



Cartagena de Indias D. T y C, seis (06) de Abril de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-008-2015-00276-00
Demandante	JANELLY MARTÍNEZ GÓMEZ
Demandado	MUNICIPIO DE TURBACO
Tema	CONTRATO REALIDAD
Sentencia No	0001

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por la señora **JANELLY MARTINEZ GÓMEZ**, a través de apoderado judicial, contra el **MUNICIPIO DE TURBACO**.

2. ANTECEDENTES

- PRETENSIONES

PRIMERA: Declarar nulo el acto administrativo expedido por el MUNICIPIO DE TURBACO (BOLÍVAR) contenido en el oficio de fecha primero (1º) de octubre de 2014, notificado el dos (2) de octubre de 2014, por medio del cual el MUNICIPIO DE TURBACO tomó la decisión de negarse a reconocer y declarar a favor de la Señora JANELLY MARTINEZ GÓMEZ la existencia de contrato realidad entre aquella y el MUNICIPIO DE TURBACO desde el primero (1º) de abril de 2008 hasta el treinta (30) de noviembre de 2011.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración de nulidad del acto administrativo señalado en la pretensión primera de esta demanda y a título de restablecimiento se condene al MUNICIPIO DE TURBACO (BOLÍVAR) a pagarle a la Señora JANELLY MARTINEZ GOMEZ las sumas equivalentes a las prestaciones sociales que habría tenido la contratista si hubiese sido servidora pública al servicio del MUNICIPIO DE TURBACO (BOLÍVAR) durante el tiempo que duró la relación laboral encubierta bajo la formalidad de contrato de prestación de servicios, como lo son las vacaciones, auxilio de cesantías, intereses de cesantías y prima de navidad.

TERCERA: Que como consecuencia de la declaración de nulidad del acto administrativo señalado en la pretensión primera de esta demanda y a título de restablecimiento se condene u ordene al MUNICIPIO DE TURBACO (BOLÍVAR) que para efectos pensionales se compute el tiempo laborado por la Señora JANELLY MARTINEZ GOMEZ.

CUARTA: Que como consecuencia de la declaración de nulidad del acto administrativo señalado en la pretensión primera de esta demanda y a título de restablecimiento del derecho se condene u ordene al MUNICIPIO DE TURBACO (TURBACO) que para efectos pensionales se declare que la Señora JANELLY MARTINEZ GOMEZ puede sumar al plazo del contrato como tiempo de servicio en materia pensional.

QUINTA: Que como consecuencia de la declaración de nulidad del acto administrativo señalado en la pretensión primera de esta demanda y a título de restablecimiento se condene al MUNICIPIO DE TURBACO (BOLÍVAR) a pagarle a la Señora JANELLY MARTINEZ GOMEZ la proporción que



Radicado No. 2015-00276

legalmente le correspondía cancelar en su condición de entidad empleadora de la demandante por los conceptos de salud y pensión durante la vigencia de la relación laboral encubierta bajo la formalidad de contrato de prestación de servicios y que fueron sufragados en su totalidad por la Señora JANELLY MARTINEZ GOMEZ en este período.

SEXTA: Que como consecuencia de la declaración de nulidad del acto administrativo señalado en la pretensión primera de esta demanda y a título de restablecimiento se condene al MUNICIPIO DE TURBACO a pagarle a la señora JANELLY MARTINEZ GOMEZ a título de indemnización las cotizaciones por concepto de Caja de Compensación Familiar.

SEPTIMA: Que se ordene el cumplimiento de la sentencia favorable a las pretensiones de la demandante JANELLY MARTINEZ GOMEZ dentro del término de establecido en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

OCTAVA: Si no se efectúa el pago en forma oportuna, que se ordene a la parte demandada a liquidar los intereses moratorios como lo ordena el artículo 192 del CPACA.

NOVENA: Que se condene a la parte demandada al pago de costas y agencias en derecho.

- HECHOS

PRIMERO: JANELLY MARTÍNEZ GÓMEZ, estuvo vinculada al MUNICIPIO DE TURBACO, desempeñando labores de sistematización en lo relacionado con cuentas por pagar de la tesorería municipal, seguimiento de cuentas por pagar, sistematización de los procesos de la tesorería municipal, radicación en el libro del banco y atención a los usuarios de la tesorería, desde el 01 de abril de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2011, mediante la suscripción de contratos de prestación de servicios.

SEGUNDO: En realidad hubo un verdadero contrato de trabajo por los elementos concurridos en la relación laboral, tales como: prestación personal del servicio, permanente subordinación y remuneración.

TERCERO: La señora JANELLY MARTÍNEZ GÓMEZ no prestaba sus servicios con autonomía e independencia, pues estaba sometido al estricto cumplimiento de órdenes, directrices y horarios, esto es, bajo total subordinación y dependencia del demandado.

CUARTO: Durante el tiempo laborado por mí representada, el MUNICIPIO DE TURBACO, no le canceló Prestaciones Sociales.

QUINTO: Por lo anterior se elevó petición ante el municipio para que expidiera acto administrativo que reconociera y declarara la existencia de contrato realidad entre JANELLY MARTÍNEZ GÓMEZ y el MUNICIPIO DE TURBACO, emitiendo respuesta negativa a tal solicitud, lo que contraría la realidad de los contratos.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

NORMATIVIDAD VIOLADA Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Se violaron las siguientes normas, al no pagarle la totalidad de las prestaciones sociales, y la sanción moratoria a que tiene derecho mi mandante:

Se violaron los Art. 1; 2; 13; 25; 48, 53, 58 de la C. N.; Ley 244 de 1995 artículo 1º modificado por la ley 1071 del 2006 artículo 4º, artículo 2º ley 244 de 1995 modificado por la ley 1071 del 2006 y su Parágrafo de La Constitución Política de Colombia.



Radicado No. 2015-00276

El Art. 1º de Nuestra Carta Fundamental elevó el trabajo a la condición de uno de los valores fundamentales de nuestro estado social de derecho, circunstancia esta que redimensiona la especial protección que el Estado le debe a la actividad libre ejercida por las personas naturales para la producción de bienes y servicios en cualquiera de sus modalidades.

En efecto, si mi mandante tiene legalmente derecho al pago de la totalidad de las prestaciones sociales, esta es genéricamente un bien, fue desprotegida en el caso sublite contra el claro mandato del Art. 2º de La Constitución Política de Colombia. Al ser las Prestaciones sociales un derecho derivado de una relación laboral, se pretermitió el Art. 25 de La Carta Magna, que ordena para el trabajo una especial protección del Estado Colombiano.

2. Se violó el Art. 13 de La Constitución; que establece el derecho a la igualdad, porque a otros funcionarios se le cancelaron la totalidad de las prestaciones sociales a tiempo y en cambio a mi mandante no le cancelaron estos derechos.

3. Se violó el Art. 53 de Nuestra Carta fundamental, ya que dicha norma es de carácter general y es aplicable a todas las modalidades de la relación laboral e 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.

4. Se violó la ley 100 de 1993, Art 95 numeral 5º que establece que las personas vinculadas a las empresas sociales del estado empresa tendrán I carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la ley 10 de 1990.

5. Se violó el artículo 32 de la ley 80 de 1993, debido a que este exige que la labor sea temporal o transitoria, cuando en realidad fue permanente.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República. Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos; obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.

La Corte ha manifestado al respecto la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados.

- CONTESTACIÓN

MUNICIPIO DE TURBACO: El hecho de no cancelar prestaciones sociales a la demandante se basa en que los contratos de prestaciones de servicios regidos por la ley 80 de 1993 no generan dicha



Radicado No. 2015-00276

obligación. Es un hecho que la parte demandante estuvo vinculada al municipio de Turbaco por medio de contratos de prestación de servicios regidos por la mentada ley, en forma interrumpida y que dicha vinculación termino por expiración del plazo pactado, por lo que hubo una vinculación independiente, no existió subordinación, se le pagaron honorarios profesionales, las funciones y el horario se ajustó a lo establecido por la contratante y de acuerdo con las necesidades del servicio.

Presentando las excepciones de "INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL DEPENDIENTE", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO" y "PRESCRIPCIÓN".

- TRAMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el día 29 de abril del año 2015, siendo admitida mediante auto fechado 12 de junio de la misma anualidad, siendo notificada al demandante por estado electrónico 082.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el día 04 de mayo de 2016 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Posteriormente, mediante auto de fecha 23 de agosto de 2016 se citó a las partes a audiencia inicial para el día 21 de noviembre de 2016, conforme con el artículo 180 del CPACA y se fija audiencia de pruebas.

Finalmente en audiencia de prueba del 20 de febrero de hogaño se incorporan las pruebas y se corre traslado para alegar de conclusión por el término de 10 días.

- ALEGACIONES

DEMANDANTE: No presento escrito de alegaciones

DEMANDADO: Reitera lo expuesto en la contestación de la demanda, específicamente a que el hecho de no cancelar prestaciones sociales a la demandante se basa en que los contratos de prestaciones de servicios regidos por la ley 80 de 1993 no generan dicha obligación. Es un hecho que la parte demandante estuvo vinculada al municipio de Turbaco por medio de contratos de prestación de servicios regidos por la mentada ley, en forma interrumpida y que dicha vinculación termino por expiración del plazo pactado, por lo que hubo una vinculación independiente, no existió subordinación, se le pagaron honorarios profesionales, las funciones y el horario se ajustó a lo establecido por la contratante y de acuerdo con las necesidades del servicio, por lo que se solicita denegar las pretensiones de la demanda.

- **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:** Se abstuvo de emitir concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.



Radicado No. 2015-00276

4. CONSIDERACIONES

- PROBLEMA JURIDICO

¿Los Contratos de Prestación de Servicios por los cuales fue vinculada la demandante se desnaturalizaron y se configuró un relación laboral; y a consecuencia de ello la accionante tiene derecho a que se le pague a título de indemnización lo que le correspondería por concepto de prestaciones sociales, así como la indemnización moratoria por el pago tardío de las prestaciones sociales?

- TESIS

En el presente caso no se encontraron debidamente configurados y probados los tres elementos de la relación laboral, esto es: a) la existencia de la prestación personal del servicio, b) la continuada subordinación laboral y, c) la remuneración como contraprestación del mismo; existiendo especialmente falencia en lo que toca a la "continuada subordinación laboral", sobre la cual se estructura la figura del contrato realidad.

Concluyéndose que no encuentra el Despacho el cumplimiento de los elementos fácticos y jurídicos para declarar la existencia de una relación laboral entre la demandante JANELLY MARTÍNEZ GÓMEZ y el MUNICIPIO DE TURBACO; razón por la cual se negarán las pretensiones de la demanda, configurándose la excepción de "INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL DEPENDIENTE", y consecuentemente se negarán las pretensiones de la demanda.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Sobre el denominado "contrato realidad"

El tema de la prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales, teniendo como resultado una definición aproximada de la diferencia entre ésta y el contrato de carácter laboral, la cual consiste, básicamente, en la existencia de tres elementos diferenciadores, a saber, la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y, la remuneración como contraprestación del mismo. Así lo precisó la H. Corte Constitucional, en Sentencia C-154 de 1997, donde estableció que en el contrato de prestación de servicios se desarrolla una actividad independiente, que puede provenir de una persona jurídica, respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

En la mencionada providencia, también se determinó que debido a la especial denominación a la que pertenece ese tipo de actos, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y que quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas.

Así mismo que, aunque se haya realizado una vinculación bajo la forma de contrato de prestación de servicios, si el interesado logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo establecida en el artículo 53 de la Constitución Política.

En lo que se respecta a la posibilidad de demandar la existencia de una relación laboral disfrazada mediante la figura del contrato de prestación de servicios ante esta jurisdicción, han sido múltiples las posiciones asumidas por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, las cuales han ido evolucionando, desde una posición restrictiva, en la cual era posible para las entidades públicas



Radicado No. 2015-00276

realizar dichas contrataciones sin que dieran lugar a una relación laboral, hasta una tesis más garantista con base en los postulados constitucionales, que dispone que sólo será posible la celebración de un contrato de prestación de servicios mientras la actividad a contratar no se pueda desarrollar con personal de la misma institución o requiera conocimientos especiales.

Dicho tránsito jurisprudencial ha sido analizado por el H. Consejo de Estado así:

"La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1.997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y aquel de prestación de servicios. El contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política. La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido. Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

"Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.". El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley. 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. 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, la cual 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."

Se concluye entonces que, solamente es posible solicitar las prestaciones sociales derivadas de una relación laboral disimulada bajo los denominados contratos de prestación de servicios, siempre que se acredite de forma suficiente la existencia de sus elementos esenciales, cuales son, la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario. Si esto no se da así, obligatorio resulta para el fallador negar las pretensiones de la demanda, por no haberse podido desvirtuar que entre empleador y contratista existió más que una mera relación contractual.

Al hilo de lo expuesto, es necesario indicar que el artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, define el contrato de prestación de servicios, en los siguientes términos:

"Art.32-

3o. 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." (Subrayas fuera del texto)

De la norma legal en cita se desprenden entonces las siguientes características del contrato de prestación de servicios: i) Inexistencia de subordinación frente a la entidad contratante, ya que el contratista presta el servicio con autonomía; ii) La contraprestación recibida por el contratista se



Radicado No. 2015-00276

denomina honorarios; iii) No se generan prestaciones sociales; iv) Por lo general se celebra con personas jurídicas y solo se celebran con personas naturales cuando la planta de personal de la entidad contratante no sea suficiente para realizar actividades propias o cuando se necesite de personal con conocimiento especializado que no posean los empleados de la planta de personal; v) La contratación de personas naturales debe realizarse por un término estrictamente necesario, lo cual impide la prolongación en el tiempo.

Mientras que el contrato de trabajo contiene las siguientes características: i) implica la prestación personal del servicio; ii) existe una subordinación frente al empleador; iii) la contraprestación es denominada salario y dentro de las cuales se generan prestaciones sociales; iv) el servicio siempre será prestado por una persona natural, y v) el contrato de trabajo puede ser indefinido en el tiempo.

Luego la posición asumida por el alto tribunal de lo contencioso varió en el año 2003, y en sentencia desconoció la relación laboral en el contrato de prestación de servicio fundamentándose en que entre la Administración –entidad contratante- y el contratista lo que puede existir es una relación de coordinación en sus actividades, es decir, que para hacer posible un efectivo funcionamiento de la actividad materia del contrato, puede haber un sometimiento que incluya cumplimiento de horario, recibir ciertas instrucciones de sus superiores, o el deber de presentar informes entre otras cosas, lo cual no indica necesariamente que tales circunstancias obedecen a una relación laboral por la configuración del elemento de subordinación. En la sentencia se dijo lo siguiente:

"...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." (Subrayas fuera del Texto)

En el año 2005, el Consejo de Estado retoma la posición asumida en el año de 1999, y es la de reconocer la existencia de una relación laboral cuando confluyen los tres elementos propios que son, prestación personal del servicio, subordinación y la remuneración (salario). En esta oportunidad el alto tribunal enfatizó que principalmente debería probarse la subordinación por ser una de las principales diferencias entre un contrato laboral y uno de prestación de servicios, además en el fallo el Consejo de Estado dejó muy claro que es irrelevante el hecho de que el trabajador consintiera lo estipulado en las cláusulas del contrato ya que los derechos que son de naturaleza laboral son irrenunciables, pues solo basta que los tres elementos antes descritos existan para que se configure la relación laboral. En cuanto al restablecimiento del derecho fue negado por la Sala Plena, y por el contrario estableció a título de indemnización que se cancelarían las prestaciones sociales que fueron pagadas a los empleados con funciones similares a las del demandante de ese caso en particular.

Reiterando su posición, El alto tribunal de lo contencioso dejó por sentado en el año 2008 que aunque se hubiese contratado por parte de la Administración mediante contrato de prestación de servicios, se presentaran los tres elementos propios del contrato de trabajo, existirá relación laboral. También dentro del mismo fallo se varió lo concerniente al restablecimiento del derecho pues se aceptó el mismo, basándose en que la lesión sufrida por el contratista puede ser restablecida al restituir al estado anterior de las cosas, esto es el pago de las prestaciones sociales, y en las cuales están incluidas el tiempo para pensión y el pago de las cotizaciones respectivas, además se admitió por el Consejo de Estado que los conceptos antes mencionados pueden ser reconocidos aún sin

Radicado No. 2015-00276

haber sido pedidos, toda vez que son prestaciones propias de la relación laboral y por lo tanto al hacerlo el juez no se estaría produciendo un fallo extra petita.

El más reciente pronunciamiento del año 2009, el Consejo de Estado sostuvo su posición en cuanto a que al coexistir los tres elementos del contrato laboral se desvirtúa la existencia de un contrato de prestación de servicios lo cual conlleva al reconocimiento de la existencia del contrato realidad y por ende las respectivas prestaciones sociales.

"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.)."

Ahora en esta sentencia se vuelve a variar la posición en lo que respecta al reconocimiento de las prestaciones sociales, ya que éstas se reconocerán a título de reparación del daño y no de restablecimiento del derecho, ya que lo último implicaría el reintegro y el pago de lo dejado de percibir.

Con respecto a la reparación, advierte la reciente posición jurisprudencial que la indemnización debe ser integral, es decir, deben estar todos los factores que comprenden las prestaciones sociales llámense primas, cesantías, riesgos profesionales y otros, que se darán basándose en lo devengado por un empleado público que tenga una situación similar a la del accionante-contratista.

Otro punto también aclarado, es que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no conlleva automáticamente a reconocerle al Contratista la calidad de empleado público, ya que no se cumplen los presupuestos del artículo 122 de la Constitución Política, en lo que se refiere a la existencia previa del cargo en la planta de personal, no existe funciones asignadas y mucho menos emolumentos previstos en el presupuesto de la entidad y finalmente que no se supere el límite de los tres (3) años para presentar la reclamación ante la entidad una vez se termina el supuesto vínculo contractual.

LA PRESCRIPCIÓN

El término de prescripción de derechos se encuentra señalado en el Decreto 3135 de 1968, de la siguiente forma:

Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Artículo que fue reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, así:

Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.



Radicado No. 2015-00276

Sobre los términos de prescripción y el momento desde cuándo se debe iniciar a contar esta Casa Judicial, la sentencia proferida por el Consejo de Estado el nueve (9) de abril de 2014; señaló:

"En torno a la extinción de los derechos derivados de una relación contractual en la que se demuestra la existencia de un contrato de trabajo, en aplicación de la teoría de la primacía de la realidad sobre las formas, la Sección Segunda de esta Corporación ha considerado:

"La prescripción se encuentra regulada en el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público. El artículo 102, prescribe:

"PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

(...)

Por lo tanto, entendiendo que el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, es justamente a partir de este momento que se contarían los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacia el futuro, situación que operaría en caso de que continuara la relación laboral, empero como el sub-lite se contrae al reconocimiento de una situación anterior no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia, tesis que la Sala en esta oportunidad acoge en su integridad."

En esta oportunidad, la Sala debe precisar que si bien la anterior es la tesis que se aplica en la actualidad y, en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama.

Lo anterior quiere decir que si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan.

En los casos analizados en épocas anteriores por la Sala, como el estudiado en la sentencia cuyo aparte se transcribió previamente, la relación contractual terminó en mayo de 2000 y la reclamación de reconocimiento de las prestaciones sociales se hizo en ese mismo año y dio origen al oficio acusado expedido en el mes de septiembre, es decir, no había vencido el término para que el demandante reclamara sus derechos laborales, consistentes en la declaración misma de la relación laboral.

No ocurre lo mismo en el caso bajo análisis, cuando se trata de relaciones contractuales extinguidas algunas en el año 1994, otras en los años 2000, 2001, 2002 o máximo hasta el año 2003, pero la reclamación en sede administrativa se hizo hasta el año 2010, mediante escrito radicado el 30 de julio (fl. 2).

Lo anterior quiere decir que si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda en la sentencia trascrita, solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, también lo es que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral, debe hacerse dentro de



Radicado No. 2015-00276

los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración. Subrayado fuera de texto.

En pronunciamiento en sentencia de unificación el 25 de agosto de 2016, sobre el término de prescripción en los contratos realidad el Consejo de Estado manifestó lo siguiente:

Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y el 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleados, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social.

Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la "...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

()

Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.

La conclusión clara que se desprende de la sentencia de unificación sobre los contratos realidad es que debe análisis que no haya operado el fenómeno de la prescripción es decir que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral, debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración; pero esta prescripción no se aplica frente a los aportes para pensión; de la misma forma que están exceptas de la caducidad (de acuerdo con lo establecido en el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), por lo tanto pueden ser demandados en cualquier momento; por lo que aunque en los casos de los contrato realidad se debe abordar la existencia del mismo aunque la reclamación haya sido mayor a los tres (3) años para determinar si tiene derecho al reconocimiento de los aportes pensionales, aunque los demás estén prescriptos; pero aclarando que esa imprescriptibilidad no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador, y lo hace de la siguiente forma:

Por último, resulta oportuno precisar que la imprescriptibilidad de la que se ha hablado no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino una relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podría tener incidencia al momento de



Radicado No. 2015-00276

liquidarse el monto pensional, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Por lo tanto esclarecidos estos puntos entraremos a ver el caso concreto, para determinar si tiene derecho al reconocimiento de la declaración de que hubo entre los demandantes y las entidades demandadas una primacía de la realidad laboral sobre la contractual.

- CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta, la sentencia de unificación atrás señalada; en primera instancia es necesario establecer en los casos que se discute la declaratoria de la primacía sobre la realidad en los contratos laborales si existe dicha relación y si además se configuró el fenómeno de la prescripción para determinar que prestaciones laborales son reconocidas o no.

De conformidad con lo expuesto, se tiene que, para la prosperidad de las pretensiones dentro de la acción de nulidad y restablecimiento encaminadas a la declaratoria de un contrato realidad con la administración, se hace necesario que se encuentren debidamente configurados y probados los tres elementos de la relación laboral, esto es: a) la existencia de la prestación personal del servicio, b) la continuada subordinación laboral y, c) la remuneración como contraprestación del mismo; pero se hace énfasis en que principalmente se debe haber acreditado lo que hace referencia a la subordinación del supuesto contratista con la entidad accionada. Así pues, pasa el Despacho a analizar cada uno de estos elementos para determinar si entre la demandante y el ente territorial demandado existió una relación de carácter laboral.

Teniendo como referencia las anteriores exigencias jurídicas y fácticas, en el acervo probatorio encontramos:

- Contrato de prestación de servicios No. 041 del 01 de abril de 2008 con un plazo o duración de 06 meses; orden de servicio No. 016 del 29 de enero de 2010 con un plazo o duración de 06 meses. (Fols. 21 – 25)
- Petición elevada por el actor ante la Alcaldía municipal de TURBACO, en la cual solicita la declaración y reconocimiento de contrato realidad, la cual es resuelta de manera negativa por el ente territorial. (Fols. 18 a 20 y 26 a 27)
- Certificación suscrita por la jefe de personal de la Alcaldía Municipal de Turbaco – Bolívar donde consta que la señora JANELLY MARTÍNEZ GÓMEZ, presto sus servicios laborales como apoyo en la oficina de Tesorería de TURBACO, en los periodos: 1) 2007 y 2008 en conciliación de cuentas por pagar, este último año específicamente del 01 de abril al 01 de octubre; del 02 de julio al 02 de agosto y del 01 al 30 de diciembre de 2009, y del 29 de enero al 28 de junio de 2010. (Folio 65).

De la documental referida se constata la prestación de servicio personal, sin continuidad, y remuneración.

Igualmente se recibió el testimonio de RAFAEL CABARCAS CARRASQUILLA, quien declaró acerca de los términos en que se desarrollaron los servicios prestados por la demandante. (Min 4:30 a 13:46 del audio).

**Radicado No. 2015-00276**

Señala en su declaración, indica que laboró para el municipio de Turbaco en la Casa del Adulto Mayor, específicamente en trabajos sociales, desde el año 2008 a diciembre de 2011, y que la señora JANELLY MARTÍNEZ realizaba actividades varias en la oficina de Tesorería. Manifiesta que la demandante laboró durante el lapso de abril de 2008 a junio de 2011, recibiendo ordenes de los titulares de la mencionada entidad, que lo sabe porque así lo percibía las veces que estuvo en dicha oficina, expresa que él, y en su decir los trabajadores del municipio cumplían un horario de 7:30 am a 12 m y de 2 pm a 5:30 pm, y que el papel utilizado por ella supone era entregado por la Alcaldía del municipio.

Ahora, de la deposición anterior y en aplicación de las reglas de la experiencia, se ha de resaltar del dicho del testigo que este no laboraba en las mismas oficinas o edificio de la demandante, por el contrario existía lejanía entre dichas oficinas, situación que deja en entre dicho el conocimiento de lo que manifiesta, no determina actividades o labores y la forma en que la señora JANELLY debía realizarlas; si bien hace referencia a un horario, lo expresa frente a su situación personal, resaltando que el manifestado no es el común que se maneja en las entidades públicas en Colombia; no determina quién entregaba elementos de trabajo a la señora MARTÍNEZ GÓMEZ, pues aduce que cree se le entregaba papel; y finalmente en cuanto a la continuidad hace referencia a una mera suposición, debido a que sólo atina a manifestar de manera vaga "como hasta aproximadamente el año 2011", situación que resta credibilidad sobre dichos aspectos.

Sobre la base probatoria anterior, se observa que no se prueban la totalidad de las exigencias de ley, existiendo especialmente falencia en lo que toca a la "continuada subordinación laboral", sobre la cual se estructura la figura del contrato realidad.

En ese orden de ideas, el contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento.

A lo anterior se debe agregar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".

En conclusión, no encuentra el Despacho el cumplimiento de los elementos fácticos y jurídicos para declarar la existencia de una relación laboral entre la demandante JANELLY MARTÍNEZ GÓMEZ y el MUNICIPIO DE TURBACO; razón por la cual se negarán las pretensiones de la demanda configurándose la excepción de "INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL DEPENDIENTE".

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".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva. Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:



Radicado No. 2015-00276

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

En el presente caso el despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandada, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que la entidad demandada haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, el juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

5. FALLA

PRIMERO- Declarar probada la excepción denominada "INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL DEPENDIENTE", conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO- En consecuencia a lo señalado en el numeral anterior, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

TERCERO- Sin costas.

CUARTO- Una vez en firme ésta sentencia, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ

Juez