Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00573

Cartagena de Indias D.T y C, veinticuatro (24) de Octubre de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2015-00573-00
Demandante	JESÚS EDUARDO ORTÍZ ORDUÑA Y OTROS
Demandado	MUNICIPIO DE SANTA ROSA DEL SUR
Tema	CONTRATO REALIDAD – ACCIDENTE LABORAL
Sentencia No	0206

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por el señor **JESÚS EDUARDO ORTÍZ ORDUÑA Y OTROS**, a través de apoderado judicial, contra el **MUNICIPIO DE SANTA ROSA DEL SUR – BOLÍVAR.**

2. ANTECEDENTES

- **HECHOS**

1-Señaló, que el señor JESÚS ORTÍZ ORDUÑA, prestó sus servicios al MUNICIPIO DE SANTA ROSA DEL SUR (BOLIVAR), de forma continua, ininterrumpida y permanente desde el 10 de enero de 2014 hasta el día 20 de noviembre del mismo año, mediante contrato verbal, en el cargo de conductor de la volqueta oficial de placas OGW 153.

2- Manifestó, que en dicha entidad la accionante cumplía con sus funciones en el horario y días establecidos por la demandada, en una jornada de 5:00 a.m. a 8:00 p.m, de lunes a sábado y recibiendo una remuneración mensual de $1.500.000, situación que deja ver clara la existencia de una relación laboral.

3- Se indicó que el señor ORTÍZ ORDUÑA el día 20 de noviembre de 2014, sufrió accidente de tránsito cuando se dirigía al municipio de SIMITÍ (BOL), siendo trasladado de urgencias al Hospital San Antonio de Padua de Simiti, con cargo al SOAT de la volqueta antes mencionada, siendo posteriormente remitido a la Clínica Laura Daniela S.A. de la ciudad de Valledupar.

4-Afirmó, que la entidad territorial, el día 22 de noviembre de 2014, prescinde de los servicios del señor ORTÍZ ORDUÑA, dando por terminado el contrato existente, en forma unilateral y sin tener en cuenta el estado de salud del accionante.

5-Aseguró, que posteriormente le fue diagnosticado con fractura por compresión en la T-10 y formaciones osteofiticas en los aspectos marginales anterior localizados entre T-9, 10, T-10, T-11, RMN de pelvis, en donde se evidencia fractura con edemas medulares que compromete el sacro en los niveles S2 y S3 en forma bilateral y predominio derecho , fractura de aspecto transversal con avulsión posterior – inferior de la superficie articular del ilíaco derecho; encontrándose actualmente en tratamiento médico.

6- De trabajo del señor ORTÍZ ORDUÑA depende su núcleo familiar, conformado por su compañera y sus dos hijos de 3 y 13 años de edad.

Radicado No. 13-001-33-33-008-2015-00573

- PRETENSIONES

PRIMERA: Declarase la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios DA-SRSB No. 27 del 04 de febrero de 2015 y DA-SRS No. 046 del 05 de marzo de 2015, por medio de la cual se niegan la existencia de una relación laboral entre el señor JESÚS ORTÍZ ORDUÑA y el municipio de SANTA ROSA DEL SUR.

SEGUNDA: A título de restablecimiento del derecho se declare que entre el señor JESÚS ORTÍZ ORDUÑA y el municipio de SANTA ROSA DEL SUR existió un vínculo laboral por sus funciones como conductor, desde el 10 de enero de 2014 hasta el 20 de noviembre de 2014.

TERCERA: Que se condene al MUNICIPIO DE SANTA ROSA DEL SUR (BOLÍVAR) a pagarle al demandante las sumas equivalentes a las prestaciones sociales o acreencias laborales generadas por la prestación de servicios en calidad de conductor, como lo son las vacaciones, auxilio de cesantías, intereses de cesantías, primas de ley, indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, reconocimiento y pago de aportes para salud y pensión, sanción moratoria por la mora en el pago de las cesantías definitivas, y las demás que correspondan por ley.

CUARTA: Que se declare que el accidente laboral sufrido por el accionante el día 20 de noviembre de 2014, cuando se encontraba conduciendo el vehículo de placas OGW-153, de propiedad del municipio de Santa Rosa del Sur, fue responsabilidad del municipio al no haber cumplido con la exigencia legal de realizar la revisión técnico mecánica de dicho automotor.

QUINTA: Que se condene al municipio de Santa Rosa del Sura pagar al demandante, los siguientes perjuicios:

a) PERJUICIOS MATERIALES.

- LUCRO CESANTE, la suma de $12.000.000.oo
- DAÑO EMERGENTE, la suma de $17.000.000.oo

b) PERJUICIOS MORALES

- Para JESUS EDUARDO ORTÍZ ORDUÑA, la suma de 100SMLMV
- Para YENNY PAOLA MARTÍNEZ MORENO, y los menores JUAN CAMILO ORTÍZ MARTÍNEZ y KAREN YULIETH ORTÍZ MARÍN, la suma de 200 SMLMV

c) DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN: La suma 100smlmv, al señor JESUS EDUARDO ORTÍZ ORDUÑA.

SEXTA: El demandado dará cumplimiento a esta en los términos de los artículos 189, 192, 193 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y condenando en costas y gastos.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

Considera el apoderado judicial de la accionante que con la expedición del acto acusado las accionadas ha trasgredido las siguientes normas:

- Artículos 1, 5, 13, 25, 53 y 90 de la Constitución Política
- Artículos 9 y 23 C. S. T

En cuanto al fundamento el apoderado de la accionante, manifiesta:

Argumentó, que la actuación administrativa demandada viola las normas antes relacionadas, pues en el presente asunto existe es una relación laboral, por cuanto se presentan los tres elementos que indican la ley y la jurisprudencia, como lo son la i) prestación personal del servicio, ii) la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto al empleador que faculte a este para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle el reglamento; e iii) la remuneración como contraprestación.

- CONTESTACIÓN

MUNICIPIO DE SANTA ROSA DEL SUR: Las causales exonerativas de responsabilidad pueden exonerar de responsabilidad al demandado de forma total cuando la fuerza mayor, el hecho del tercero y/o el hecho de la víctima son consideradas como la causa única exclusiva y determinante del daño. Pero también puede demostrarse que probada esa causal exonerativa, su ocurrencia tuvo incidencia en la producción del daño junto con el actuar del demandado a título de concausalidad, evento en el cual la consecuencia no será, en principio, la exoneración total de responsabilidad, sino que se estará frente a una reducción en la apreciación del daño, es decir, una reducción de la indemnización. Se puede afirmar que la imputación que no ha pasado por el filtro de las causales exonerativas, es una imputación aparente, que se convierte en definitiva sólo cuando supera este estudio sin verse alterada.

Hecho de la víctima.

Esta figura exonerativa parte, en nuestro parecer, de la siguiente lógica: quien ha concurrido con su comportamiento por acción o por omisión, con culpa o sin ella, a la producción o agravamiento del daño sufrido, debe asumir las consecuencias de su actuar. En derecho positivo existen dos normas que nos refieren a la aplicación de esta causal: El artículo 2357 del Código Civil establece textualmente: "La apreciación del daño está sujeta a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente". El artículo 70 de la Ley 270 de 1996 Ley Estatutaria de la Administración de Justicia establece: "El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de Ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado".

Es claro para la defensa que el demandante al tomar el vehículo de propiedad del municipio de Santa Rosa del Sur - Bolívar, sin autorización, pues para la fecha de los hechos no había ninguna solicitud de la comunidad que ameritara el desplazamiento del vehículo y desde luego el pago por esa labor; dirigirse a un municipio vecino, solo en compañía de su hijo menor, el cual tan solo tenía 2 años de edad, y que obviamente requería de otra persona que se hiciera responsable del menor, fue una decisión altamente peligrosa, pues no se entiende como el demandante podía tener el cuidado, la diligencia y destreza que se requiere a la hora de conducir un vehículo, que como ya se ha dicho es una actividad cataloga como peligrosa; se expuso de forma irresponsable en la producción del daño sufrido, el cual era muy fácil de prever por el demandante, pues lógicamente al estar pendiente de su hijo no podía estar concentrado conduciendo, situación que muy seguramente fue la causa del accidente. No conoce la defensa ningún documento que establezca la falla mecánica como probable causa del accidente, a parte de la versión del demandante; quien omite o deja a un lado en la demanda el hecho que el día del accidente se dirigía con su hijo menor de 2 años. Lo cual desvirtúa claramente que se encontrara en horas laborales como pretende hacerlo ver, situación que únicamente quedo expuesto en lo señalado por el demandante en la denuncia de accidente de tránsito que obra a folios 73 y 77 del expediente.

Así mismo no considera la defensa que el demandante pretenda señala la responsabilidad al demandado aduciendo el hecho de que el mencionado vehículo no contaba con el requisito de la revisión técnico mecánica, pues el documento en sí, no significa que no pueda ocurrir un accidente;

las fallas mecánicas se evitan con el debido mantenimiento al vehículo, el cual si se realizaba como consta en los contratos celebrados para ese fin, los cuales se adjuntan como pruebas.

Fundamentando en lo anterior la excepción de "INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL PRETENDIDA ENTRE EL DEMANDANTE Y EL MUNICIPIO DE SANTA ROSA DEL SUR-BOLÍVAR" y "HECHO DE LA VÍCTIMA".

- **TRÁMITES PROCESALES**

La demanda fue presentada el 01 de septiembre del 2015, repartida inicialmente en el H. Tribunal Administrativo de Bolívar, el cual se declara sin competencia, repartida entre los juzgados la recibe este despacho el 16 de diciembre de 2015, y admitida mediante auto del 21 de enero de 2016, notificada mediante estado de fecha 005 del mentado año.

Por auto del 31 de mayo de 2016, se cita a las partes a audiencia inicial para el 09 de agosto de 2016, llegado el día y la hora se instala la audiencia y se decretan pruebas. (fl. 299-304).

La audiencia de pruebas se celebró los días 31 de octubre de 2016, 04 de abril y 07 septiembre del 2017; se cierra el debate probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar dentro de los 10 días siguientes.

- **ALEGACIONES**

DEMANDANTE: Ratifica los supuestos de hecho y de derecho sobre los que se soporta la demanda, destacando que con las pruebas recaudadas en el proceso se verifica que se presentaron los tres elementos que exige la ley para la existencia del contrato realidad, como lo son la prestación personal del servicio, la continua subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del servicio, así como la ocurrencia del accidente de trabajo, por lo que se deben acceder a las pretensiones de la demanda.

MUNICIPIO DE SANTA ROSA DEL SUR: No presenta alegatos de conclusión.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

El trámite procesal se adelantó con observancia de los preceptos de orden constitucional y legal sin que, en la hora actual, se advierta causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

4. CONSIDERACIONES

- **PROBLEMA JURÍDICO**

¿Se presentan los elementos que estructuran una relación laboral entre MUNICIPIO DE SANTA ROSA DEL SUR y el señor JESUS EDUARDO ORTÍZ ORDUÑA; 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?

Determinar si existe responsabilidad por parte del municipio de Santa Rosa del Sur del accidente sufrido por el señor JESUS EDUARDO ORTÍZ ORDUÑA el día 20 de noviembre de 2014 cuando conducía el vehículo de placas OGW-153 de propiedad del ente territorial.

- TESIS DEL DESPACHO

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 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 ya que no se pudo ni probar la existencia del contrato, por lo tanto se negará las pretensiones deprecadas mediante este medio de control.

Por otro lado, y en relación con la responsabilidad estatal en el accidente del señor JESUS EDUARDO ORTIZ ORDUÑA, se puede decir que existió el daño pero ocurrió por hecho de la víctima, en primer lugar porque como ya dijimos no se probó la configuración de una relación contractual y segundo porque por los relatos el accidente ocurrió por imprevisión y responsabilidad del mismo actor JESUS EDUARDO ORTIZ ARDUÑA; quien con su comportamiento; condujo a la producción del daño y por lo tanto debe sufrir consecuencia de su actuar tal como ocurrió en el presente caso, porque no se explica la presencia de su hijo en la cabina del vehículo accidente que se suponía era para realizar labores del municipio y no para realizar diligencias personales; en tal sentido encuentra el despacho también deben negarse las pretensiones de la demanda por no encontrar responsabilidad administrativa del ente territorial accionado.

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 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:[1]

> *"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

[1] *Consejo de Estado. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 13 de mayo de 2010. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Radicación número: 76001-23-31-000-2001-05650-01(0924-09).*

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 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 puedes 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."*[2] *(Subrayas fuera del Texto)*

[2] Consejo de Estado. Sala Plena. sentencia del 18 de noviembre de 2003. Magistrado Ponente Dr. NICOLAS PAJARO PEÑARANDA.

En el año 2005, el Consejo de Estado[3] 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 dejo 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 titulo 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[4] que aunque se hubiese contratado por parte de la Administración mediante contrato de prestación de servicios, se presentaren 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 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.)."*[5]

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.

---

[3] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección B. sentencia de junio 23 de 2005. Magistrado Ponente Dr. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMENTE

[4] Consejo de Estado. Sección Segunda Sección- Subsección A. sentencia de 17 de abril de 2008. Magistrado Ponente Dr. JAIME MORENO GARCIA

[5] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de febrero 19 de 2009. Magistrada Ponente Dra. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

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 articulo 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.

Respecto al hecho de que la demandante haya estado vinculada en algunas oportunidades por intermedio de una cooperativa el Consejo de Estado[6] ha señalado:

> *Así las cosas, la Sala encuentra probada la contratación de la actora a través de convenios de asociación con diferentes Cooperativas de Trabajo Asociado en favor del Hospital Engativá II Nivel E.S.E, desde el 1º de septiembre de 2003 y hasta el 31 de octubre de 2005, es decir, durante 2 años y dos meses, para ejecutar las funciones de Médica Ginecóloga, toda vez que el mismo Hospital fue el que reconoció la existencia de esta vinculación durante dicho período.*
>
> *Al revisar los tres requisitos esenciales para la existencia de una relación laboral, se tiene que la actora desempeñaba una (i) **actividad personal** para el Hospital Engativá II Nivel E.S.E, consistente en ejecutar las funciones de Médica Ginecóloga en las instalaciones del mismo. De igual manera, se comprueba que ella estaba obligada a cumplir con las directrices y el horario, y no bajo su propia dirección o gobierno, con mayor razón cuando se trata de actividades propias del giro ordinario de la entidad y ejecutadas por los funcionarios de planta, a los cuales le son consustanciales los elementos de (ii) **subordinación** y dependencia*
>
> *Ahora bien, en contraprestación a la labor que desempeñó la accionante, ella recibía una (iii) **remuneración** la cual sólo fue pagada directamente por el Hospital demandado desde el 6 de septiembre de 2002 y hasta el 31 de agosto de 2003 tiempo durante el cual, estuvo vinculada a través de los contratos de prestación de servicios, con posterioridad a esta fecha, continuó recibiendo una suma de dinero, pero proveniente del pago de las compensaciones mensuales a las que tenía derecho como afiliada de la Cooperativa de Trabajo Asociado.*
>
> *Si bien es cierto, que la remuneración que recibía la actora no correspondía a los recursos de la entidad estatal, también lo es que en atención a que el Hospital demandado **intento desconocer una relación laboral, a través de la intermediación de una Cooperativa de Trabajo Asociado,** esto no impide que el ente accionado asuma las responsabilidades por la conducta desplegada en detrimento de los derechos laborales y prestacionales consagrados a favor del trabajador.*
>
> ***En este orden de ideas, priman los derechos del trabajador sobre la modalidad de contratación que utilizó el accionado.***
>
> *Vale decir, que la Corte Constitucional ya se refirió a la autonomía que tienen las cooperativas en el establecimiento de sus reglamentos y el límite constitucional para el desarrollo de ésta. Por ejemplo, en la Sentencia C-211 de 2000[7], concluyó que no se habla de autonomía estatutaria absoluta, sino limitada por parámetros constitucionales; en particular, por los derechos fundamentales de los trabajadores.*
>
> *Por otra parte la misma Corte ya ha proferido fallos donde señaló la posibilidad de la configuración de contrato realidad al momento de estar vinculado con una Cooperativa de*

---

[6] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00041-01 (0260-09)

[7] M.P. Carlos Gaviria Díaz

Trabajo Asociado, es por ello, que en la Sentencia T-286 de 2003[8], en un caso similar al estudiado, sobre el tema dijo:

"A- La sentencia C-211 de 2000 se basa en el hecho de que los miembros de las cooperativas de trabajo asociado no ostentan una relación empleador - empleado, lo que de suyo implica que bajo tales respectos el asociado ha de trabajar individual o conjuntamente para la respectiva cooperativa en sus dependencias.

B- En contraste con esto, en el caso de autos la Sala observa que si bien la actora es asociada de una cooperativa de trabajo asociado (Coodesco), también lo es el hecho de que Coodesco la envió a prestar sus servicios personales en las dependencias del Citibank, lugar donde cumplía un horario y recibía una remuneración por parte de la Coodesco. Es decir, en el caso planteado, tuvo lugar una prestación personal del servicio en cabeza de la actora, una subordinación jurídica de la misma frente a Coodesco y una remuneración a cargo de ésta por los servicios personales prestados por la demandante. ***En otras palabras, se configuró el contrato de trabajo en consonancia con la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal (art. 53 C.P).***

La existencia de una relación entre cooperativa y cooperado no excluye necesariamente que se de una relación laboral entre cooperativa y cooperado y esto sucede cuando el cooperado no trabaja directamente para la cooperativa, si no para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la cooperativa; que fue lo que sucedió en este caso." *(Subrayado fuera de texto)*

De acuerdo con el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, se concluye que la mencionada afiliación de la demandante a la Cooperativa de Trabajo Asociado, 1 día después de su contratación mediante contrato de prestación de servicios en el cargo de Médica Ginecóloga, resulta ser una manera de "disimular" el vínculo laboral de subordinación que en realidad subyace entre la actora y el Hospital Engativá II Nivel E.S.E.

Así las cosas, no es admisible constitucionalmente que las cooperativas de trabajo asociado, basándose en sus estatutos, dejen desprotegidos los derechos de los trabajadores.

En el mismo sentido, es inaceptable que las entidades estatales en ejercicio de la función pública, celebren o ejecuten contratos con Cooperativas de Trabajo Asociado, con el objeto desconocer una relación laboral, lo que lleva consigo el detrimento de los derechos laborales y prestacionales consagrados a favor del trabajador.

En este orden de ideas, si se configuran actos de intermediación laboral por parte de las cooperativas a favor de entidades del Estado, la entidad pública (la cual funge como tercero), que se beneficie finalmente del servicio, será solidariamente responsable por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado. Toda vez que sí se comporta una dependencia del trabajador frente a ella, y la cooperativa, la entidad adquiere responsabilidades sobre éste, a pesar que no se encuentra vinculado de manera directa[9].

---

[8] M.P. Jaime Araujo Rentería

[9] "Como consecuencia de los efectos negativos de la utilización de las Cooperativas de Trabajo Asociado con el fin de ejecutar prácticas de intermediación laboral, El Presidente de la República expidió el **Decreto 4588 de 2006,** Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, y en el **ARTÍCULO 17º dispuso:** ***"PROHIBICIÓN PARA ACTUAR COMO INTERMEDIARIO O EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES.*** *Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos*

Bajo estos supuestos, observa la Sala, que es claro que las cooperativas se desempeñan bajo los lineamientos de la Ley 79 de 1988, pero también es claro, que cuando el asociado es vinculado con otro ente, en este caso, el Hospital demandado, pero por órdenes puntuales y estrictas de la Cooperativa así como del tercero, existe una relación de empleador – empleado. Es decir, el asociado, la señora María Stella Lancheros Torres trabajaba en el Hospital Engativá, bajo las instrucciones de éste y tanto la cooperativa, como el Hospital fungen como empleadores, no obstante, si bien es cierto, en la presente causa no fueron demandas las cooperativas con las cuales mediaron contratos entre la actora y el Hospital demandado, también lo es, que esto en nada impide que el ente accionado asuma las responsabilidades por la conducta desplegada en detrimento del trabajador, en virtud de la solidaridad laboral.

*Asimismo es válido afirmar, que durante el tiempo que duró la relación entre la demandante y el Hospital demandado, **a pesar de las diferentes denominaciones, (contratos de prestación de servicios y sucesivamente a través de convenio de asociación con una Cooperativa de Trabajo Asociado) no existió ningún tipo de interrupción considerable en la prestación del servicio, lo que denota la permanencia y la necesidad de las labores que fueron desempeñadas por la actora en la institución**, igualmente se observa que funcionalmente fungió ejecutando las mismas funciones en favor del ente demandado, quien fue el que en últimas se benefició de los servicios prestados por la demandante.*

(...)

Por lo anterior, se declarará la existencia de una relación laboral entre el demandante y el Hospital Engativá II Nivel E.S.E, mientras duró la intermediación de las Cooperativas de Trabajo Asociado, esto es, desde el 1º de septiembre de 2003 y hasta el 31 de octubre de 2005, con las consecuencias prestacionales que corresponden a la labor desarrollada, como quiera que el Estado no puede verse beneficiado de su conducta irregular y pretender trasladar la responsabilidad de su actuación a quien ha sido de esa manera contratado, pues el verdadero sentido del principio de la realidad sobre la formalidad implica que se reconozca con certeza y efectividad todo derecho que deviene del despliegue real de una actividad laboral.

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.

---

propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.

Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado". (subrayado fuera de texto). Vale recalcar que esta disposición fue proferida con posterioridad a la vinculación de la actora a través de los convenios de asociación.

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 102°.- ***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.
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.

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[10] 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."55

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.**

[10] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA. SUB SECCION "A". Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Bogotá, D.C., nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014). Radicación número: 20001-23-31-000-2011-00142-01(0131-13)

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 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[11] 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.

(...)

[11] CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 5 de 2016. Magistrado Ponente Carmelo Perdomo Cuéter.

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 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 tienes 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 en ese caso existe responsabilidad administrativa del Municipio de Santa Rosa del Sur de Bolívar por el presunto accidente laboral que sufrió el señor JESUS EDUARDO ORTIZ ARDUÑA en vehículo de propiedad de ente territorial demandado.

Señala la parte demandante que el señor JESÚS ORTÍZ ORDUÑA, prestó sus servicios al MUNICIPIO DE SANTA ROSA DEL SUR (BOLIVAR), de forma continua, ininterrumpida y permanente desde el 10 de enero de 2014 hasta el día 20 de noviembre del mismo año; y el día 20 de noviembre de 2014, sufrió accidente de tránsito cuando se dirigía al municipio de SIMITÍ (BOL), siendo trasladado de urgencias al Hospital San Antonio de Padua de Simití, con cargo al SOAT de la volqueta antes mencionada, siendo posteriormente remitido a la Clínica Laura Daniela S.A. de la ciudad de Valledupar.

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 los demandantes y el ente territorial demandado existió una relación de carácter laboral.

Ahora bien, es de resaltar que la vinculación que tenía el señor JESUS EDUARDO ORTIZ ARDUÑA Dice ser oral , sin embargo hay que recordar que por regla general, los contratos estatales deben constar por escrito, pues así lo disponen los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, al señalar que es esta la forma que deben adoptar tales actos jurídicos para existir jurídicamente y quedar perfeccionados, es decir, para que sean válidos desde la perspectiva estrictamente formal (requisito ad solemnitatem o ad substanciam actus). Esta exigencia es una de las llamadas formalidades plenas de los contratos del Estado; esta circunstancia de por si sola bastaría por no seguir analizando las si se configuró un contrato realidad y derivar de ahí el derecho al reconocimiento de prestaciones sociales tal como lo pide la parte actora.

En gracia de discusión, y si nos fuéramos a la hipótesis de los contratos sin formalidades plenas que contemplaba el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 (derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007) y los contratos de mínima cuantía de que tratan los artículos 2 de la Ley 1150 de 2007 y 94 de la Ley 1474 de 2011, cuya existencia y eficacia no está determinada por la solemnidad prevista por los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 199312, de modo que la declaración de existencia de este tipo de negocios es posible obtenerla a través de la acción contractual.

Analizados los elementos de juicio allegados al proceso, esta Casa Judicial considera que la situación que se presenta en sub iudice, no hace procedente la declaración de existencia del contrato estatal. No hay prueba, o por lo menos no fue allegada al proceso, de que el Municipio de Santa Rosa del Sur de Bolívar, hubiera solicitado al señor JESUS EDUARDO ORTIZ ARDUÑA una propuesta para la prestación de sus servicios profesionales y tampoco fue probado que la propuesta elaborada por el demandante hubiera sido entregada al Municipio, pues no se observa en el documento constancia alguna en tal sentido, sólo existe la manifestación hecha por el propio demandante y unas declaraciones juramentadas (ver folios 110 a 120), pero que este caso no tiene la idoneidad legal es decir no es conducente en este caso concreto.

Lo anterior descarta de plano la posibilidad de obtener la declaración de existencia del contrato de prestación de servicios, y aún más allá, la configuración de la supremacía de realidad sobre las formalidades, pues no existe el menor elemento de juicio que permita deducir que las partes recorrieron un camino tendiente a definir el negocio jurídico y, en ese sentido, para esta Judicatura resulta claro que no surgió el contrato que, según la demanda, las partes aspiraron celebrar, de suerte que la ausencia de la totalidad de los trámites necesarios para la formalización escrita del contrato y su posterior perfeccionamiento permite concluir que el negocio jurídico es inexistente, más aún cuando se trata de un contrato que debía constar por escrito, con todas las formalidades que establecen los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, por ser el Municipio de Santa Rosa del Sur de Bolívar una de las entidades sujetas a dicha ley, según lo dispone el artículo 2 de la misma.

[12] Ver a este respecto la reciente sentencia proferida por esta Sub Sección el 3 de octubre de 2012, exp. 26.140.

En segundo lugar, y para desatar el otro problema jurídico que nos convoca en esta controversia judicial, en cuanto a determinar si existe responsabilidad por parte del municipio de Santa Rosa del Sur del accidente sufrido por el señor JESUS EDUARDO ORTÍZ ORDUÑA el día 20 de noviembre de 2014 cuando conducía el vehículo de placas OGW-153 de propiedad del ente territorial, se harán las siguientes precisiones.

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, para que el Estado sea declarado responsable patrimonialmente, es necesaria la acreditación de un daño antijurídico que le sea imputable. De donde, la ocurrencia del daño, desprovista de razones jurídicas para atribuírselo al Estado o de actuaciones que no lesionan patrimonialmente, es insuficiente para imponer la obligación de reparar.

El primer y principal elemento sobre el que gravita la responsabilidad, se entiende como la pérdida, afectación o menoscabo, cierto y particular, sufrido en los derechos, intereses, libertades y creencias, que una persona no tiene por qué soportar. Al punto que si no se configura el daño, nada se debe indemnizar y establecido, corresponde determinar a quién le resulta imputable, para conminarlo a indemnizar al perjudicado.

En relación con esto último, la jurisprudencia de la Sala tiene por establecido que el título de imputación de responsabilidad a la administración debe estar en consonancia con la realidad probatoria, en cada caso concreto. Esto, porque, en cuanto el artículo 90 constitucional no privilegia un régimen especial de responsabilidad, los títulos o razones que permiten atribuir la responsabilidad al Estado son elementos argumentativos de la sentencia.

Al respecto ha indicado el Honorable Consejo de Estado lo siguiente:

> "7. Al no existir consagración constitucional de ningún régimen de responsabilidad en especial, corresponde al juez encontrar los fundamentos jurídicos de sus fallos. Los títulos de imputación hacen parte de los elementos argumentativos de la motivación de la sentencia.
>
> En la actualidad, las decisiones judiciales que se consideran admisibles son únicamente aquellas que tienen como sustento, criterios o parámetros distinguibles que puedan ser revisados y analizados desde una órbita externa a la decisión misma. Bajo esa perspectiva, cada providencia judicial conlleva una elección entre diferentes opciones de solución, que, según el criterio del fallador, se escoge por mostrarse como la más adecuada al caso concreto.
>
> En ese orden de ideas, la razón por la cual se exige al juez dicha motivación tiene que ver con la necesidad de observar el itinerario recorrido para la construcción y toma de la decisión adoptada, de manera que se disminuya el grado de discrecionalidad del fallador quien deberá siempre buscar la respuesta más acertada, garantizando así una sentencia argumentada, susceptible de ser controvertida en tal motivación por vía de impugnación por las partes que se vean perjudicadas.

> En el caso colombiano, la obligatoriedad de motivación de las sentencias judiciales, encuentra su antecedente más cercano en el artículo 163 de la Constitución de 1886, regla ésta que fue excluida de la Carta Política de 1991 y que vino a ser incorporada de nuevo con la expedición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Así mismo, el Código Contencioso Administrativo contempla los elementos esenciales que deben contener las sentencias judiciales, entre los cuales aparece de manera expresa la necesidad de motivación.
>
> En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos "títulos de imputación" como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.
>
> En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia".

De donde, establecido que la víctima no tiene por qué soportar el daño y que el mismo ocurrió en razón de la prestación del servicio, la administración debe asumir la obligación de indemnización.

Responsabilidad del Estado por cosas o actividades peligrosas:

En relación con el título de imputación aplicable a los daños causados por cosas o actividades peligrosas la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

"El art. 90, inc. 1° de la Carta Política, exige -en orden a deducir la responsabilidad patrimonial del Estado-, que los daños antijurídicos sean "causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas", con lo cual se refiere al fenómeno de la imputabilidad, tanto fáctica como jurídica.

De allí que elemento indispensable -aunque no siempre suficiente- para la imputación, es el nexo causal entre el hecho causante del daño y el daño mismo, de modo que este sea el efecto del primero.

En este entendimiento, la imputación del daño al Estado depende, en este caso, de que su causación obedezca a la acción o a la omisión de las autoridades públicas, en desarrollo del servicio público o en nexo con él, excluyendo la conducta personal del servidor público que, sin conexión con el servicio, causa un daño.

El problema de la responsabilidad del Estado debe resolverse con base en lo prescrito en

el art. 90 de la Carta Política, según el cual el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Debe establecerse, entonces, en cada caso, si existen los elementos previstos en esta disposición para que surja la responsabilidad, esto es, el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado.

Ha sido reiterada la tesis de la Sala, según la cual en los eventos en que el daño es producido por las cosas o actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.), el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal que el Estado expone a los administrados.

De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. "1 Sin embargo, ha sostenido también la Sala que el Estado para exonerarse de responsabilidad deberá probar que el hecho ha tenido ocurrencia por la intervención de un elemento extraño: fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima.

De los hechos narradas y de los testimonios recolectados especialmente los testimoniales, se resalta el del señor JORGE ENRIQUE GOMEZ GUTIERREZ, (folios 362 a 364), que señala lo siguiente:

> "Lo que yo me enteré del accidente de Eduardo, fue que tuvo un accidente en la Volqueta DINA en la Santa Rosa- Simiti, los rumores que decían del accidente era que Eduardo conducía con un menor de edad en la cabina hijo de él, que al parecer el niño y no el tenían elementos de seguridad tal como el cinturón que llevan puesto, debido a eso el señor por falta de pericia y por andar cuidando al niño se distrajo y pudo ser una de las causantes del accidente comenta la gente, yo JORGE GOMEZ como soy el que periódicamente le hacía mantenimiento a la volqueta, doy fe de que el vehículo mecánicamente está perfectamente"

Por otro lado, en la declaración y ratificación de declaración juramentada, que hace el señor ISAI CABEZAS PALACIOS (folio 421), dice:

> "yo ahí si no, yo ya no trabajaba con el yo había salido de alcaldía cuando él se accidentó, yo supe que él se había accidente no supe ni a qué hora ni cuando, ni cómo ni donde, después escuche los comentarios"

Declaración y ratificación de declaración juramentada, que hace el señor LUIS ALVARO MARIN CAMPOS (folio 421), dice:

> "No puedo decir nada no estabas en el lugar de los hecho, luego tampoco por manifestación que él mismo había dicho que había quedado lesionado"

En conclusión, se configuró una causal de exoneración de responsabilidad del estado como hecho de la propia víctima, en primer lugar porque como ya dijimos no se probó la configuración de una relación contractual y segundo porque por los relatos el accidente ocurrió por imprevisión y responsabilidad del mismo actor JESUS EDUARDO ORTIZ ARDUÑA;

quien con su comportamiento; inclusive sin culpa o sin ella, condujo a la producción del daño y por lo tanto debe sufrir consecuencia de su actuar tal como ocurrió en el presente caso, porque no se explica la presencia de su hijo en la cabina del vehículo accidente que se suponía era para realizar labores del municipio y no para realizar diligencias personales; en tal sentido encuentra el despacho también deben negarse las pretensiones de la demanda por no encontrar responsabilidad administrativa del ente territorial accionado.

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:
"……

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 demandante, 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 se haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena de Indias, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

5. FALLA

PRIMERO- 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMÍGUEZ
Juez