

CONTRATO REALIDAD / ADMINISTRACIÓN DE HOGAR GERIÁTRICO TERRITORIAL – No constituye una labor subordinada / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Ausencia de subordinación / SUBORDINACIÓN – Carga de la prueba / RELACIÓN DE COORDINACIÓN

El demandante, en su condición de contratista de la Alcaldía municipal de Prado no aportó ningún elemento probatorio que demostrara la existencia de algún tipo de direccionamiento, cumplimiento de horario u órdenes impuestas por parte de un superior o veedor de sus actividades. De hecho, la única prueba que presentó para respaldar la presunta subordinación de su trabajo fue la de los testimonios antes referenciados, la cual, como entendió el *a quo*, se muestra insuficiente para dar credibilidad a los hechos de la demanda, pues a pesar de que los testigos intentan guardar armonía en sus declaraciones, estas terminan contradiciéndose ante la debilidad de sus argumentos. (...) Así las cosas, teniendo en cuenta que según el principio dispositivo que rige el proceso contencioso-administrativo al demandante le incumbe probar los hechos en los que fundamenta sus pretensiones, y que la subordinación es un factor determinante de la relación laboral -puesto que su presencia supone la dependencia del contratista respecto de la Administración-, debe haber suficiente claridad probatoria para poder diferenciarla de la coordinación de actividades y, por lo tanto, no basta con afirmarla para acreditar su existencia. Este ha sido el criterio hermenéutico de esta Subsección para diferenciar el vínculo laboral del contractual, precisándose que no toda relación de servicios implica *per se* la existencia del elemento subordinatorio, ya que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación de actividades, donde el segundo es libre de someterse a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, como: a) un horario; b) el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores; y, c) tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

NOTA DE RELATORÍA: En relación con la prescripción de los derechos derivados del reconocimiento del contrato realidad, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Segunda, sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, radicación: 0088-15, C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter. En relación con las diferencias entre la relación laboral y el contrato de prestación de servicios, ver: Corte constitucional, sentencia C-154 de 1997, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 13 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 25 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 53 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 122 / CONVENIO 111 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO – ARTÍCULO 2 / DECRETO LEY 3074 DE 1968 – ARTÍCULO 1 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 32

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D. C., tres (3) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 73001-23-33-006-2012-00195-01(0015-14)

Actor: WILLIAM HERNÁN TOVAR

Demandado: MUNICIPIO DE PRADO (TOLIMA)

APELACIÓN DE SENTENCIA. CONTRATO REALIDAD

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima, de 21 de octubre de 2013, a través de la cual se negaron las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentado por aquella frente al municipio de Prado (Tolima).

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Pretensiones

El ciudadano William Hernán Tovar, mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho – artículo 138 de la Ley 1437 de 2011-, solicitó la nulidad del oficio 197D/AM, de 23 de abril de 2012, a través del cual el alcalde del municipio de Prado (Tolima), le negó una petición de reconocimiento y pago de prestaciones sociales y la existencia de una relación laboral.

Como restablecimiento del derecho, pidió se declare la existencia de una relación laboral entre él y la demandada, desde el 25 de enero de 2008 hasta el 29 de diciembre de 2011; el reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones, indemnización «y demás beneficios previstos por el Régimen de Seguridad Social Integral, tomando como base los honorarios pactados (...)». Asimismo, solicitó condenar al municipio «a pagar (...) la suma de cien millones novecientos veintitrés mil ochocientos treinta y seis pesos, por concepto de (...) a) bonificación por servicios prestados, b) prima de servicios, c) vacaciones proporcionales, d) prima de vacaciones, y, e) prima de navidad».

1.1.2. Hechos

Los hechos que narra el demandante son, en síntesis, los siguientes:

1.1.2.1. Entre el 25 de enero de 2008 y el 29 de diciembre de 2011, suscribió

varios contratos de prestación de servicios con el municipio de Prado (Tolima), que tenían por objeto «la alimentación de 22 adultos mayores del hogar Centro Día (...)».

1.1.2.2. Durante el tiempo que duró su vinculación, prestó personalmente sus servicios y cumplió con un horario de trabajo diario, de ocho horas, de lunes a sábado, en el cual llevó a cabo «actividades subordinadas (...) y [estuvo] sujeto a órdenes impuestas por el señor alcalde municipal Dr. José Jadel Flórez Serrato y (...) la Dra. Amparo Flórez Ramírez (...)».

1.1.2.3. Por su trabajo, recibía mensualmente una contraprestación económica.

1.1.2.4. El 17 de abril de 2012, presentó derecho de petición ante el alcalde del municipio de Prado, donde solicitó el reconocimiento de la relación laboral y sus derechos, así como el pago de las correspondientes prestaciones sociales.

1.1.2.5. Mediante oficio D/AM 197, de 23 de abril de 2012, el alcalde del municipio negó la solicitud, aduciendo que el peticionario no tenía calidad de trabajador oficial ni de empleado público.

1.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Se citan como normas violadas el artículo 53 de la Constitución, el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

En síntesis, al desarrollar el concepto de violación, la apoderada del demandante afirmó que el acto administrativo D/AM 197, de 23 de abril de 2012, suscrito por el alcalde del municipio de Prado (Tolima), desconoce el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, el cual ha sido objeto de protección tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, en tanto constituye el fundamento de las prerrogativas mínimas de todo trabajador asalariado.

Al respecto, sostuvo que la verdadera naturaleza de la relación que ligó a su representado con el municipio de Prado, a pesar de los múltiples contratos de prestación de servicios, fue el de una auténtica adscripción laboral, comoquiera que se dieron los tres elementos propios de esta, como son la subordinación, la dependencia y una contraprestación económica mensual.

En ese sentido, señaló que «la continua subordinación se verifica porque el señor (...) Tovar prestó sus servicios de forma similar a los empleados de planta (...); cumplió un horario de trabajo de 8 horas en la jornada laboral prevista en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978; no trabajó con plena libertad y discreción (sic), sino sujeto a órdenes impuestas por (...) su jefe inmediato Dra. Amparo Flórez Ramírez; [prestó] sus servicios de manera personal; [y], recibió a cambio una contraprestación [económica]».

1.2. Contestación de la demanda

El apoderado del municipio de Prado se opuso a todas las pretensiones de la demanda y expuso como argumentos de su defensa los siguientes:¹

En primer lugar, negó que entre el ente territorial y el demandante hubiera existido una relación de subordinación o dependencia, pues asegura que la labor que este llevó a cabo fue contratada en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, de manera que las actividades necesariamente debían desarrollarse en un marco de coordinación entre aquel y la Secretaría de Desarrollo Social del municipio, con el único objetivo de dar alimentación a un grupo de adultos mayores.

En segundo lugar, advirtió que las prestaciones y asignaciones reclamadas por el demandante, al estar regladas y autorizadas únicamente para los empleados públicos, solo pueden causarse si este estuvo vinculado por nombramiento o elección y realizó la correspondiente posesión del cargo, por lo que a falta de estos requisitos, no era posible que el municipio reconociera tales acreencias laborales.

Por último, propuso como excepciones las de inexistencia de la relación laboral, inexistencia de derecho a pago de factores salariales del orden nacional, inexistencia de mora y prescripción de los derechos.

1.3. La sentencia apelada

Mediante fallo de 21 de octubre de 2013², el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de la demanda, condenó en costas a la parte demandante y ordenó el archivo del expediente.

¹ Folios 161 al 172 del Cuaderno 1.

² Folios 221 al 235 del Cuaderno 1.

Luego de examinar los medios probatorios aportados al proceso, y en concreto la prueba testimonial, el tribunal consideró inexistente la relación laboral alegada por el demandante. A su juicio, el hecho de que en la totalidad de los contratos el objeto fuera «la prestación de servicios de alimentación a 21 adultos mayores del programa Hogar Centro Día», y que la obligación del contratista consistiera en «preparar según las técnicas de cocina y la debida asepsia los alimentos según minuta de preparación del menú diario que se convenga con el director del programa (...)», daba a entender que el desarrollo de las actividades no requería de técnica especializada ni de direccionamiento por parte de algún superior.

Asimismo, encontró imprecisiones en los testimonios practicados a solicitud de la parte actora, los cuales consideró «débiles» e inconsistentes, por cuanto se contradecían en puntos tan relevantes como la existencia o no de un cargo de planta en la administración municipal con idénticas funciones a las del demandante, el supuesto horario que cumplía y la recepción de órdenes por parte del alcalde municipal, ya que uno afirmaba que las recibía directamente, mientras que otro sostenía que aquel era libre para ejecutar sus labores.

En síntesis, señaló que para probar este tipo de vinculaciones no bastaba con afirmarlas, sino que era necesario demostrar la afluencia de los tres elementos del contrato de trabajo para declarar la relación laboral, que en el caso del demandante no fueron acreditados en su totalidad, puesto que dentro del expediente no se aportó elemento probatorio suficiente que acreditara la subordinación o dependencia en el desarrollo del servicio.

1.4. El recurso de apelación

Por escrito de 12 de noviembre de 2013³, la apoderada judicial del señor Tovar presentó recurso de apelación, el cual sustentó con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, sostuvo que la sentencia desconoció el principio que recoge el artículo 53 de la Constitución porque restó valor probatorio a los testimonios que afirmaban la existencia de la relación de dependencia entre su prohijado y el municipio de Prado. En concreto, se refirió a la declaración de la señora Amparo Flórez, exsecretaria de Desarrollo del municipio, quien a su juicio emitió un

³ Folios 235 al 244 del Cuaderno 1.

testimonio «espontáneo, prolijo, responsivo y explicativo», donde narró «de forma real, lógica y verídica las situaciones de modo, tiempo y lugar en que se ejecutaron los contratos por parte del demandante», y cuyo contenido reflejaba que « [las] actividades [del demandante] fueron dependientes y subordinadas».

En segundo lugar, alegó que el tribunal tampoco tuvo en cuenta la Circular 008, de 30 de septiembre de 2011, «dirigida a funcionarios y contratistas de la Alcaldía Municipal de Prado (...) donde [se] les comunicó que debían: Abstenerse de usar de manera indebida o con parcialidad el cargo o los elementos destinados al servicio público (...)», pues la considera un documento muy relevante por cuanto «constituye un verdadero principio de imposición de reglamento interno de trabajo, que solo aplica para los trabajadores dependientes y, [por lo tanto] es prueba fehaciente del poder jurídico de subordinación que el representante legal de la entidad contratante tenía sobre el presunto contratista».

Por último, se reafirmó en la existencia de la relación laboral entre su representado y el municipio de Prado e insistió en su encubrimiento mediante los contratos de prestación de servicios que, a su juicio, «no estuvieron regidos por los principios de autonomía, independencia y temporalidad (...) sino [por los de] permanencia y subordinación (...)».

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia y concepto del Ministerio Público

En la segunda instancia las partes no presentaron alegatos de conclusión y el Ministerio Público se abstuvo de emitir su concepto.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

Conforme a lo dispuesto por el artículo 150 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Cesar, de 9 de marzo de 2017.⁴

⁴ Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia y cambio de radicación. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

2.2. Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos por la apoderada del demandante en la apelación, el presente asunto se contrae a establecer si, entre el señor William Hernán Tovar y el municipio de Prado (Tolima) se configuró una relación laboral subordinada, cuya existencia permita declarar la nulidad el acto administrativo demandado y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos que reclama.

2.3. Marco normativo y jurisprudencial

El preámbulo de la Constitución Política de 1991, que acoge la parte dogmática del texto, declara como valores, objetivos y principios de la nación «la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que asegure un orden político, económico y social justo». A su vez, extraídos de este, los artículos 13 y 25 *eiusdem* desarrollan, como derechos fundamentales, la igualdad y el trabajo digno:

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Artículo 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Aunado a estos preceptos, el **artículo 53** de la Constitución consagra los derechos fundamentales de los trabajadores, recogiendo como tales, los siguientes: i) igualdad de oportunidades para los trabajadores; ii) remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; iii) estabilidad en el empleo; iv) irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; v) facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; vi) situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; vii) **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;**

viii) garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario, y; ix) protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

En términos generales, la finalidad de este articulado no es otra que la de exigirle al legislador la materialización uniforme, en los distintos regímenes, de los principios mínimos sustantivos que protegen a los trabajadores y su garantía. Por tanto, toda relación jurídica que implique conductas o actividades laborales, deberá ser analizada con base en dichos principios y con una perspectiva ampliamente garantista.

En el ámbito del derecho internacional, la igualdad laboral fue consagrada por la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-⁵, a través del principio de «salario igual por un trabajo de igual valor», el cual fue desarrollado por el artículo 2 del Convenio 111 de la misma organización⁶, en cuya virtud «todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto». Dicho Convenio es fuente de derecho y su aplicación es directa en el ordenamiento jurídico interno, según lo establece el mismo artículo 53 y el 93 de la Constitución Política.

En la misma línea protectora se encuentra el artículo 122 de la Constitución, que al señalar que «no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente», establece la prohibición de emplear el contrato de prestación de servicios para vincular personas en el desempeño de funciones propias o permanentes de las entidades estatales.

Previo al marco constitucional anterior, el Ejecutivo nacional había proferido el Decreto 2400 de 1968 «Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil», modificado por el artículo 1.º del Decreto Ley 3074 de 1968, que, en lo relacionado con el contrato de prestación de servicios, preveía la misma prohibición que la Constitución: « (...) Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en

⁵ Aprobada en 1919.

⁶ Aprobado en Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969.

ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones».⁷

A nivel legal, el Código Sustantivo de Trabajo en sus artículos 23 y 24 recoge las siguientes circunstancias como elementos que configuran la relación laboral: i) La actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia «del trabajador respecto del empleador; y iii) un salario como retribución del servicio. Con base en estos presupuestos, esta Corporación ha determinado la existencia del vínculo laboral en contratos de prestación de servicios simulados.

Finalmente, en lo que respecta al contrato de prestación de servicios, este fue regulado en el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales **y se celebrarán por el término estrictamente indispensable**⁸.

Sobre el contenido y alcance de la norma, las expresiones «no puedan realizarse con personal de planta» y «en ningún caso [...] generan relación laboral ni prestaciones sociales» fueron revisadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997, donde, entre otras cuestiones, precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral.

Con todo, cabe señalar que aunque la normativa y la jurisprudencia expuestas parecieran garantizar los derechos mínimos de los trabajadores vinculados mediante OPS, ha sido esta Corporación la que ha protegido sus derechos develando las realidades jurídicas subyacentes a los contratos de prestación de servicios con la Administración, comprobándose, como práctica extendida, la

⁷ La parte destacada de la citada disposición normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009.

⁸ Los apartes subrayados fueron declarados condicionalmente exequibles por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

existencia de auténticas relaciones laborales encubiertas, donde el Estado actúa como patrono.

2.3.1. Sentencia de Unificación SU2 N005 de 2016

Mediante sentencia de 25 de agosto de 2016, expediente 0088-16- SUJ2 No.005/16, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, esta Corporación recogió las diferentes posturas que venían aplicando los distintos despachos de la Sección Segunda en los últimos años, y estableció, respecto del denominado contrato realidad, la siguiente definición: «aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales».

La citada sentencia además de reiterar la importancia del elemento «subordinación» para determinar la existencia del contrato realidad, unificó la jurisprudencia del Consejo de Estado en torno a la forma en como se deben reconocer las prestaciones sociales y salariales de aquellos contratistas que acrediten una relación laboral.⁹ De igual manera, para los casos en los que deba aplicarse la figura de la prescripción, señaló, como reglas jurisprudenciales del restablecimiento del derecho, las siguientes: i) que quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual; ii) no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión; iii) lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de 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; iv) las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control; v) no resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; vi) el estudio de la

⁹ Decreto 2277 de 1979, «Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente», artículo 36: “Derechos de los educadores. Los educadores al servicio oficial gozarán de los siguientes derechos:

(...)

b. Percibir oportunamente la remuneración asignada para el respectivo cargo y grado del escalafón;

(...)”:

prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia; vii) el juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral; viii) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho; y, ix) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el contratista corresponderá a los honorarios pactados.

En particular, las reglas anteriores fueron fijadas con la finalidad de acoger el criterio más favorable para aquellos que acuden ante la jurisdicción con el fin de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral, pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal. Por ello, el deber de todo juez del orden contencioso-administrativo es aplicarlas y discernir el caso puesto a su conocimiento conforme a dicha finalidad.

2.4. Hechos probados

2.4.1. Entre el 25 de enero de 2008 y el 29 de diciembre de 2011, el señor William Hernán Tovar suscribió 16 contratos de prestación de servicios con el municipio de Prado (Tolima), cuyo objeto era «la prestación de servicios de alimentación a 20 [21-22] adultos mayores del programa Hogar Centro Día (...)».¹⁰

2.4.2. Para llevar a cabo el objeto contractual, se estableció como obligación del contratista la de «preparar según las técnicas de cocina y con la debida asepsia los alimentos según minuta de preparación del menú diario que se convenga con el director del programa y servirlos a la mesa con la debida atención».¹¹

2.4.3. Por su trabajo recibía una contraprestación económica.¹²

2.4.4. El 17 de abril de 2012, presentó derecho de petición ante el alcalde del municipio de Prado, donde solicitó el reconocimiento de la relación laboral y sus derechos, así como el pago de las correspondientes prestaciones sociales.¹³

2.4.5. Mediante el oficio D/AM 197, de 23 de abril de 2012, el alcalde del municipio

¹⁰ Conforme a las copias de los contratos de prestación de servicios visibles en folios 13 al 59 del cuaderno principal.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Según los comprobantes de pago obrantes en los folios 60 al 98 del cuaderno principal.

¹³ Folios 7 al 10 del cuaderno principal.

negó la solicitud, aduciendo que el peticionario no tenía la calidad de trabajador oficial ni la de empleado público, sino la de contratista por prestación de servicios.¹⁴

3. Análisis de la Sala. Caso concreto

En el presente caso, la Sala debe establecer si entre el señor William Hernán Tovar y la administración local de Prado (Tolima) existió una relación laboral entre los años 2008 y 2011, presuntamente encubierta por los múltiples contratos de prestación de servicios que estos suscribieron para atender la alimentación de un grupo de ancianos dentro del programa Hogar Centro Día del mencionado municipio.

Siguiendo la jurisprudencia precitada en el apartado 2.3 de esta providencia, las solicitudes sobre la declaración del contrato realidad deben reunir los tres requisitos establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 1 de la Ley 50 de 1990, es decir: i) la prestación personal del servicio; ii) la continua subordinación o dependencia del patrono y; iii) la contraprestación económica. En ese orden de ideas, se desarrollará el caso concreto analizando cada uno de los elementos que configuran la relación laboral en los contratos realidad.¹⁵

3.1. Prestación personal del servicio y funciones desempeñadas: Dentro del expediente se halla acreditado que el demandante celebró con el municipio de Prado las siguientes órdenes de prestación de servicios:

OPS NÚM.	PERIODO	FOLIOS
026 de 2008	Del 25 de enero al 24 de abril de 2008	13-14
167 de 2008	Del 25 de abril al 24 de agosto de 2008	15-17
369 de 2008	Del 25 de agosto al 29 de octubre de 2008	18-20
532 de 2008	Del 30 de octubre al 30 de diciembre de 2008	21-23
015 de 2009	Del 5 de enero al 28 de febrero de 2009	24-26
114 de 2009	Del 2 de marzo al 17 de mayo de 2009	27-29
296 de 2009	Del 18 de mayo al 7 de julio de 2009	30-32
382 de 2009	Del 8 de julio al 26 de agosto de 2009	33-35
436 de 2009	Del 27 de agosto al 13 de noviembre de 2009	36-38
537 de 2009	Del 14 de noviembre al 13 de diciembre de 2009	39-40
028 de 2010	Del 18 de enero al 17 de mayo de 2010	41-43

¹⁴ Folio 12 del cuaderno principal.

¹⁵ Al respecto, ver Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016; Radicado: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

156 de 2010	Del 19 de mayo al 10 de septiembre de 2010	44-46
288 de 2010	Del 13 de septiembre al 31 de diciembre de 2010	47-49
031 de 2011	De 17 de enero a 13 de mayo, (adenda de 13 de mayo)	50-54
125 de 2011	De 26 de julio a 18 de octubre de 2011	56-57
181 de 2011	De 19 de octubre al 29 de diciembre de 2011	58-59

Los anteriores contratos contenían entre sus cláusulas los siguientes objetivos y obligaciones¹⁶:

OBJETO: Prestar los servicios de alimentación a 22 adultos mayores del programa Hogar Centro Día del municipio de Prado Tolima. PARÁGRAFO: Durante el plazo de ejecución del presente contrato, el contratista preparará un total de 270 raciones, las cuales se distribuirán así: De lunes a viernes serán 3 raciones diarias (desayuno-almuerzo-comida), y los sábados serán de 2 raciones diarias (desayuno-almuerzo).

[...]

OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: En desarrollo del objeto de que trata la cláusula primera, el contratista desarrollará las siguientes actividades: a) Preparar según técnicas de cocina y con la debida asepsia los alimentos según minuta de preparación del menú diario que se convenga con el director del programa y servirlos diariamente a la mesa con la debida atención; b) Informar al director del programa cualquier novedad que se presente en el transcurso de la ejecución del contrato, para solucionar los inconvenientes o tomar las decisiones requeridas; c) Rendir un informe sobre el desarrollo del programa al director del programa y al supervisor del contrato, para la realización de las actas parciales, por el tiempo de ejecución de cada una de ellas; d) Efectuar las demás actividades que se programen en desarrollo del objeto del presente programa.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en la alzada el apelante sostiene que el tribunal no valoró adecuadamente las declaraciones de los testigos, y, en especial, la de la señora Amparo Flórez, exsecretaria de Desarrollo del municipio, cuyo testimonio califica de «espontáneo, prolijo, responsivo y explicativo» para reflejar de manera clara que «[las] actividades [del demandante] fueron dependientes y subordinadas», esta Sala ha vuelto a examinar el audio contentivo de dicha prueba¹⁷, y ha encontrado lo siguiente:

En primer lugar, dentro de los testimonios no se omitió ningún elemento de juicio que posibilite arribar a conclusiones distintas a las que consideró el *a quo* en su sentencia. Por el contrario, se hallan razones suficientes para reafirmar la posición del tribunal, puesto que ninguno de los testigos pudo contestar con convicción a las preguntas que sobre la existencia del cargo, las funciones y la subordinación

¹⁶ Ver folio 18 y siguientes del Cuaderno 1.

¹⁷ CD obrante a folio 206 del expediente.

del demandante, realizó tanto el magistrado rector como los apoderados de las partes.

Así, en el caso del testigo Rubén Darío Sánchez, a la pregunta del magistrado ¿Por qué conoce que existía en la planta de personal del municipio el cargo que se encargara de la alimentación de los ancianos? Este respondió: «Es un cargo que existe, pero está regulado y controlado por la Secretaría de Salud, denominado «administrador del Centro Día», [y se llama así] porque en varias administraciones siempre se da lo mismo (sic)». Y a la pregunta: ¿Quién le daba órdenes [al señor Tovar] y por qué conoce que se daban las órdenes? El señor Sánchez dijo: «el señor alcalde, [que le ordenaba] que la manutención fuera eficaz con los ancianos».

En cuanto a la testigo Eugenia González, el magistrado preguntó: ¿A qué se refiere que él realizaba actividades como un funcionario público? A lo que aquella respondió: «Yo entiendo de que cuando uno recibe órdenes de por ejemplo (...) la Alcaldía (...) es un funcionario público (sic)»; mientras que a la pregunta ¿A usted le consta de manera personal que el alcalde delante suyo le diera una orden a William Hernán? La señora González dijo, sin hesitación, que «no».

Y en el caso de la señora Amparo Flórez, exsecretaria de Desarrollo del municipio, a la pregunta ¿Al interior de la administración del municipio de Prado, en su planta de personal, existía algún cargo que tuviera como propósito prestar servicios de alimentación a 22 adultos mayores del programa Centro Día del municipio de Prado? Su respuesta, contrario a lo afirmado por el apelante, fue la siguiente: «No existía ningún cargo de planta». De igual manera, cuando se le preguntó ¿Usted tiene conocimiento que durante (sic) del periodo de prestación del servicio (el señor Tovar) tenía alguna subordinación? Esta contestó lo siguiente: «Las tomaba yo (las órdenes) porque era la supervisora del contrato, me daba cuenta si hacía las actividades o no (sic)».

En segundo lugar, en lo relacionado con la presunta falta de análisis de la Circular 008, de 30 de septiembre de 2011, proferida por el alcalde municipal de Prado, que según el apelante «establece (...) la subordinación del jefe de la Entidad y la exigencia de horario de trabajo», debe indicarse que, revisado el documento (folios 103 y 104), no es cierto que este haya sido dirigido a «funcionarios y contratistas de la Alcaldía Municipal de Prado» como aquel afirma, sino a «(...) todos los funcionarios públicos de la Alcaldía (...) para que observ[aran] las condiciones y prohibiciones expresamente contempladas en la normativa vigente (...)» en relación con los procesos electorales de la época. Lo que significa que ni

se dirigió a los contratistas en general, ni mucho menos al señor William Hernán Tovar en particular, siendo lo afirmado en la alzada una apreciación estrictamente subjetiva de su apoderado.

En definitiva, puede concluirse, respecto de la relación que mantuvo el señor Tovar con la entidad demandada, lo siguiente: i) el demandante prestó sus servicios como contratista, dentro del programa de alimentación Hogar Centro Día del municipio de Prado, de forma continua, entre el 25 de enero de 2008 y el 29 de diciembre de 2011; ii) en dicho periodo sirvió a la entidad territorial según las necesidades del servicio; y, iii) la Administración municipal no contaba dentro de su planta de personal con un cargo específico para llevar a cabo las actividades que aquel desempeñó.

3.2. Contraprestación: De acuerdo con las copias de los comprobantes de pago allegadas al expediente¹⁸, queda debidamente acreditado el pago a favor del demandante de los honorarios pactados en los distintos contratos de prestación de servicios que suscribió con el municipio de Prado (Tolima).

3.3. Subordinación o dependencia: Conforme al Oficio D/AM 197, de 23 de abril de 2012, firmado por el alcalde del municipio de Prado (Tolima)¹⁹, a través del cual se dio respuesta al derecho de petición presentado por el demandante; los hechos narrados con la demanda; los testimonios vertidos en la audiencia de pruebas y los múltiples contratos de prestación de servicios suscritos entre el señor Tovar y la entidad territorial, puede concluirse que entre las partes no existió una relación de dependencia o de direccionamiento que permita afirmar la presencia del elemento de la subordinación, propio del contrato de trabajo.

En efecto, el demandante, en su condición de contratista de la Alcaldía municipal de Prado no aportó ningún elemento probatorio que demostrara la existencia de algún tipo de direccionamiento, cumplimiento de horario u órdenes impuestas por parte de un superior o veedor de sus actividades. De hecho, la única prueba que presentó para respaldar la presunta subordinación de su trabajo fue la de los testimonios antes referenciados, la cual, como entendió el *a quo*, se muestra insuficiente para dar credibilidad a los hechos de la demanda, pues a pesar de que los testigos intentan guardar armonía en sus declaraciones, estas terminan contradiciéndose ante la debilidad de sus argumentos. Así sucedió entre las declaraciones del señor Rubén Sánchez y de la señora Amparo Flórez, pues si

¹⁸ Folios 60 al 98 del cuaderno principal.

¹⁹ Folio 12 del cuaderno principal.

bien el primero asegura que en la planta de personal del municipio existía un cargo denominado «administrador del Hogar Centro Día (...) porque en varias administraciones siempre se daba lo mismo (sic)», la segunda niega categóricamente la existencia de dicho cargo, afirmando que «el servicio se prestaba debido a la necesidad de prestar el servicio de alimentación (sic)».

Lo mismo ocurrió cuando a los testigos se les interrogó sobre quién daba las presuntas órdenes al señor Tovar y porqué conocían que se daban tales órdenes, pues de nuevo la contradicción apareció cuando el testigo Rubén Sánchez respondió que era «el señor alcalde, [que le ordenaba] que la manutención fuera eficaz con los ancianos» -lo cual de por sí no es una orden en estricto sentido-; mientras que la señora Amparo Flórez sostuvo que dichas órdenes «las tomaba [ella] porque era la supervisora del contrato, [y] [se] daba cuenta si hacía las actividades o no (sic)».

Así las cosas, teniendo en cuenta que según el principio dispositivo que rige el proceso contencioso-administrativo al demandante le incumbe probar los hechos en los que fundamenta sus pretensiones, y que la subordinación es un factor determinante de la relación laboral -puesto que su presencia supone la dependencia del contratista respecto de la Administración-, debe haber suficiente claridad probatoria para poder diferenciarla de la coordinación de actividades y, por lo tanto, no basta con afirmarla para acreditar su existencia. Este ha sido el criterio hermenéutico de esta Subsección para diferenciar el vínculo laboral del contractual, precisándose que no toda relación de servicios implica *per se* la existencia del elemento subordinatorio, ya que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación de actividades, donde el segundo es libre de someterse a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, como: a) un horario; b) el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores; y, c) tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

En consecuencia, la situación del demandante difícilmente puede acercarse al grado de dependencia que suele atribuírsele a un trabajador respecto de su patrono en una relación laboral común, donde el direccionamiento de las actividades es constante y se le impone el deber de atender las directrices impartidas por su superior. Por lo tanto, comoquiera que en el presente caso solo se aporta como prueba de la subordinación una testimonial que carece de fuerza probatoria, la Sala se ve forzada a desestimar los alegatos presentados con la apelación y a mantener la

determinación judicial objeto de la alzada.

3.4. Conclusión

De acuerdo con las anteriores consideraciones, no hay en el presente caso prueba suficiente que demuestre la existencia de algún tipo de subordinación o dependencia entre el demandante y el municipio de Prado (Tolima), por lo que no puede declararse la existencia de la relación laboral y el consecuente reconocimiento del derecho al pago de los salarios y de las prestaciones que reclama.

3.5. Condena en costas

Mediante la sentencia del 7 de abril de 2016²⁰, esta Subsección, respecto de la condena en costas en vigencia de la Ley 1437 de 2011, consideró la existencia de un cambio legislativo sobre la materia, en tanto el legislador pasó de aplicar un criterio «subjetivo» a uno «objetivo valorativo», para determinar la carga de las costas para las partes.

En síntesis, se dijo en la sentencia que el criterio era objetivo por cuanto la norma prescribe que «en toda sentencia» se «dispondrá» sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del CGP; y, valorativo, porque se requiere que el juez revise si estas se causaron, sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes. Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se debía fijar atendiendo a la posición de las partes, pues esta varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

Siguiendo las anteriores reglas, al no encontrarse probado en sede de segunda instancia erogaciones relacionadas con el pago de gastos ordinarios del proceso, no habrá lugar a condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por la autoridad que le confiere la ley,

²⁰ Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

Falla:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima, de 21 de octubre de 2013, que dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por William Hernán Tovar contra el municipio de Prado, negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
HERNÁNDEZ**

GABRIEL VALBUENA

RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS

C.B.T.