



República de Colombia
Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito
Sincelejo – Sucre

Carrera 18 N° 20-34, Tercer Piso, Edificio Guerra, Tel. N°: (5) 2825355

Sincelejo, once (11) de diciembre de dos mil trece (2013)

SENTENCIA N° 063 de 2013

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN N° **70001-33-33-009-2013-00033-00**
DEMANDANTE: **MARCO TULIO CASTRO MENDOZA**
DEMANDADO: **MUNICIPIO DE OVEJAS**

Tema: Contrato realidad.

1. ASUNTO A TRATAR

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a dictar sentencia del MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, interpuesto por el señor MARCO TULIO CASTRO MENDOZA, en contra del MUNICIPIO DE OVEJAS de conformidad con el artículo 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo – CPACA.

2. ANTECEDENTES:

2.1. BREVE RESUMEN DE LA DEMANDA.

El señor MARCO TULIO CASTRO MENDOZA fue contratado por la alcaldía del Municipio de Ovejas, Sucre, como celador nocturno de ese Municipio desde el 24 de mayo de 1995 hasta el 09 de julio de 2001 fecha en la cual le comunicaron el despido injusto.

El día 09 de julio, le fue comunicado que no continuaría trabajando, sin justificación legal alguna y sin realizarle el pago de las prestaciones sociales.

El señor MARCO TULIO CASTRO MENDOZA fue contratado para desempeñar el cargo de celador nocturno de la Alcaldía Municipal de Ovejas, Sucre y terminó prestando sus servicios como celador nocturno del centro de salud del Barrio Sagrado Corazón de Jesús de Ovejas, Sucre, cumplía su labor dentro del horario de 6:00 pm hasta las 6:00 am del día siguiente, desde el día 24 de mayo de 1995 hasta el 9 de julio de 2001. Estaba subordinado, era un servidor público toda vez que estaba vinculado al sistema de seguridad social.

Al momento de ser despedido el señor CASTRO MENDOZA devengaba un salario básico de \$286.000 por la labor desempeñada como celador nocturno de la Alcaldía de Ovejas y del centro de salud Sagrado Corazón de Jesús de Ovejas, Sucre.

Al demandante no le han cancelado sus prestaciones sociales y demás derechos laborales con ocasión del contrato de trabajo celebrado, no obstante que con posterioridad al despido ha requerido el pago de sus prestaciones sociales por escrito, a través de derecho de petición, el cual nunca fue contestado, configurándose el silencio administrativo y dándose por agotada la vía gubernativa.

Posteriormente el día 24 de julio de 2012 mi representado solicitó al municipio de Ovejas el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales y demás emolumentos laborales, dicha petición fue contestada en forma negativa el día 06 de agosto de 2012.

3. BREVE RESUMEN DE LA CONTESTACIÓN

En el escrito de contestación la parte demandada manifiesta que se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas por considerar que la relación fue de tipo contractual y que el motivo de la terminación del contrato es que se había terminado el plazo pactado en el contrato; proponiendo así las excepciones de INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO E IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE RECONOCERLO Y PRESCRIPCIÓN DE LOS SUPUESTOS DERECHOS LABORALES RECLAMADOS.



4. ACTUACIÓN PROCESAL

4.1. AUDIENCIA INICIAL

Admitida la demanda¹, notificadas las partes², fue presentada contestación por la entidad demandada en forma oportuna³, con posterioridad se procedió a realizar audiencia inicial el 04 de septiembre de 2013⁴, previa convocatoria mediante auto.⁵

En dicha audiencia, se realizó el saneamiento del proceso, se fijó el litigio concluyéndose que el punto central de la litis es determinar si entre el demandante y la entidad existió un vínculo laboral y por lo tanto existe la obligación de pagar las prestaciones sociales dejadas de percibir durante el tiempo laborado o si por el contrario existió un vínculo basado en un contrato de prestación de servicios.

Dentro de la etapa de las Excepciones previas, fue resuelta bajo esa denominación la de Prescripción, la cual se denegó.

Se realizó la etapa de conciliación la cual fue declarada fallida por no existir ánimo conciliatorio en las partes. Se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, siendo están en su totalidad testimoniales.

Se fijó fecha para audiencia de pruebas el día 22 de octubre de 2013 a las 8:30 a.m.

4.2. AUDIENCIA DE PRUEBAS

Posteriormente se realizó audiencia de pruebas⁶ el día señalado en la audiencia inicial, recaudándose las pruebas testimoniales, al encontrarse recepcionadas las pruebas en su totalidad, se ordenó la presentación de los alegatos por escrito.

¹ Auto de fecha 5 de marzo de 2013. (Fol. 39)

² Folio 44 notificaciones electrónicas.

³ Folios 47 a 50 del expediente.

⁴ Folios 80 a 82 del expediente.

⁵ Auto de 6 de agosto de 2013 (Folio 76)

⁶ Folios 88 a 91 del expediente.

4.3. ALEGATOS DE LAS PARTES

La parte demandante en forma oportuna presentó sus alegatos de conclusión, realizando inicialmente un resumen sobre los hechos materia de litis y posteriormente un breve análisis sobre el tema del contrato realidad, acompañado de un análisis de sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado; concluye argumentando que el demandante señor MARCO CASTRO MENDOZA una vez desvinculado del cargo que venía desempeñando fue reemplazado por otro trabajador para desempeñarse en el mismo cargo de Celador de la Alcaldía de Ovejas, Sucre, cumpliendo la misma jornada y el mismo horario de trabajo, lo que no deja duda que la labor realizada por el actor es de aquella que requiere que la administración para satisfacer necesidades de carácter permanente, a las cuales le son circunstanciales elementos de subordinación y dependencia. Que el actor estaba sometido a unos "turnos" y horarios fijos de 8 horas que constituyen verdaderas jornadas de trabajo, lo que en suma refleja la subordinación y dependencia de las labores desempeñadas, por lo que solicita se dicte sentencia condenatoria.

5. CONSIDERACIONES:

5.1. PROBLEMA JURÍDICO

El Despacho planteará el problema jurídico a dilucidar, el cual no es otro que determinar si el demandante señor MARCOS CASTRO ARRIETA tiene derecho a percibir el pago de prestaciones sociales por el ejercicio de su labor, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, o por el contrario, esta clase de vinculación no genera relación laboral, ni pago de prestaciones sociales, por no estar suficientemente demostrada la subordinación.

5.2. TESIS QUE MANTENDRÁ EL DESPACHO

Para el Despacho la respuesta a dicho problema jurídico será dirigida a que solo se encuentra probado parcialmente el vínculo que por órdenes de prestación de servicio mantuvo el demandante con esa entidad. De tal manera que se declarará la existencia de una relación laboral respecto del año 1997 y de enero a abril del año 2001.



5.3. EL CONTRATO REALIDAD Y LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, definió en su numeral tercero el contrato de prestación de servicios, así:

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la H. Corte Constitucional mediante Sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Doctor Hernando Herrera Vergara: "*salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada*", lo que significa que el trabajador puede acudir en vía judicial, a controvertir lo plasmado en el contrato, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, consagrado por el artículo 53 de la Constitución Política:

ARTICULO 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. (Subrayas nuestras)

La Honorable Corte Constitucional, en la citada sentencia, se refirió a este principio, manifestando:

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.

En la sentencia, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y el de prestación de servicios, resaltando los elementos esenciales de cada uno de ellos y sin los cuales deviene en uno diferente, como se lee en el siguiente aparte:

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

Por su parte el Consejo de Estado en su Sección Segunda⁷, habla sobre el tema del principio de la primacía de la realidad en un contrato de prestación de servicios:

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la 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 del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado⁸

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Sentencia de 16 de febrero de 2012. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 41001-23-31-000-2001-00050-01(1187-11)

⁸ Cita del texto: "Ibídem", se refiere a la siguiente cita: "Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara"



Con respecto a los elementos de prueba para demostrar la relación laboral, se manifestó en la misma sentencia por parte del Consejo de Estado:

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 al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia,⁹ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

Con relación a la calidad de empleado público, el Consejo de Estado es claro al manifestar que por el hecho de reconocer la relación laboral no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado la misma Corporación¹⁰, sin embargo esto no obsta para que se le reconozcan a manera de indemnización las prestaciones sociales dejadas de percibir basados en los honorarios recibidos.

El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas...

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir

⁹ Citado en la Sentencia "Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación No. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro."

¹⁰ Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda: "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."

esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia".¹¹.

Con respecto a las prestaciones sociales a reconocer, en sentencia ya citada se ha manifestado, el Consejo de Estado acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas. Unas son las que debe cancelar directamente el empleador como son entre otras las primas y las cesantías y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización, en este caso, el empleador debe pagar la cuota parte que dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista.¹²

En suma, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre que, además de la prestación personal del servicio y la remuneración o retribución del mismo, ha tenido también lugar la subordinación o dependencia respecto del empleador, tercer elemento esencial de la relación laboral que confiere el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Es importante resaltar, que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no conlleva la condición de empleado público pues, como lo ha reiterado el H. Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el solo hecho de trabajar para el Estado pues "*(...) para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley (...)*".¹³

5.4. EL CASO CONCRETO

5.4.1. LA PRESTACIÓN PERSONAL Y LA REMUNERACIÓN.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Radicación 3074-05.

¹² CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Sentencia de 16 de febrero de 2012. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 41001-23-31-000-2001-00050-01(1187-11)

¹³ Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda.



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO

Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 2013-00033-00

Demandante: MARCO CASTRO MENDOZA

Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS

El señor Marcos Castro dentro de la demanda solicita se le reconozca la relación laboral como celador nocturno, que tuvo con el municipio de Ovejas desde el 24 de mayo de 1995 hasta el 9 de julio de 2001.

Para verificar esto es necesario entrar a estudiar las pruebas allegadas al proceso.

Primero en el escrito de fecha 6 de agosto de 2012, acto acusado, manifiesta la administración:

(...)

1. En atención a su petición, hemos iniciado una búsqueda en los archivos de este ente territorial, con el fin de verificar la relación que existió entre usted y el ente territorial que represente en las vigencias comprendidas entre el 24 de mayo de 1996 hasta el 9 de julio de 2001, encontrándonos que la relación existió bajo la modalidad de Orden de prestación de Servicio. (Fol. 32)

Respecto del acontecer fáctico expuesto en la demanda, obran en el expediente las siguientes pruebas:

- a) Oficio de 24 de mayo de 1995, suscrito por el Secretario de Gobierno municipal de Ovejas en el cual se le comunica al actor que mediante orden de trabajo ha sido contratado para prestar sus servicios como celador en el Centro de Salud del Sagrado Corazón de Jesús. (fol. 30)
- b) Copia del contrato de prestación de servicios sin formalidades plenas, de fecha 2 de enero de 1997, suscrito entre el representante legal del Municipio de Ovejas y el señor MARCOS CASTRO, dicho contrato estableció como duración el término de 12 meses, los cuales se contarían desde el 2 de enero de 1997 hasta el 30 de diciembre del mismo año. (fol. 59).
- c) Resolución No 018 de fecha 26 de marzo de 1998 por medio de la cual se reconocen unos servicios prestados y se autorizan el pago. (fl.67 a 70).
- d) Oficio de fecha 19 de abril de 1999, donde autorizan cumplir funciones como celador al señor MARCOS CASTRO MENDOZA, en la Empresas Públicas municipales. (fol. 61).
- e) Oficio de fecha 28 de mayo de 1999, donde le comunican al señor MARCOS CASTRO MENDOZA que debe prestar sus servicios como celador en el parque del Municipio de Ovejas. (fol. 62).

- f) Oficio de fecha 9 de junio de 1999, donde autorizan a cumplir funciones como celador nocturno en el puesto de salud Sagrado Corazón de Jesús del Municipio de Ovejas. (fol. 63).
- g) Oficio de fecha 18 de agosto de 1999, donde comunican al señor MARCOS CASTRO MENDOZA que debe desempeñar sus funciones de celador en la parte de afuera del sitio de trabajo. (fol.64).
- h) Oficio de fecha 30 de noviembre de 1999, en el cual le comunican al demandante que el contrato de prestación de servicios queda sin vigencia el día 31 de diciembre de 1999. (fol. 65).
- i) Copia de un carnet de empleado expedido al señor MARCO TULLIO CASTRO, por parte de la Alcaldía municipal de Ovejas, fecha de expedición 4 de julio de 2000. (fol. 35)
- j) Oficio de 30 de noviembre de 2000, suscrito por el Jefe de Personal de la Alcaldía de Ovejas, en el cual se le manifiesta el actor que su contrato de prestación de servicios queda sin vigencia el día 3 de diciembre de dicho año, por lo tanto prescindirá de sus servicios. (fol. 71)
- k) Orden de prestación de servicios sin Número de fecha 2 de enero de 2001, la cual establecía como término de duración del 2 de enero al 1 de abril del año 2001. (fol. 72).
- l) Oficio de 2 de marzo de 2001, suscrito por el Secretario de Gobierno municipal de Ovejas, en donde entrega una linterna. (fol. 29)
- m) Copia de oficio de 9 de julio de 2001, suscrito por el Secretario de Gobierno municipal de Ovejas, donde se le comunica al demandante que la Orden de Prestación de Servicios, que da sin vigencia el día 30 de julio de dicho año. (fol. 28)

Se observa con ello que está determinado que el actor prestó sus servicios en la entidad demandada dentro del lapso de tiempo establecido entre el 24 de mayo de 1995 al 30 de julio de 2001, tal como la misma entidad reconoció. Sin embargo, no existen los elementos suficientes para estimar que dicha labor fue continua, pues si bien existen órdenes de trabajo no existe en el acervo probatorio el término donde concluyeron.

Con base en la pruebas este despacho tiene certeza que el actor prestó sus servicios en los siguientes espacios temporales:



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO

Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 2013-00033-00

Demandante: MARCO CASTRO MENDOZA

Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS

- Del 2 de enero de 1997 al 30 de diciembre de 1997, con una remuneración de \$172.681 mensuales. (fol. 59)
- Del 2 de enero de 1998 hasta el 30 de enero de 1998, con una remuneración de \$197.031 mensuales. (fol. 67)
- Del 2 de enero de 2001 hasta el 1 de abril de 2001, con una remuneración de \$286.000. (fol. 72)

Si bien existen oficios donde se verifica que el actor pudo haber laborado en otros periodos, la documentación aportada por el apoderado del demandante es muy escasa con la cual no se puede tener certeza la continuidad en el servicio dentro del término que alega en la demanda, como tampoco es determinable el valor de la remuneración entregada, por fuera de los términos arriba identificados.

Los testimonios recibidos en el plenario en nada ayudan a las presente probanzas para verificar la prestación del servicio de manera continuada y la remuneración, pues solo se limitan a manifestar en que conocen al actor y que le consta que laboró como celador para la entidad demandada¹⁴, pero no son precisos en el tiempo en que laboró, ni la remuneración que recibía. Solo se limitan a decir que le consta su dicho porque el municipio de Ovejas es pequeño y *"todo el mundo se conoce"*¹⁵, lo cual no es una afirmación que dé confianza a sus dichos, aunado a lo anterior, no trabajaron con la entidad¹⁶ o fueron compañeros del actor para que pudieran verificar de manera inmediata la labor realizada por el actor. Por último, los testigos no concuerdan en sus dichos pues mientras el señor ORLANDO ANTONIO MUSSY ACOSTA, manifiesta que la vinculación del actor fue desde 1995 a 2001, durante el cual trabajó en el Palacio municipal y el Centro de Salud del Barrio Sagrado Corazón de Jesús; el señor AUGUSTO NICOLÁS PÉREZ PEREIRA, manifestó que la labor en el palacio municipal fue desde 1995 hasta 2001 y posteriormente trabajo en el mencionado Centro de Salud¹⁷, sin que identificara si continua trabajando, lo cual es contrario a lo manifestado en la demanda, la contestación y los documentos probatorios aportados.

¹⁴ Minuto 11: 09 y 14: 22 del CD de la Audiencia de Pruebas.

¹⁵ Minuto 11:57 y 14:22 del CD de la Audiencia de Pruebas.

¹⁶ Minuto 5:25

¹⁷ Minuto 16:18 a 16:38 del CD de audiencia de pruebas.

Atendiendo a lo anterior este Despacho solo puede reconocer como prestación personal y remuneración del actor los arriba enunciados, pues de los otros no hay certeza sobre los mismos dada la orfandad probatoria del proceso.

5.4.2. LA SUBORDINACIÓN

Con respecto al elemento subordinación se tiene que de los testigos no es nada de los que se pueda verificar el presente elemento, pues como ya lo vimos no conocieron a *prima facie* la labor realizada por el actor, y del dicho de ellos solo se puede determinar que el actor tuvo una relación con el municipio de demandado.

Con respecto a las pruebas, se observa que de los extremos temporales se logra evidenciar, que el actor siempre laboró como celador, que basado en esa labor, cumplía sus funciones bajo órdenes del Secretario de Gobierno y el Alcalde municipal, sin que existen otras pruebas que verifique la subordinación.

Pese a lo anterior, es preciso aclarar que el Consejo de Estado con respecto a las labores de los celadores ha manifestado¹⁸:

“(...) La función de celador subsiste y puede subsistir bajo una relación legal y reglamentaria y por ello puede derivarse el reconocimiento de la existencia de una relación laboral.

La labor de vigilancia no puede considerarse prestada de forma autónoma pues el celador no puede decidir en qué lugares presta el servicio ni en qué horario. Es más ni siquiera puede ausentarse del trabajo sin causa previa y debidamente justificada pues pondría en riesgo los bienes confiados a su cuidado, en otras palabras, existe una relación de subordinación.

De acuerdo con los razonamientos precedentes la Sala concluye que en el asunto conciliado puede haber una relación de carácter laboral durante el tiempo en que el demandante se desempeñó como vigilante de las instalaciones del colegio Francisco de Paula Santander del Municipio de Duitama (...).” (Negrilla fuera del texto)

En un caso similar al presente en el cual hay carencia probatoria, el Consejo de Estado ha dicho:

¹⁸ Sección Segunda. Sentencia de 3 de mayo de 2007. Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante, expediente No. 4583-2004, actor Martín Gallo Gallo. Esta posición ha sido reiterada por la misma Sección en su subsección B, entre otras, en Sentencia de 30 de julio de 2009, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicado 05001233100020000472801; y en sentencia de 11 de marzo de 2010, Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Expediente 050012331000200204024-01.



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO

Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 2013-00033-00

Demandante: MARCO CASTRO MENDOZA

Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS

Si bien es cierto que dentro del plenario no existen pruebas documentales ni testimoniales que demuestren claramente el elemento de subordinación, Vr.gr., llamados de atención, memorandos, sanciones, felicitaciones, investigaciones disciplinarias etcétera, que permitan afirmar que dependía del superior jerárquico recibiendo órdenes continuas y realmente subordinadas, también lo es, que tal elemento debe ser apreciado con el conjunto de las pruebas obrantes como uno de los indicios que contribuyen a la convicción del Juez sobre la situación fáctica materia de conocimiento.

Es así, como al encontrarse plenamente establecida la función de Vigilancia del actor, como se desprende de cada una de las órdenes de servicio, no puede dejarse a un lado lo que reiteradamente a dicho la Sala respecto de la subordinación de esta labor¹⁹

Con base en lo anterior probado, se evidencia que existió una relación en la cual el actor cumplía funciones de celaduría, la cual según el criterio del Consejo de Estado, esta no puede realizarse de forma autónoma por la esencia de la misma que implica el cumplimiento de horarios preestablecidos y la obligatoriedad del cumplimiento de dicho horario.

Dentro del presente proceso no se puede valorar que dicha actividad fue temporal o incidental, pues sea verificado que se realizó en periodos de hasta un año, por lo que considera que fue continua y dejó de ser una simple contratación para suplir una carencia puntual. Al respecto de lo anterior el Consejo de Estado en la misma sentencia arriba citada nos dijo:

En el caso de autos, según obra en el plenario, se suscribieron con el demandante Órdenes de Trabajo dada la imposibilidad de suplirlos con personal de planta. No se trató, entonces, de una relación o vínculo de tipo esporádico u ocasional sino de una verdadera relación de trabajo que, por ello, requirió de la continuidad durante alrededor de 7 meses, constituyéndose en un indicio claro de que bajo la figura del contrato de prestación de servicios se dio en realidad una relación de tipo laboral.²⁰

Encontrando entonces que el demandante cumplió funciones de celaduría durante tiempo continuos y bajo las órdenes de la entidad demandada, se puede evidenciar que efectivamente lo que se dio fue relación laboral entre los extremos de la litis, debiendo ser reconocida por este Juzgado.

5.4.3. SANCIÓN MORATORIA

La parte actora solicitó de cancelación cada uno de los conceptos laborales y prestaciones sociales dejados de pagar y su correspondiente sanción moratoria por todo el tiempo que estuvo vinculado con la entidad demandada, en relación

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 11 de marzo de 2010, Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Expediente 050012331000200204024-01. Esta sentencia cita el precedente arriba transcrito.

²⁰ *Ibidem*.

a lo deprecado, es de precisar que cuando se demanda la declaración de la relación laboral de los contratos de prestación de servicios, los derechos surgen a partir de dicho reconocimiento, conforme a lo cual no es procedente establecer que la administración haya incurrido en mora en el pago de las cesantías.

En cuanto a la sanción moratoria, el Consejo de Estado en la Sentencia de 17 de abril de 2008²¹, dejó por sentado lo siguiente:

Tampoco opera el fenómeno de la prescripción, ya que se trata de una sentencia constitutiva, en la medida en que el derecho surge a partir de ella y, por la misma razón, no hay lugar a aplicar la Ley 244 de 1995²², pues la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

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, por lo que no se puede condenar a la entidad al pago de la mencionada sanción.

5.5. NO CONDENA EN COSTAS:

El artículo 188 del CPACA, manifiesta que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, siendo su liquidación y ejecución conforme al Código de Procedimiento Civil,

Es preciso aclarar que el C de P. C. en su artículo 392, numeral 6, expresa que en caso de condenas parciales el Despacho podrá abstenerse de condenar en costas, por lo que se considera que al existir una condena parcial en el presente y proceso y ante la no existencia de actitudes desleales o dilatorias, el despacho no condenará en costas a la parte demandada.

5.6. DECISIÓN

²¹ Consejero Ponente: Jaime Moreno García, Exp. (2776-05), Actor: José Nelson Sandoval Cárdenas

²² Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO

Nulidad y Restablecimiento del Derecho N° 2013-00033-00

Demandante: MARCO CASTRO MENDOZA

Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS

De acuerdo a lo probado y los fundamentos jurídicos relacionados, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad del acto administrativo y se condenará al demandado a reconocer y pagar al demandante a título de indemnización los valores adeudados por concepto de prestaciones sociales que devengara el personal de planta de la entidad demandada y pagar la cuota parte que dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista, teniendo en cuenta para ello las sumas mensuales pactadas en cada contrato de prestación de servicio para los siguientes extremos temporales:

- Del 2 de enero de 1997 al 30 de diciembre de 1997, con una remuneración de \$172.681 mensuales.
- Del 2 de enero de 1998 hasta el 30 de enero de 1998, con una remuneración de \$197.031 mensuales.
- Del 2 de enero de 2001 hasta el 1 de abril de 2001, con una remuneración de \$286.000.

Por lo expuesto, el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo - Sucre, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: Declárese la nulidad del acto administrativo de fecha 6 de agosto de 2012, expedido por el Alcalde Municipal de Ovejas, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales solicitadas por la demandante derivados de la relación de trabajo existente de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: A título de indemnización, condénense al MUNICIPIO DE OVEJAS a reconocer y pagar a favor del señor MARCOS CASTRO MENDOZA, identificado con la cédula de ciudadanía No 3.918.399 de Ovejas, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, los valores adeudados por concepto de las prestaciones que devengara el personal de planta de la entidad demandada, teniendo en cuenta para ello las sumas mensuales pactadas en cada contrato de prestación de servicios para los extremos temporales enunciados en la parte motiva de la providencia:

- Del 2 de enero de 1997 al 30 de diciembre de 1997, con una remuneración de \$172.681 mensuales.
- Del 2 de enero de 1998 hasta el 30 de enero de 1998, con una remuneración de \$197.031 mensuales.
- Del 2 de enero de 2001 hasta el 1 de abril de 2001, con una remuneración de \$286.000.

TERCERO: A título de indemnización condénese al MUNICIPIO DE OVEJAS, a cancelar los porcentajes de cotización correspondientes al empleador a Pensión y Salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes, al igual que la totalidad de la cotización a la Caja de Compensación, causados dentro de los períodos de contratación irregular discriminados en la parte motiva de esta providencia, pago que deberá realizarse a través de las entidades de seguridad social a las que se encuentre afiliado el actor.

CUARTO: La entidad demandada deberá cumplir esta decisión en los términos de los artículos 192 a 195 del CPACA.

QUINTO: Denegar las restantes súplicas de la demanda.

SEXTO: No hay lugar a condena en costas.

SÉPTIMO: Por secretaría, hágase entrega al demandante, del saldo de gastos ordinarios del proceso, si los hubiere.

OCTAVO: Si no fuere impugnada esta decisión, una vez ejecutoriada, archívese el expediente previas anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ DAVID DÍAZ VERGARA

Juez