece noticia de la demandante a partir del 1 de febrero de 2011⁵¹.

En ese orden, frente al elemento prestación personal del servicios, quedó acreditado, que la demandante laboró desde el 1 de septiembre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2010 y desde el 1 de febrero de 2011 hasta diciembre de 2011, conforme los periodos establecidos en cada uno de los contratos de prestación de servicios, sobre lo cual se volverá en caso de prosperar las pretensiones de la demanda a efectos de precisar el restablecimiento del derecho.

En cuanto a las labores encomendadas a la actora, de ENLANCE MUNICIPAL PARA LA POBLACIÓN DESPLAZADA, los mismos contratos obrantes en el proceso dan cuenta que la demandante recibía una retribución por la prestación de sus servicios personales.

En relación con el elemento subordinación, como antes mencionamos, línea divisoria del contrato de prestación de servicios y la relación laboral invocada, la misma se encuentra demostrada, puesto que existen evidencias claras y material probatorio suficiente que da cuenta de ello y que permite al Despacho afirmar que la labor realizada por la accionante, dista mucho de ser independiente, y por el contrario, como se acreditó en el plenario esta debía someterse a horario de trabajo de acuerdo a comunicación del 9 de diciembre de 2010⁵² expedida por el alcalde (e) Dr. Eliecer Segundo Monzón Zabala recordándole a la accionante del cumplimiento

⁴⁹ Fol. 29

⁵⁰ Fols 40-42

⁵¹ Fol. 49-154

⁵² Fol. 28

de la jornada laboral⁵³; lo cual se reafirma con los controles de asistencia del personal⁵⁴ aportados dentro del plenario, muestras en este particular evento de existencia de subordinación.

Igualmente de los testimonios de MARICEL NARVAEZ DÍAZ⁵⁵, ANA DAMIT NAVARRO RICARDO⁵⁶, y RANFIS YÉPEZ YÉPEZ⁵⁷; se destaca que conocían a la demandante ya que laboraron en el municipio de Chalán para la época en la que la actora desempeño su labor, la primera como administradora del régimen subsidiado como asistente del secretario de gobierno, la segunda en la biblioteca pública. Adicionalmente los tres deponentes coinciden en indicar que quien hacía las contrataciones era el alcalde municipal directamente, señor JOSE DAVID VIVANCO MARTÍNEZ, afirmando los interrogados que era este el jefe inmediato de la accionante.

Así las cosas, el supuesto fáctico probado a la luz de los argumentos expuestos, nos lleva a concluir que estamos en presencia de una verdadera relación laboral subordinada, con presencia de los criterios de continuidad y permanencia establecidos por la Corte Constitucional, disfrazada bajo el ropaje de contratos de prestación de servicios, razón por la cual en aplicación de los postulados fundamentales establecidos en los artículos 25 y 53⁵⁸ de la Constitución Política, citados como normas violadas, se declarará la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio de fecha 03 de abril de 2012, mediante el cual se denegó el reconocimiento de las prestaciones sociales de la accionante en virtud de su labor como enlace municipal para la población desplazada en el municipio de Chalán⁵⁹.

En virtud de lo anterior, se tendrán no probadas las excepciones de inexistencia de relación laboral, falta de causa para pedir, de conformidad con lo enunciado.

⁵³ Fol. 29.

⁵⁴ Los controles de asistencia del personal y la comunicación de la alcaldía municipal del 9 de diciembre de 2010 visible a folio 28 en la cual se le recordaba sobre la jornada laboral, fueron aportados en copias simples, y la entidad accionada tacho o formulo reparo alguno al respecto, por lo cual el despacho les dará valor probatorio.

⁵⁵ Fols. 237-238

⁵⁶ Fols. 284-285

⁵⁷ Fols. 292-293

⁵⁸ Y es, a esta especial protección al trabajo, a la cual el Despacho le da prevalencia en virtud de mandato constitucional contenido en el artículo 25 de la C. P., sin olvidar igualmente que el trabajo es un derecho fundamental que debe ser garantizado en condiciones dignas y justas, dentro de las cuales esta, el derecho a recibir los beneficios laborales que se generan por la prestación personal de un servicio subordinado

⁵⁹ El CONSEJO DE ESTADO, en providencia del 13 de mayo de 2013, expediente No. 05001233100020010363101, Sección II, Subsección B. CP GERARDO ARENAS MONSALVE, al respecto señaló: "Sea lo primero advertir, que la Sala ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos"

3. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Consecuencia de la declaratoria de nulidad, deviene el restablecimiento del derecho, que en casos como el que nos ocupa se limita al reconocimiento de las prestaciones sociales que el régimen aplicable tenga previstas para el servidor público⁶⁰. Así se desprende que lo dispuesto en el artículo 53 de la C.P., en tanto consagra el principio de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos en las normas laborales.

Reconocimiento que acogiendo la tesis del H. Consejo de Estado, se hace a título de reparación del daño, razón por la cual se ordenará que a la demandante se le pague el equivalente a las prestaciones sociales, incluyendo el derecho a vacaciones (compensación en dinero) que percibían los empleados públicos del municipio de Chalán, reconocimiento que debe hacerse con fundamento en los valores pactados por honorarios en cada uno de los contratos u órdenes de prestación de servicios celebrados con el municipio de Chalán⁶¹.

El pago se percibirá desde el inicio de la vinculación con el municipio de Chalán, esto es el 1 de septiembre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2010 y desde el 1 de febrero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011. La liquidación la efectuará el municipio de Chalán, según los parámetros antes dichos, la cual la actualizará conforme a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (Vigencia a la fecha de ejecutoriada la sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada prestacional.

Los intereses se pagarán en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

⁶⁰ Más no la condición de empleado Público.

⁶¹ Ver expedientes Nos. 54001-23-31-000-1998-0884-02(2040-02), 68001-23-15-000-2002-02475-01(0868-07), 730012331000200400195 01, 23001 23 31 000 2002 00244-01 (2152-06), 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08), 680001-23-15-000-200402350 -01(2486-08), Consejo de Estado, Sección Segunda.

Así mismo, el tiempo de servicios, se tendrá en cuenta para efectos pensionales, razón por la cual la entidad territorial, deberá consignar en el Fondo o Entidad de Seguridad Social que elija el actor el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar en el porcentaje correspondiente a cargo del empleador, durante el término de la vinculación laboral con el Municipio de Chalan⁶².

No hay lugar a declarar la prescripción como excepción de oficio, porque el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada⁶³.

4. CONDENAS 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 de Procedimiento Civil.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 392 y 393 del CPC. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandante, en porcentaje del cinco (5%) por ciento de las pretensiones reclamadas⁶⁴, equivalentes a la suma de doscientos ochenta mil quinientos treinta y tres pesos (\$280.533), conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

5. DECISIÓN:

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

⁶²“Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la reparación del daño no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista” Ídem 56.

⁶³ Sentencia del 19 de febrero de 2009. C. E. Ponente. Berta Lucia Ramírez. Expediente 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05), la Sección Segunda del Consejo de Estado ha venido señalando que: “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.....; Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.” Tesis que ha sido reiterada entre otras en la sentencia del 1° de julio de 2009 expediente 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08

⁶⁴Estimada en \$5.610.664 visible a folio 12.

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA REALIDAD LABORAL, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, e INEPTA DEMANDA; propuestas por la parte demandada.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo de fecha del 03 de abril de 2012 proferido por el municipio de Chalán, Sucre, en cuanto negaron el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de la señora MARELBY BARRIOS GUERRERO, con fundamento en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: CONDENAR al municipio de Chalán-Sucre a pagar a la actora a título de reparación del daño, el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados públicos mediante relación legal y reglamentaria a dicha entidad, durante el periodo que prestó sus servicios la señora MARELBY BARRIOS GUERRERO, esto es el 1 de septiembre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2010 y desde el 1 de febrero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011; sumas liquidadas conforme al valor pactado en los contratos de prestación de servicios, al igual que serán ajustadas conforme quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia.

El tiempo laborado por MARELBY BARRIOS GUERRERO, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, se debe computar para efectos pensionales; en consecuencia, se condena al Municipio de Chalan a que consigne en el Fondo o Entidad de Seguridad Social que elija el actor el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar durante el término de la vinculación laboral en el porcentaje correspondiente al empleador.

CUARTO: CONDENASE en costas a la parte demandada, por Secretaría tásense. Las agencias en derecho se establecen a favor de la parte demandante, en porcentaje en porcentaje del cinco (5%) por ciento de las pretensiones reclamadas⁶⁵, equivalentes a la suma de doscientos ochenta mil quinientos treinta y tres pesos (\$280.533) conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

⁶⁵Estimada en \$5.610.664 visible a folio 12.

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

SEXTO: 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 Siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR E. GÓMEZ CÁRDENAS
JUEZ