

585



Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

Cartagena de Indias D.T y C, tres (03) de Noviembre de dos mil diecisiete (2017).

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2014-00411-00; 2014-00377; 2015-00004 y 2015-00042 (CUMULADOS)
Demandante	EDUARDO MORILLO YEPES; JAIME ZETIEN MILLAN; JOSÉ MERCADO ORTÍZ y CARLOS ROMERO MARTÍNEZ
Demandado	DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS (DATT)
Tema	CONTRATO REALIDAD – PROCESOS ACUMULADOS
Sentencia No	0220

### 1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por los señores EDUARDO MORILLO YEPES, JAIME ZETIEN MILLAN, JOSÉ MERCADO ORTÍZ y CARLOS ROMERO MARTÍNEZ (ACUMULADOS), a través de apoderado judicial, contra el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS (DATT).

### 2. ANTECEDENTES

#### - HECHOS (PARA TODOS LOS PROCESOS)

- Los demandantes indican que estuvieron vinculados mediante contratos de prestación de servicios con el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, específicamente en el Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte, de forma continua, ininterrumpida y permanente, como Regulador de Tránsito Policía o Agente de Tránsito.
- Manifestaron que en dicha entidad cumplían con sus funciones en el horario y días establecidos por la demandada, en una jornada de 8 horas diarias, sin importar domingos y festivos, y recibiendo una remuneración mensual, situación que deja ver clara la existencia de una relación laboral.
- Afirman que la entidad territorial prescindió de sus servicios, dando por terminados los contratos existentes, en forma unilateral, y sin que nunca haya reconocido prestaciones sociales por la labor.
- Dan a conocer que mediante derecho de petición se solicitó reconocimiento del contrato realidad.
- A través de los actos demandados la entidad demandada negó el reconocimiento del CONTRATO REALIDAD que se configuro a favor de los demandantes, por haber laborado al servicio del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS- Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Cartagena (DATT).





Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

- **PRETENSIONES**

➤ **EDUARDO ENRIQUE MORILLO YEPES. RAD. 2014-00411**

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo oficio No. AMC-OFI-0028356-2014, comunicado al demandante el 16 de abril de 2014, suscrito por JORGE ENRIQUE GONZALEZ MARRUGO, en su calidad de director del DATT, y en el cual se denegó el reconocimiento del contrato realidad y el consiguiente restablecimiento del derecho.
2. Que se declare la nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo nacido del recurso de apelación radicado EXT- AMC-14-0026190 presentado a la entidad demandada el 22 de abril de 2014, interpuesto contra el acto administrativo oficio No. AMC-OFI-0028356-2014.
3. Que se declare que entre el demandante y la demandada existió una relación legal y reglamentaria irregular, y en consecuencia se reconozca y pague los siguientes emolumentos: cesantías, intereses de cesantía, primas de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, prima técnica, vacaciones, aportes a salud y pensión, diferencias salariales dejadas de pagar, devolución de retención en la fuente, indemnización por despido sin justa causa, dotación y uniformes, horas extra, recargo nocturno, sanción moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales.
4. Que los conceptos reclamados se paguen debidamente indexados.
5. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia conforme lo establecido en el artículo 192 del CPACA.
6. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

➤ **CARLOS MARIO ROMERO MARTINEZ. RAD. 2014-00377**

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo oficio No. EXT-AMC-14-0026193, comunicado al demandante el 16 de abril de 2014, suscrito por JAIME RAMIREZ PIÑEREZ, en su calidad de Jefe Oficina Asesor Jurídico De La Alcaldía De Cartagena, y en el cual se denegó el reconocimiento del contrato realidad y el consiguiente restablecimiento del derecho.
2. Que se declare la nulidad del acto administrativo oficio AMC-PQR-0002821-2014 de fecha 09 de mayo de 2014 mediante el cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra oficio No. EXT-AMC-14-0026193, comunicado al demandante el 16 de abril de 2014, suscrito por JAIME RAMIREZ PIÑEREZ, en su calidad de Jefe Oficina Asesor Jurídico De La Alcaldía De Cartagena.
3. Que se declare que entre el demandante y la demandada existió una relación legal y reglamentaria irregular, y en consecuencia se reconozca y pague los siguientes emolumentos: cesantías, intereses de cesantía, primas de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, prima técnica, vacaciones, aportes a salud y pensión, diferencias salariales dejadas de pagar, devolución de retención en la fuente, indemnización por despido sin justa causa, dotación y uniformes, horas extra, recargo nocturno, sanción moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales.
4. Que los conceptos reclamados se paguen debidamente indexados.
5. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia conforme lo establecido en el artículo 192 del CPACA.
6. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

➤ **JAIME ERNESTO ZETIEN MILLAN. RAD. 2015-00004**

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo oficio No. EXT-AMC-14-0038927, comunicado al demandante el 16 de junio de 2014, suscrito por MARIA CABRERA DE LEON, en su calidad de Directora Talento Humano Alcaldía De Cartagena, y en el cual se denegó el reconocimiento del contrato realidad y el consiguiente restablecimiento del derecho.
2. Que se declare la nulidad del acto administrativo oficio AMC-PQR-0058169-2014 de fecha 28 de julio de 2014 mediante el cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra oficio No. EXT-AMC-14-0038927, comunicado al demandante el 16 de junio de 2014, suscrito por MARIA CABRERA DE LEON, en su calidad de Directora Talento Humano Alcaldía De Cartagena, en su calidad de Jefe Oficina Asesor Jurídico De La Alcaldía De Cartagena.
3. Que se declare que entre el demandante y la demandada existió una relación legal y reglamentaria irregular, y en consecuencia se reconozca y pague los siguientes emolumentos: cesantías, intereses de cesantía, primas de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, prima técnica, vacaciones, aportes a salud y pensión, diferencias salariales dejadas de pagar, devolución de retención en la fuente, indemnización por despido sin justa causa, dotación y uniformes, horas extra, recargo nocturno, sanción moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales.
4. Que los conceptos reclamados se paguen debidamente indexados.
5. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia conforme lo establecido en el artículo 192 del CPACA.
6. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

➤ **JOSE MERCADO ORTIZ. RAD. 2015-00042**

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo oficio No. AMC-OFI-14-0034209, comunicado al demandante el 29 de abril de 2014, suscrito por JORGE ENRIQUE GONZALEZ MARRUGO, en su calidad de director del DATT, y en el cual se denegó el reconocimiento del contrato realidad y el consiguiente restablecimiento del derecho.
2. Que se declare la nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo nacido del recurso de apelación radicado EXT- AMC-14-0028953 presentado a la entidad demandada el 05 de mayo de 2014, interpuesto contra el acto administrativo oficio No. AMC-OFI-14-0034209, comunicado al demandante el 29 de abril de 2014, suscrito por JORGE ENRIQUE GONZALEZ MARRUGO, en su calidad de director del DATT.
3. Que se declare que entre el demandante y la demandada existió una relación legal y reglamentaria irregular, y en consecuencia se reconozca y pague los siguientes emolumentos: cesantías, intereses de cesantía, primas de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, prima técnica, vacaciones, aportes a salud y pensión, diferencias salariales dejadas de pagar, devolución de retención en la fuente, indemnización por despido sin justa causa, dotación y uniformes, horas extra, recargo nocturno, sanción moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales.
4. Que los conceptos reclamados se paguen debidamente indexados.
5. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia conforme lo establecido en el artículo 192 del CPACA.
6. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

**- 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:

Constitución Política, artículos 2, 4, 6, 13, 29, 83, 90, 121, 122, 209. Violación directa por falta de aplicación de la Ley 1437 de 2011 CPACCA.

Ley 489 de 1998: Artículo 1, 2, 3 y 4.

Ley 50 de 1990: Artículo 83.

Del decreto 24 de 1998: Artículo 18.

Código Sustantivo del Trabajo: Artículos 23 y s.s.

Del decreto 2127/45: artículo 1, 2 y 50.

Del decreto 1042/78: artículo 2, 31 y 33.

Ley 244/95.

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.

Ha sostenido la jurisprudencia de las altas corporaciones, que los contratos de prestación de servicios y el contrato de trabajo, tienen elementos comunes, pero igualmente ha dicho que tiene dos características que los hacen diferentes y estas son la transitoriedad y la autonomía técnica y científica, además la mano de obra debe ser calificada, y como se mencionó anteriormente, las labores realizadas por el demandante NO eran ajenas o extrañas al giro ordinario del objeto atribuido en la ley.

**- CONTESTACIÓN (EN TODOS LOS PROCESOS)**

**DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS:** La entidad, se opone a la declaratoria de la nulidad solicitada, por cuanto el acto administrativo está revestido de soporte legal y constitucional. Lo dicho nos conduce de la misma manera a indicar que se opone a cualquier condena que tenga como causa la nulidad pretendida. Los demandantes deprecian la nulidad en referencia, sin destruir la presunción de legalidad, de la cual gozan los actos administrativos en referencia.

Entre los actores y el ente territorial procesado, durante el lapso manifestado por las partes no celebraron CONTRATOS DE TRABAJO, ni RELACION LABORAL REGLADA, y mucho menos cumplieron los demandantes con los requisitos exigidos por las normas laborales de derecho público, para ostentar la calidad de empleados públicos tal como lo hemos expresado al pronunciamos sobre los hechos de la querrela.

Argumenta el profesional del derecho que durante el lapso anotado, tal como consta con los documentos aportados con la demanda y los que se allegaran a la misma, en la oportunidad procesal, se celebraron varios contratos civiles de prestación de servicios, en forma Interrumpida y por periodos cortos, tal como consta en los cuerpos de los mismos, con apoyo en la Ley 80 de 1993,



587



**Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042**

para ejercer funciones específicas, durante los periodos anotados en cada contrato, para ejercer funciones que el DATT, no podía atender con el personal vinculado a su planta de personal. Que nunca existió subordinación, pues lo que se dio fue una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad basada en las cláusulas contractuales, conforme lo indica claramente la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.

Agrega además que no existe prueba alguna que pueda conducir al juzgador de esta instancia, que los accionantes durante los pocos lapsos en que es tuvo vinculado al Distrito laboro, en forma interrumpida, ejercieron o fungieron como empleados públicos, ya que no cumplieron los requisitos para ostentar esta calidad.

La ley 80 de 1.993, en su artículo 31 numeral 3, dispone: "Contrato de prestación de servicios. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarle 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. En consecuencia sin estar desvirtuada los elementos del contrato de prestación de servicio, no será posible acceder a las pretensiones de la demanda.

Presentando las excepciones de "INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL".

**- TRÁMITES PROCESALES**

La demanda principal fue presentada el 31 de octubre de 2014, y admitida mediante auto del 19 de noviembre de 2014, notificada mediante estado de fecha 159 del mentado año.

Por auto fechado 06 de mayo de 2016 se dio una acumulación de procesos, identificados así: 13-001-33-33-008-2014-00411-00; 13-001-33-33-013-2014-00377; 13-001-33-33-012-2015-00004 y 13-001-33-33-012-2015-00042, los cuales se han tramitado de manera conjunta conforme lo indica la norma procesal.

Posteriormente, por auto del 06 de octubre de 2016, se cita a las partes a audiencia inicial para el 25 de enero de 2017, llegado el día y la hora se instala la audiencia y se decretan pruebas. (fl. 570-574).

La audiencia de pruebas se celebró los días 16 de marzo y 12 de septiembre de 2017; se cierra el debate probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar dentro de los 10 días siguientes.

**- ALEGACIONES**

**DEMANDANTE (Todos los procesos) :** Ratifica los supuestos de hecho y de derecho sobre los que se soporta las demandas, destacando que con las pruebas, documentales y testimoniales, recaudadas 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, destacando que las labores eran o fueron propias del personal de planta, dicho esto y conforme la sentencia de unificación del consejo de estado de fecha 17 de abril de 2008 el reconocimiento no se ha ce ya a título de indemnización, sino, como lo que son el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio, por lo que se deben acceder a las pretensiones de las demandas.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

**DISTRITO DE CARTAGENA (Todos los procesos):** Manifiestan los apoderados de la entidad territorial que en reiterada jurisprudencia el H. Consejo de Estado, ha señalado que en los casos en que se discute la existencia de una relación laboral derivada de la ejecución de un contrato de prestación de servicios, es necesario que se demuestre en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es:

- i. La prestación personal del servicio, la cual debe darse de manera permanente;
- ii. La remuneración respectiva y especialmente, y
- iii. La subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito.

En consecuencia, pretender la declaración de una relación laboral debe encontrar un sustento claro y preciso en la actividad probatoria que la parte demandante dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta.

Esa Corporación en varias decisiones ha reiterado la necesidad que cuando se trata de una relación laboral, se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios, a saber: i) la prestación personal del servicio, ii) la remuneración y en especial, iii) la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

Contrario sensu, se constituye una relación contractual, regida por la Ley 80 de 1993 cuando se pacta la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública; el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; se le pagan honorarios por los servicios prestados; y, la labor convenida no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados.

En los asuntos que se estudian no se encuentran acreditados los elementos que estructuran una relación laboral, debido a que no se arrimaron pruebas que de manera clara prueben la existencia de cada uno de esos elementos.

#### **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.



588



Radicado No. 13-001-33-33-006-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

**4. CONSIDERACIONES**

**- PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde al despacho determinar la legalidad de los actos administrativos atacados por los demandantes en los presentes asuntos y verificar si en cada caso en particular se cumplen los requisitos legales y jurisprudenciales para declarar la existencia de un contrato realidad entre el DISTRITO y los demandados.

**- TESIS DEL DESPACHO**

En el proceso 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.

Por lo anterior, se anulará el acto acusado y en su lugar declarará la existencia de una relación laboral entre los demandantes y la entidad demanda, con las consecuencias prestacionales que corresponden a la labor desarrollada, como quiera que el Estado infractor no puede verse beneficiado de su conducta irregular y pretender trasladar la responsabilidad de su actuación a quien ha sido de esta manera contratado, pues el verdadero sentido del principio de primacía 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.

Así, a título de reparación del daño se ordenará el pago a favor de los demandantes las prestaciones sociales, tomando como base los honorarios contractuales, correspondientes a los periodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, igualmente se han de reconocer los porcentajes de cotización correspondientes a Pensión durante el periodo acreditado que prestó sus servicios.

**- 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.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

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:<sup>1</sup>**

*“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

<sup>1</sup> 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)



589



Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

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-

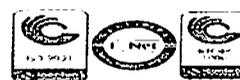
*3o. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal 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 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*





Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.<sup>2</sup>(Subrayas fuera del Texto)

En el año 2005, el Consejo de Estado<sup>3</sup> 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<sup>4</sup> 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 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.).”<sup>5</sup>*

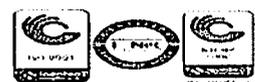
Ahora en esta sentencia se vuelve a variar la posición en lo que respecta al reconocimiento de las prestaciones sociales, ya que éstas se reconocerán a título de reparación del daño y no de restablecimiento del derecho, ya que lo último implicaría el reintegro y el pago de lo dejado de percibir.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 18 de noviembre de 2003, Magistrado Ponente Dr. NICOLAS PAJARO PEÑARANDA.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección B, sentencia de junio 23 de 2005, Magistrado Ponente Dr. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda Sección- Subsección A, sentencia de 17 de abril de 2008, Magistrado Ponente Dr. JAIME MORENO GARCIA

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de febrero 19 de 2009, Magistrada Ponente Dra. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ



590



Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

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.

Respecto al hecho de que la demandante haya estado vinculada en algunas oportunidades por intermedio de una cooperativa el Consejo de Estado<sup>6</sup> 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*

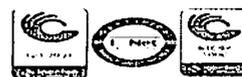
*Ahora bien, en contraprestación a la labor que desempeñó la accionante, ella recibía una (iii) **remuneración** la cual sólo fue pagada directamente por el Hospital demandado desde el 6 de septiembre de 2002 y hasta el 31 de agosto de 2003 tiempo durante el cual, estuvo vinculada a través de los contratos 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.*

<sup>6</sup> 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)





Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

Por ejemplo, en la Sentencia C-211 de 2000<sup>7</sup>, 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 Trabajo Asociado, es por ello, que en la Sentencia T-286 de 2003<sup>8</sup>, 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

<sup>7</sup> M.P. Carlos Gaviria Díaz

<sup>8</sup> M.P. Jaime Araujo Rentería





Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

*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<sup>9</sup>.*

*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**

<sup>9</sup> "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 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.*





Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

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

**Artículo 41°.-** 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 102°.- 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.

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<sup>10</sup> 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:

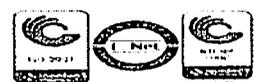
“La prescripción se encuentra regulada en el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público. El artículo 102, prescribe:

“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.”<sup>55</sup>

<sup>10</sup> 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)





Radicado No. 13-001-33-33-006-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

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.

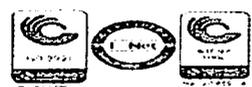
No ocurre lo mismo en el caso bajo análisis, cuando se trata de relaciones contractuales extinguidas algunas en el año 1994, otras en los años 2000, 2001, 2002 o máximo hasta el año 2003, pero la reclamación en sede administrativa se hizo hasta el año 2010, mediante escrito radicado el 30 de julio (fl. 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 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<sup>11</sup> 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.*

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 5 de 2016. Magistrado Ponente Carmelo Perdomo Cuéter.





Radicado No. 13-001-33-33-006-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

*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 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

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





Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

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.

Seguidamente entrará a determinarse tales elementos frente a cada demandante.

**EDUARDO ENRIQUE MORILLO YEPES.**

Las pruebas:

Copia de los diferentes contratos que suscribió el señor EDUARDO MORILLO YEPES con la ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS (DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE TRANSPORTE Y TRANSITO DE CARTAGENA – DATT), así como relación de pagos de órdenes

expedidas a su favor (folios 44 a 66, 149 a 171 del Cuaderno No. 1), con el objeto de realizar actividades de auxiliar de tránsito en la Subdirección Operativa del DATT, que corresponde a la actividades regular de tránsito. Igualmente se destacan los testimonios de los señores FRANCISCO MASCO VÁSQUEZ (00:16:07 – 00:36:49), FERNANDO PINTO MEJÍA (00:37:32 – 00:57:20) y NICOLAS ROMERO VERDUGO (00:58:53 – 1:10:58), quienes conocen al demandante desde el año 1990 cuando realizaron el curso de guardas, estos son contestes y coherentes al indicar que las funciones del señor MORILLO YEPES se supeditaban de manera genérica a la regulación del tránsito, funciones que eran asignadas por un superior, como lo era el supervisor auxiliar, quien a su vez imponía horario y sitio en el cual se tenía que prestar el servicio, todo lo cual quedaba consignado en los libros de minuta de guardia, turnos iguales tanto para los de planta como los de prestación de servicios, la única limitante frente a los agentes de planta se circunscribía a que los vinculados por prestación de servicio no podían emitir comparendos, pero debían portar uniforme y placa (número interno).

Del análisis de las anteriores pruebas dan cuenta de: i) la prestación personal de los servicios del demandante, en actividades misionales del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE TRANSPORTE Y TRANSITO DE CARTAGENA- DATT, ii) el horario desarrollado por ésta de manera continua dentro de la entidad, que correspondía ordinariamente a 8 horas diarias, iii) del cumplimiento de sus funciones propias de la entidad reguladora de tránsito, iv) la supervisión permanente a la labor desarrollada por quienes fungían como supervisor o coordinador el contrato, quien en realidad era su jefe inmediato.

Si bien existe certeza de la materialización de los tres elementos que configuran la existencia de la relación laboral, se observa que dicha relación data del 07/11/2008 a 31/12/2013, pero con interrupciones, verificándose que solo existió continuidad en el lapso del 19/01/2012 al 31/12/2013, siendo ello así recordemos el lineamiento jurisprudencial del Consejo de Estado en lo tocante a la prescripción frente a esta clase de derechos, por lo que traemos a colación sentencia de unificación<sup>12</sup> en la cual se nos indica lo siguiente:

(...)

<sup>12</sup> Sentencia del CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA, de fecha 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

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. **Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio.** Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. 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. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

(...)

Conforme lo probado y el lineamiento antes expuesto, vemos que la solicitud de reconocimiento de *contrato realidad* se elevó ante la administración el día 25/03/2014, sin que al 25/03/2011 existiera contrato de prestación de servicios por lo que todo lo anterior a esa fecha se encuentra prescrito, y así se indicará en la parte resolutive, concluyéndose que solo se reconocerá el período comprendido entre el 19/01/2012 al 31/12/2013.

## JOSÉ MERCADO ORTÍZ

Las pruebas:

Copia de los diferentes contratos que suscribió el señor JOSE MERCADO ÓRTIZ con la ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS (DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE TRANSPORTE Y TRANSITO DE CARTAGENA – DATT), así como relación de pagos de órdenes expedidas a su favor (folios 39 a 61), con el objeto de realizar actividades de auxiliar de tránsito en la Subdirección Operativa del DATT, que corresponde a la actividades regular de tránsito. Igualmente se destacan los testimonios de los señores FRANCISCO MASCO VÁSQUEZ (00:16:07 – 00:36:49), FERNANDO PINTO MEJÍA (00:37:32 – 00:57:20) y NICOLAS ROMERO VERDUGO (00:58:53 – 1:10:58), quienes conocen al demandante desde el año 1990 cuando realizaron el curso de guardas, estos son contestes y coherentes al indicar que las funciones del señor MERCADO ORTÍZ se supeditaban de manera genérica a la regulación del tránsito, funciones que eran asignadas por un superior, como lo era el supervisor auxiliar, quien a su vez imponía horario y sitio en el cual se tenía que prestar el servicio, todo lo cual quedaba consignado en los libros de minuta de guardia, turnos iguales tanto para los de planta como los de prestación de servicios, la única limitante frente a los agentes de planta se circunscribía a que los vinculados por prestación de servicio no podían emitir comparendos, pero debían portar uniforme y placa (número interno).





Radicado No. 13-001-33-33-006-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

Del análisis de las anteriores pruebas dan cuenta de: i) la prestación personal de los servicios del demandante, en actividades misionales del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE TRANSPORTE Y TRANSITO DE CARTAGENA- DATT, ii) el horario desarrollado por ésta de manera continua dentro de la entidad, que correspondía ordinariamente a 8 horas diarias, iii) del cumplimiento de sus funciones propias de la entidad reguladora de tránsito, iv) la supervisión permanente a la labor desarrollada por quienes fungían como supervisor o coordinador el contrato, quien en realidad era su jefe inmediato.

Si bien existe certeza de la materialización de los tres elementos que configuran la existencia de la relación laboral, se observa que dicha relación data del 27/01/2006 a 31/12/2013, pero con interrupciones, verificándose que solo existió continuidad en el lapso del 23/01/2012 al 31/12/2013, siendo ello así recordemos el lineamiento jurisprudencial del Consejo de Estado en lo tocante a la prescripción frente a esta clase de derechos, por lo que traemos a colación sentencia de unificación<sup>13</sup> en la cual se nos indica lo siguiente:

(...)

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. Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. 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. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

(...)

Conforme lo probado y el lineamiento antes expuesto, vemos que la solicitud de reconocimiento de *contrato realidad* se elevó ante la administración el día 17/03/2014, sin que al 17/03/2011 existiera contrato de prestación de servicios por lo que todo lo anterior a esa fecha se encuentra prescrito, y así se indicará en la parte resolutive, concluyéndose que solo se reconocerá el período comprendido entre el 23/01/2012 al 31/12/2013.

<sup>13</sup> Sentencia del CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA, de fecha 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

JAIME ERNESTO ZETIEN MILLAN.

Las pruebas:

Copia de los diferentes contratos que suscribió el señor JAIME ERNESTO ZETIEN MILLAN con la ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS (SECRETARÍA DE HACIENDA), así como relación de pagos de órdenes expedidas a su favor (folios 37 a 47 y 128 a 152), con el objeto de realizar actividades de servicios técnicos en la División de Impuestos de la Secretaria de Hacienda, específicamente como mensajero. Igualmente se destacan los testimonios de las señoras YAJAIRA BARRERA CAMARGO (1:13:08 – 1:35:29), LIGIA JIMÉNEZ GARCÍA (1:37:45 – 1:54:00) y VIRGINIA MEZA PAYARES (1:55:14 – 2:17:48), quienes se conocen porque fueron compañeros de trabajo, son contestes y coherentes al indicar que las funciones del señor ZETIEN DÍAZ se supeditaban a las de mensajería, archivo y punteo, funciones que eran asignadas por un superior, específicamente la ingeniera jefa de sistemas, quien a su vez imponía horario y bancos en los cuales correspondía la búsqueda de colillas de pagos de impuestos, trabajo que realizaba en un horario igual que los empleados de planta, resaltando que para ausentarse lo debía informar y solicitar permiso a su jefe inmediato; debiéndose destacar el lapso amplio en la celebración de contratos de prestación de servicios, pues los mismos vienen desde el año 2004 hasta finales de 2013, ejerciendo las mismas labores, es decir existía la necesidad del servicio en el objeto misional de la entidad.

Del análisis de las anteriores pruebas dan cuenta de: i) la prestación personal de los servicios del demandante, con trascendencia en las actividades misionales de la SECRETARÍA DE HACIENDA DE LA ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS, ii) el horario desarrollado por ésta de manera continua dentro de la entidad, que correspondía ordinariamente a 8 horas diarias, iii) del cumplimiento de sus funciones con trascendencia directa en la misión de Secretaria de Hacienda, iv) la supervisión permanente a la labor desarrollada por quien fungían como jefa de sistemas o coordinador el contrato, quien en realidad era su jefe inmediato.

Si bien existe certeza de la materialización de los tres elementos que configuran la existencia de la relación laboral, se observa que dicha relación data del 16/09/2004 a 31/12/2013, pero con interrupciones, y siendo ello así recordemos el lineamiento jurisprudencial del Consejo de Estado en lo tocante a la prescripción frente a esta clase de derechos, por lo que traemos a colación sentencia de unificación<sup>14</sup> en la cual se nos indica lo siguiente:

(...)

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. **Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio.** Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no

<sup>14</sup> Sentencia del CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA, de fecha 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER.



595



Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. 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, si son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

(...)

Conforme lo probado y el lineamiento antes expuesto, vemos que la solicitud de reconocimiento de *contrato realidad* se elevó ante la administración el día 26/03/2014, materializándose prescripción respecto a los períodos anteriores al 26/03/2011, por lo que solo se reconocerán los siguientes períodos del 27/03/2011 a 31/12/2011 y el comprendido entre los meses de febrero a diciembre de los años 2012 y 2013.

**CARLOS MARIO ROMERO MARTÍNEZ.**

Las pruebas:

Copia de los diferentes contratos que suscribió el señor CARLOS MARIO ROMERO MARTÍNEZ con la ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS (SECRETARÍA DE HACIENDA), así como relación de pagos de órdenes expedidas a su favor (folios 36 a 124 y 179 a 209), con el objeto de realizar actividades de servicios técnicos en la División de Impuestos de la Secretaria de Hacienda, específicamente en digitación y aplicación de declaraciones de pago de impuestos. Igualmente se destacan los testimonios de las señoras YAJAIRA BARRERA CAMARGO (1:13:08 – 1:35:29), LIGIA JIMÉNEZ GARCÍA (1:37:45 – 1:54:00) y VIRGINIA MEZA PAYARES (1:55:14 – 2:17:48), quienes se conocen porque fueron compañeros de trabajo, son contestes y coherentes al indicar que las funciones del señor ROMERO MARTÍNEZ se supeditaban a las de digitación y aplicación de pago del impuesto de industria y comercio, funciones que eran asignadas por un superior, específicamente la ingeniera jefa de sistemas, quien a su vez imponía horario, trabajo que realizaba en un horario igual que los empleados de planta, que se hacían llamados de atención para el cumplimiento de dicho horario (Ver folios 100 a 124), resaltando que para ausentarse lo debía informar y solicitar permiso a su jefe inmediato; debiéndose destacar el lapso amplio en la celebración de contratos de prestación de servicios, pues los mismos vienen desde el año 2004 hasta finales de 2013, ejerciendo las mismas labores, es decir existía la necesidad del servicio en el objeto misional de la entidad.

Del análisis de las anteriores pruebas dan cuenta de: i) la prestación personal de los servicios del demandante, con trascendencia en las actividades misionales de la SECRETARÍA DE HACIENDA DE LA ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS, ii) el horario desarrollado por ésta de manera continua dentro de la entidad, que correspondía ordinariamente a 8 horas diarias, iii) del cumplimiento de sus funciones con trascendencia directa en la misión de Secretaria de Hacienda, iv) la supervisión permanente a la labor desarrollada por quien fungían como jefa de sistemas o coordinador el contrato, quien en realidad era su jefe inmediato.

Si bien existe certeza de la materialización de los tres elementos que configuran la existencia de la relación laboral, se observa que dicha relación data del 02/01/2004 a 31/12/2013, pero con interrupciones, y siendo ello así recordemos el lineamiento jurisprudencial del Consejo de Estado en





Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

lo tocante a la prescripción frente a esta clase de derechos, por lo que traemos a colación sentencia de unificación<sup>15</sup> en la cual se nos indica lo siguiente:

(...)

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. **Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio.** Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. 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. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

(...)

Conforme lo probado y el lineamiento antes expuesto, vemos que la solicitud de reconocimiento de *contrato realidad* se elevó ante la administración el día 02/04/2014, materializándose prescripción respecto a los períodos anteriores al 02/04/2011, por lo que solo se reconocerán los siguientes períodos del 03/04/2011 a 31/12/2011 y el comprendido entre los meses de febrero a diciembre de los años 2012 y 2013.

## CONCLUSIÓN.

El conjunto probatorio enlistado precedentemente permite concluir al Despacho la existencia de una relación laboral encubierta bajo la modalidad del contrato de prestación de servicios. Veamos:

Respecto de los periodos en que los actores prestaron efectivamente sus servicios se encuentra probada además la contraprestación o retribución percibida por los mismos, tal como consta en las documentales que se arrimaron con periodos de interrupción considerable en la prestación del servicio, lo que denota la permanencia y la necesidad de las labores que fueron desempeñadas por los actores en la institución.

<sup>15</sup> Sentencia del CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA, de fecha 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

Ahora, como se enunció anteriormente, de la pruebas señaladas se infiere con toda claridad la subordinación de que se revistió la presunta relación contractual suscrita, toda vez que los demandantes al desarrollar la actividad para la que fueron contratados sucesivamente se encontraban sujetos al cumplimiento de horario, a la supervisión permanente y a las directrices y subordinación directa de quienes dirigían la división del ente donde se laboró, prestando sus servicios en las mismas condiciones que un empleado normal lo haría.

Así las cosas, queda demostrado para el presente caso la existencia de los elementos de la relación laboral, prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación; y en este orden, se les han de reconocer las pretensiones parciales de la demanda, pues solo será respecto a los períodos antes determinados frente a cada accionante.

Por lo anterior, se anularán los actos acusados y en su lugar declarará la existencia de una relación laboral entre los demandantes con el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS D.T y C, con las consecuencias prestacionales que corresponden a la labor desarrollada, como quiera que el Estado infractor no puede verse beneficiado de su conducta irregular y pretender trasladar la responsabilidad de su actuación a quien ha sido de esta manera contratado, pues el verdadero sentido del principio de primacía 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.

Así, a título de restablecimiento del derecho se ordenará el pago a favor de los demandantes las prestaciones sociales, tomando como base los honorarios contractuales correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral; destacandose que por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.

De otra parte, sobre la prescripción de los aportes a pensiones, es preciso mencionar que la prescripción no aplica frente a los aportes para pensión, tal como fue señalado en la sentencia de unificación número 0088-2015 de 25 de agosto de 2016 de Consejo de Estado. Se tiene que estos deben ser estudiados en cada caso en concreto, por cuanto ellos tienen incidencia en el derecho pensional, por ello se ordenará calcular el ingreso base de cotización pensional de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios de los demandantes, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratistas y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones las sumas faltantes por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la demandante deberá probar a la entidad contratante, las cotizaciones que realizó al sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le atañe como trabajador.

## **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".





Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

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 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 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: DECLÁRASE LA NULIDAD** de los actos administrativos contenidos en los oficios No. AMC-OFI-0028356-2014 suscrito por el director del DATT, que denegó el reconocimiento del contrato realidad y derecho al señor EDUARDO ENRIQUE MORILLO YEPES, y el acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo nacido del recurso de apelación interpuesto contra el anterior acto administrativo, recurso identificado con el radicado EXT-AMC-14-0026190 y presentado a la entidad demandada el día 04/22/2014; Oficio No. AMC-OFI-0034209-2014 suscrito por el director del DATT, que denegó el reconocimiento del contrato realidad al señor JOSÉ MERCADO ORTÍZ, y derecho y el acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo nacido del recurso de apelación interpuesto contra el anterior acto administrativo, recurso identificado con el radicado EXT-AMC-14-0028953 y presentado a la entidad demandada el día 05/05/2014; Oficio No. EXT-AMC-14-0038927 suscrito por el Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía Mayor de Cartagena, que denegó el reconocimiento del contrato realidad al señor JAIME ERNESTO ZETIEN MILLAN, y No. AMC-PQR-0058169-2014 que desató recurso de apelación interpuesto contra el anterior acto administrativo; y Oficio No. EXT-AMC-14-0026193 suscrito por la directora de Talento Humano de la Alcaldía Mayor de Cartagena, que denegó el reconocimiento del contrato realidad al señor CARLOS MARIO ROMERO MARTÍNEZ, y No. AMC-PQR-0002821-2014 que desató recurso de apelación interpuesto contra el anterior acto administrativo, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDÉNASE** al DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS D. T y C, a título de restablecimiento del derecho, a reconocer y pagar a favor de los demandantes las prestaciones sociales, tomando como base los honorarios contractuales, correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, así:



597

**JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**

**SIGCMA**



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

Radicado No. 13-001-33-33-008-2014-00411  
13-001-33-33-013-2014-00377  
13-001-33-33-012-2015-00004  
13-001-33-33-012-2015-00042

- EDUARDO ENRIQUE MORILLO YEPES: A partir del 19 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013.
- JOSÉ MERCADO ORTÍZ: A partir del 23 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013.
- JAIME ERNESTO ZETIEN MILLAN: Los periodos comprendidos entre el 27 de marzo 2011 a 31 de diciembre de 2011, 01 de febrero a 31 diciembre de 2012 y 01 de febrero a 31 diciembre de 2013.
- CARLOS MARIO ROMERO MARTÍNEZ: Los periodos comprendidos entre el 27 de marzo 2011 a 31 de diciembre de 2011, 01 de febrero a 31 diciembre de 2012 y 01 de febrero a 31 diciembre de 2013.

**TERCERO: CONDÉNASE** al DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS D. T y C a **CALCULAR** el ingreso base de cotización pensional (IBC) pensional sobre los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios de los señores EDUARDO ENRIQUE MORILLO YEPES, JOSÉ MERCADO ORTÍZ, JAIME ERNESTO ZETIEN MILLAN y CARLOS MARIO ROMERO MARTÍNEZ, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratistas y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones las sumas faltantes por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que los demandantes deberán probar las cotizaciones que realizaron al sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiesen hecho o existiese diferencia en su contra, tendrán la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le atañe como trabajadores.

**CUARTO: DECLÁRASE** que el tiempo laborado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, se debe computar para efectos pensionales.

**QUINTO:** Negar las demás pretensiones de las demandas.

**SEXTO:** Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en los artículos 187, 192 y 193 CPACA.

**SEPTIMO:** Sin costas

**OCTAVO:** 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 DOMÍNGUEZ**  
Juez

