



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena de Indias, Diecinueve (19) de julio de dos mil dieciséis (2016).

ACCIÓN	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
RADICACIÓN	13-001-33-33-008-2015-00043-00
DEMANDANTE	JACOB FORERO JULIO
DEMANDADO	DISTRITO DE CARTAGENA – DEPARTAMENTO DE TRANSITO Y TRANSPORTE CARTAGENA

PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por el señor **JACOB FORERO JULIO**, a través de apoderado judicial, contra el **DISTRITO DE CARTAGENA – DEPARTAMENTO DE TRANSITO Y TRANSPORTE CARTAGENA**.

I. LA DEMANDA

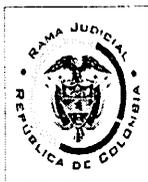
Por medio de escrito, la parte actora a través de apoderado judicial, presentó acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se impetran las siguientes pretensiones y se narran los siguientes hechos.

PRETENSIONES

PRIMERA: Se sirva decretar la nulidad o dejar sin efectos jurídicos el acto administrativo contenido en el oficio No. AMC-OFI-0034418-2014, comunicado al demandante el 29/04/2014 suscrito por el director del DATT, que denegó el reconocimiento del contrato realidad y el consiguiente restablecimiento del derecho.

SEGUNDA. Así mismo se decrete la nulidad del 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-14-0028938 y presentado a la entidad demandada el día 05/05/2014.

TERCERO. Se sirva declarar que entre el demandante y la accionada existió una relación legal y reglamentaria irregular, y como consecuencia de ello y de las anteriores declaraciones, se de el reconocimiento y pago a favor al señor JACOB FORERO JULIO de prestaciones sociales, aportes a pensión y salud, diferencias salariales dejadas de pagar, devolución de retención en la fuente, indemnización por despido sin justa causa, dotación y uniformes, horas extras, recargos nocturnos, sanción moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones sociales, desde el momento de la desvinculación hasta su pago total.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

CUARTO. Que la entidad accionada se sirva cancelar el valor de todos y cada uno de los conceptos reclamados debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta su pago efectivo.

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

SEXTO. Que la entidad dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 CPACA.

HECHOS

1. El demandante estuvo vinculado mediante contratos de prestación de servicios, contratos desarrollados por varios años desde el 2007 hasta el pasado 1/21/2014 (día-mes-año) que fue desvinculado de la entidad.

2. Mediante derecho de petición presentado el 3/18/2014 (día-mes-año), identificado con el radicado EXT-AMC-14-0018654, se solicitó reconocimiento del contrato realidad.

3. Mediante los actos demandados las entidades demandadas negaron el reconocimiento del CONTRATO REALIDAD que se configuro a favor del poderdante JACOB FORERO JULIO, por haber laborado al servicio del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS- Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Cartagena (DATT).

NORMATIVIDAD VIOLADA Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

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.

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

De De la 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.

La Carta Política consagra en su Art. 53 el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, de tal manera que una vez reunidos los tres elementos esenciales que hace mención el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, hay una relación de trabajo, independientemente de la forma o denominación distinta que se haya acordado o de la apariencia que se haya consignado en el papel por los sujetos



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

de la relación, ya que es la realidad la que determina las formas, la cual prevalece sobre la voluntad y no a la inversa.

Este principio fue establecido con la finalidad de proteger los derechos del trabajador o empleado y las garantías y prestaciones a que tiene derecho, dada la acentuada tendencia de los empleadores de acudir a formas jurídicas simuladas que tiendan a aparentar vínculos sustitutos, para desvirtuar así la existencia de relaciones laborales. Dicho principio agota su cometido, haciendo triunfar la relación laboral o de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

Es característica de los contratos de prestación de servicios, la transitoriedad de estos, ya que en ningún caso se podrán celebrar este tipo de contratos para el desempeño de funciones de carácter permanente, de ser así la relación sería de tipo laboral, y como podemos ver en el caso de mi mandante, encontramos que prestó sus servicios personales a la demandada por muchos años, continuos como se demuestra con los contratos y demás pruebas aportadas al plenario.

Es criterio general adoptado por la doctrina y aceptado por la jurisprudencia, es que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas a la relación contractual, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones ejecutadas y de su carácter, para definir lo esencial del contrato.

De lo anterior se colige entonces, que los contratos celebrados entre el mandante y la entidad demandada, no es más que una manera de disfrazar la relación legal que le vinculaba con la misma, nunca existió solución de continuidad en la prestación del servicio personal que hizo el poderdante con la entidad por más de **7,98 años (414,72 semanas)**, afirma además que se demostrará también que efectivamente lo que hizo la entidad demandada fue disimular la verdadera relación laboral que existió entre ella y mi mandante para de esta forma eludir el pago de las prestaciones legales a que tiene derecho.

No cabe duda, que el demandante prestó sus servicios personales a la demandada, lo cual se puede constatar, con los contratos de prestación de servicios personales que se aportan y las otras pruebas documentales, en la ejecución de estos contratos prestó sus servicios en un cargo que implica prestación personal del servicio, en función misional de la entidad, cumpliendo horarios y turnos de trabajo en forma subordinada y remunerada; las funciones que desempeño el actor, no tenían el carácter de temporal, ocasionales ni transitorias y es propia de las funciones y objeto asignadas en la ley a las entidades demandas como misionales.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Igualmente la continuada subordinación o dependencia del demandante respecto del empleador, se demuestra que la demandante realizaba sus actividades en el horario establecido por la entidad demandada, tanto es así, que se hacían memorandos en cuanto al cumplimiento del horario, igualmente, el demandante era enviado a hacer cursos de capacitación, y además cumplía con las instrucciones impuestas por la entidad demandada y recibía órdenes de sus superiores que en su caso fueron los señores **FERNANDO PINTO MEJÍA, WILFRIDO OLIVARES**, supervisores, funcionarios de planta de la entidad demandada, se demostrará la subordinación además con los testimonios de las personas que serán llamadas, y también se infieren de las funciones desempeñadas, las cuales, se podían realizar en horarios y turnos establecidos para regular el tránsito en la ciudad.

Aparte de los elementos esenciales expuestos se encuentra la existencia de un salario como retribución del servicio, y es así como se observa que en cada contrato que suscribió el actor con la entidad demandada se estableció el pago de los servicios prestados, directamente o a través de las llamadas precooperativas.

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.

Por todo esto la entidad accionada violó la norma citada, es de anotar que la **Corte Constitucional Sentencia C-614/09**, sobre el particular se ha pronunciado que frente a estas situaciones en que se configuren los elementos del contrato de trabajo se debe estar a él y sus consecuencias, igualmente en igual sentido lo estableció el **Consejo de estado en sentencia de fecha 23 de septiembre de 2010**, en su Sala Contenciosa Administrativa, Sección Segunda Subsección "A" con ponencia del Consejero ALFONDO VARGAS RINCON, fallo en que fue demandada la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique.

II. RAZONES DE LA DEFENSA

La entidad, se opone a la declaratoria de la nulidad solicitada, por cuanto el contenido del Oficio AMC-OH-0034418-2014, 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 del



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

mentado oficial. El demandante deprecia la nulidad en referencia, sin destruir la presunción de legalidad, de la cual goza el acto administrativo en referencia.

El ente territorial se opone a esta pretensión, por cuanto contra el citado acto administrativo, no procedía el recurso indicado por la parte actora.

Entre el actor y el ente territorial procesado, durante el lapso comprendido entre enero 01 de 2.004 y marzo 13 de 2.014, no celebraron CONTRATOS DE TRABAJO, ni RELACION LABORAL REGLADA, y mucho menos cumplió el demandante con los requisitos exigidos por las normas laborales de derecho público, para ostentar la calidad de empleado público tal como lo liemos expresado al pronunciarnos sobre los hechos de la querella.

Argumenta el apoderado 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 costos, tal como consta en los cuerpos de los mismos, con apoyo en la Ley 80 de 1993, 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.

Agrega además que no existe prueba alguna que pueda conducir al juzgador de esta instancia, que el accionante durante los pocos lapsos en que es tuvo vinculado al Distrito laboro, en forma interrumpida, ejerció o fungió como empleado público, ya que no cumplió 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.

III. ALEGATOS DE CONCLUSION

DEMANDANTE: El agente de tránsito JACOB FORERO JULIO, estuvo vinculado a la Oficina de Transito del Distrito de Cartagena NO como personal de planta en carrera administrativa como ordena la ley, sino a través de la modalidad contractual de OPS, desarrollando en esencia una FUNCIONAL



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

MISIONAL de la entidad como lo es la de regulación de tránsito en la ciudad de Cartagena.

La anterior labor la desarrolló desde el 16 de junio de 2007 hasta el 31 de diciembre 2008, en el año 2009 estuvo vinculado en planta haciendo vacaciones, luego nuevamente vinculado por OPS desde enero del 2010 hasta 14 de enero de 2014. Por espacio de 6 años, en forma continua e ininterrumpida, en forma subordinada, cumpliendo turnos laborales de 8 horas diarias, incluso domingos y feriados, laborando horas extras diurnas y nocturnas, contratos que generalmente se han vieron interrumpidos por espacio de 1 o 2 meses al año por motivos presupuestales de la entidad, pero que aun en estos periodos de tiempo ha tenido que cumplir con sus obligaciones so pena de no renovársele el contrato.

Debiendo además poner de su peculio la dotación para prestar el servicio, radios de comunicaciones, motos, pago de capacitaciones entre otros; lo anterior so pena de perder su contrato.

Con la anterior conducta la demandada ha vulnerado entre otras las siguientes disposiciones: LEY 1310 DE 2009, DECRETO 2400 DE 1968.

Con la vulneración de las anteriores normas, así como de todas las relacionadas en la demanda, tenemos que la consecuencia jurídica que se deriva cuando un organismo de tránsito contrata a través de OPS en forma indefinida una actividad misional de la entidad como lo es regular el tránsito en una ciudad y, en el desarrollo de ese contrato, el contratista debe cumplir horario de trabajo, cumplir unos turnos diarios de 8 horas, ya sea sábados o domingos, en forma diurna o nocturna, laborar horas extras no remuneradas, controlándole su entrada y salida del trabajo a través de LIBROS DE ANOTACIONES DIARIAS, LIBROS ÓRDENES DEL DÍA, LIBROS DE TURNOS NOCTURNOS, la consecuencia es que se desnaturaliza el contrato OPS deviniéndose entonces lo suscitado en el fenómeno jurídico del CONTRATO REALIDAD.

DEMANDADO: no presento escrito de alegación

MINISTERIO DE PÚBLICO: se abstuvo de emitir concepto.

IV. TRAMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada el día 21 de enero del año 2015 y admitida por este despacho mediante auto fechado 16 de abril de 2015, igualmente fue notificada al demandante por estado electrónico 048.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el día 20 de agosto de 2015; de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Posteriormente mediante auto de fecha 18 de enero de 2015, se citó a las partes a audiencia inicial para el día 18 de febrero de 2016, conforme con el artículo 180 del CPACA.

En audiencia del 27 de agosto de 2015, se efectúa audiencia de prueba en donde se recepciona los testimonios y se corre traslado para alegar de conclusión por el término de 10 días.

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

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

PROBLEMA JURIDICO.

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

TESIS 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 la demandante 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.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

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

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

ANALISIS LEGAL 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,



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

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

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).



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

contratos de prestación de servicios, siempre que se acredite de forma suficiente la existencia de sus elementos esenciales, cuales son, **la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario**. Si esto no se da así, obligatorio resulta para el fallador negar las pretensiones de la demanda, por no haberse podido desvirtuar que entre empleador y contratista existió más que una mera relación contractual.

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

“Art.32-

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.” (Subrayas fuera del texto)

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



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

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)

En el año 2005, el Consejo de Estado³ 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.

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

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



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Reiterando su posición, El alto tribunal de lo contencioso dejó por sentado en el año 2008⁴ 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.

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

235



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

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.

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 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, como se ha señalado, en razón a la importancia que tiene el determinar si la relación contractual se prestó de forma continua y bajo subordinación respecto de la administración, el Despacho analizará este aspecto como primer punto de debate, pues de lo contrario, no resultaría procedente continuar estudiando los demás elementos que debieron configurarse y probarse.

Las pruebas:

Copia de los diferentes contratos que suscribió el señor JACOB FORERO JULIO con el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE TRANSPORTE Y TRANSITO DE CARTAGENA- DATT (folios 44 a 60, 188 a 200 del Cuaderno y 201 al 222 del Cuaderno no. 2); 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 observa copias de las órdenes del cumplimiento de horarios que debían cumplir todos los reguladores de tránsito de manera personal (folios 61 a 66 del Cuaderno No. 1).

Del análisis de las anteriores pruebas dan cuenta de: i) la prestación personal de los servicios de la demandante, en actividades de realizar en DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE TRANSPORTE Y TRANSITO DE CARTAGENA- DATT, desde el 1 de febrero de 2006 hasta el 21 de enero de



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

2014, ii) el horario desarrollado por ésta de manera continua dentro de la Entidad, que correspondía ordinariamente a 8 horas diarias, o más en diversos turnos que iniciaban incluso a las 6:00 a.m., hasta en las horas de la noche; inclusive hasta las 21:30 p.m., como se puede observar en las órdenes del día impartidas por el subdirector operativo de dicha entidad 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, pero que en realidad era su jefe inmediato.

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 el actor prestó 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 períodos cortos de interrupción considerable en la prestación del servicio, lo que denota la permanencia y la necesidad de las labores que fueron desempeñadas por el actor en la institución.

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 el demandante al desarrollar la actividad para la que fue contratado sucesivamente se encontraba sujeto al cumplimiento de horario, a la supervisión permanente y a las directrices y subordinación directa de quienes dirigían el ente donde 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 le han de reconocer las pretensiones de la demanda.

Por lo anterior, se anulará el acto acusado y en su lugar declarará la existencia de una relación laboral entre la demandante con el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE TRANSPORTE Y TRANSITO DE CARTAGENA- DATT, 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.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Así, a título de reparación del daño se ordenará el pago a favor del demandante las prestaciones sociales, tomando como base los honorarios contractuales, correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, es decir, a partir del 1 de febrero de 2006 hasta el 21 de enero de 2014.

En cuanto a las prestaciones compartidas (vr. gr. pensión y salud), se ordenará a la demandada el pago a favor de la actora de los porcentajes de cotización que le correspondían de conformidad con la Ley 100 de 1993, pagos que en virtud de las Ordenes de Prestación de Servicios debieron ser asumidos totalmente por la presunta contratista conforme lo exige la ley. No obstante, en caso de que los respectivos aportes no se hayan efectuado por parte de la demandante con fundamento en el artículo 282 de la citada Ley 100 de 1993, la Entidad deberá efectuar las cotizaciones respectivas a los dos Sistemas, descontando de las sumas que se adeudan a la demandante el porcentaje que a ésta corresponda.

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



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

IV. LA DECISION

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE LA NULIDAD del acto administrativo el acto administrativo contenido en el oficio No. AMC-OFI-0034418-2014, comunicado al demandante el 29/04/2014 suscrito por el director del DATT, que denegó el reconocimiento del contrato realidad 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-14-0028938 y presentado a la entidad demandada el día 05/05/2014.

SEGUNDO: CONDÉNASE al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE TRANSPORTE Y TRANSITO DE CARTAGENA- DATT, a título de reparación del daño, a reconocer y pagar a favor del señor JACOB FORERO JULIO, las prestaciones sociales, tomando como base los honorarios contractuales, correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, es decir, a partir del del 1 de febrero de 2006 hasta el 21 de enero de 2014.

TERCERO: CONDÉNASE al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE TRANSPORTE Y TRANSITO DE CARTAGENA- DATT a pagar a la demandante a título de Reparación del Daño, los porcentajes de cotización correspondientes a Pensión y Salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes durante el periodo acreditado que prestó sus servicios, dichas sumas serán ajustadas conforme quedó expuesto en la parte motiva.

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 la demanda.

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

SEPTIMO: Sin costas



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

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 CUMPLASE


ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
JUEZ OCTAVO ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA