**CONTRATO REALIDAD – Elementos de la relación laboral – Régimen jurídico aplicable al contrato realidad**

La norma dice que existe contrato de trabajo si concurren tres elementos que son esenciales, es decir, son importantes, necesarios y de ellos no se puede prescindir: 1) La actividad personal del trabajador, esto es, que debe ser realizada por él mismo y no por interpuesta persona; 2) Que exista subordinación continuada y dependencia del trabajador con relación a su empleador, según la cual, éste pueda dar órdenes y aquél las cumpla en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato; y 3) Que como retribución del trabajo que presta el trabajador éste perciba una remuneración. En este orden de ideas, se tiene que una vez que se han reunido los tres elementos que consagra el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, con la modificación introducida por la Ley 50 de 1990, se puede hablar de la existencia de un contrato de trabajo, sin que tenga importancia o relevancia jurídica la denominación o el nombre que se le dé ni otras condiciones o modalidades que se adicionen.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Régimen jurídico del contrato de prestación de servicios – Definición del contrato de prestación de servicios**

El artículo 32 de la Ley 80 de 28 de octubre de 1993 regula lo relativo al Contrato de Prestación de Servicios, en el numeral 3º,… Conforme a esta normativa, el contrato de prestación de servicios es aquél que celebran las entidades del Estado con el objeto de desarrollar actividades que tienen que ver con su funcionamiento y se suscribe con personas naturales o jurídicas en aquellos casos en que la entidad no puede llevarlo a cabo con el personal perteneciente a ella. También se puede celebrar este contrato cuando la actividad a desarrollar requiere conocimientos especializados. Además, en esta clase de contrato no se genera relación laboral ni prestaciones sociales y no se pueden celebrar sino por el término indispensable para el cumplimiento de la labor contratada.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Tratamiento jurisprudencial – Características del contrato de prestación de servicios**

Efectuado el análisis anterior relacionado con la normatividad aplicable al asunto bajo estudio, se procede ahora a consultar la jurisprudencia de la Corporación relacionada con el contrato realidad. “(…) La Sala en diversos pronunciamientos ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional alrededor de la diferencia existente entre el contrato de prestación de servicios propiamente dicho, con las situaciones en las cuales la administración, con el propósito de disfrazar una verdadera relación laboral, realiza sucesivas vinculaciones bajo la modalidad de órdenes de trabajo o contratos de prestación de servicios para evadir el reconocimiento y pago de prestaciones sociales. Así, el contrato de prestación de servicios, el cual no genera retribución distinta que los honorarios en él pactados, se celebra en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser desarrollada por personas vinculadas a la entidad o cuando requiere de conocimientos especializados para lo cual se han establecido las siguientes características: - El contrato versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores, en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia. - El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico o científico, constituye el elemento esencial del contrato. El contratista dispone de amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del objeto contractual, delimitada por el plazo y la realización de la labor. - La vigencia del contrato es temporal. Su duración debe ser delimitada por el tiempo indispensable para realizar el objeto contractual. - La actividad puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica.

**CONTRATO REALIDAD – Derechos por el reconocimiento de la relación laboral – Reconocimiento de prestaciones sociales a título de indemnización – Reconocimiento de prestaciones sociales con fundamento en los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios**

Así, en la mencionada sentencia se determinó que debido a lo anterior, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas. Así mismo, 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, (artículo 53 Constitución Política).

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Relación de coordinación de actividades en la ejecución de contrato de prestación de servicios – Relación de coordinación de actividades no implica la configuración del elemento subordinación**

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

**CONSEJO DE ESTADO**

##### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION B**

**Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ**

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número:** **73001-23-33-000-2012-00215-01(0796-14)**

**Actor: MAGALY CASTRO PERALTA**

**Demandado: MUNICIPIO DE PRADO - TOLIMA**

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Tramite: Ley 1437 de 2011

Asunto: Contrato Realidad

La Sala decide[[1]](#footnote-1) el recurso de apelación que la parte demandada presentó contra la sentencia de 2 de diciembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

**A N T E C E D E N T E S**

La señora MAGALY CASTRO PERALTA a través de apoderado y en ejercicio de medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 presenta demanda contra el Municipio de Prado – Tolima con la finalidad de obtener la nulidad de la Resolución No. 193 de 9 de mayo de 2012 mediante la cual se negó el reconocimiento de la relación laboral y el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir con ocasión de la celebración de los contratos de prestación de servicios para atender la operatividad de la biblioteca municipal y estimular la lectura, la consulta y la investigación de la población infantil.

A título de restablecimiento del derecho pide condenar al municipio a que reconozca y pague los salarios y prestaciones sociales, indemnización y demás beneficios previstos en el régimen de seguridad social integral a que tenga derecho desde el 15 de abril de 2008 hasta el 29 de diciembre de 2011[[2]](#footnote-2).

**H E C H O S**

La demandante manifestó que celebró contratos de prestación de servicios para la ejecución permanente, continua e ininterrumpida de actividades subordinadas desde el 15 de abril de 2008 hasta el 29 de diciembre de 2011 que consistieron en apoyar a la secretaría de desarrollo social en la operación del centro de información cultural, ludoteca y biblioteca municipal que tenían como propósito la estimulación de la lectura, la consulta y la investigación de la población del Municipio de Prado. Además, la ejecución de proyectos de bienestar social en beneficio de la población pobre y vulnerable, infantes, jóvenes, adultos mayores, mujeres gestantes y discapacitados.

Señaló que laboró de forma personal y similar a los empleados de planta cumpliendo horario de 8 horas dentro de la jornada laboral, bajo subordinación y dependencia de la entidad y que a cambio recibía una contraprestación económica.

Informó que mediante la circular No 008 de 30 de septiembre de 2011 dirigida a los funcionarios y contratistas de la alcaldía del municipio, se comunicó determinadas pautas que constituyen una condición de subordinación del jefe de la entidad y la exigencia del horario de trabajo[[3]](#footnote-3)

**NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Se señaló como vulnerado el artículo 53 de la Constitución Política, el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y se señaló que la situación de la demandante se enmarca en una relación laboral y no de prestación de servicios toda vez que se acreditan los elementos constitutivos de aquélla y que aparece demostrado con el servicio personal que ejercía cumpliendo similares funciones a las de un empleado público que ostentaba el mismo cargo recibiendo órdenes en cuanto a modo, tiempo y cantidad de trabajo, cumplía horario de trabajo y recibía contraprestación económica[[4]](#footnote-4)

**OPOSICIÓN A LA DEMANDA**

El municipio de Prado manifestó que debido al limitado número de cargos al interior de la entidad territorial se vio en la necesidad de celebrar varios contratos de prestación de servicios para desarrollar actividades que podían ser contratadas mediante esta modalidad al amparo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 82 del Decreto 2474 de 2008, los cuales se ejecutaron sin subordinación ni dependencia.

Dijo que no se puede predicar que conforme a las funciones desempeñadas se derive una relación laboral de subordinación y dependencia sino de coordinación con la entidad para desarrollar actividades técnicas de apoyo a la gestión institucional en ausencia de personal de la entidad que pudiera hacerlo, por tanto, al no encontrarse probados los elementos necesarios para desvirtuar la presunta relación laboral, el contrato de prestación de servicios no se transforma en un contrato realidad[[5]](#footnote-5).

En escrito separado el municipio de Prado formuló llamamiento en garantía al señor JOSÉ JADER FLÓREZ SERRATO en calidad de ex alcalde del ente territorial para que se determine la responsabilidad en los hechos que dan origen a la demanda[[6]](#footnote-6)

**LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Tribunal Administrativo del Tolima profirió sentencia el 2 de diciembre de 2013 y accedió a las pretensiones de la demanda, en consecuencia anuló el acto acusado y condenó al municipio de Prado a pagar a la actora a título de restablecimiento del derecho el valor de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados vinculados a la entidad durante el período en que prestó los servicios.

Igualmente condenó a la entidad a pagar los porcentajes de cotización correspondientes a pensión que debió trasladar a los fondos correspondientes durante los períodos acreditados en que la actora prestó los servicios, sumas que se actualizarán de acuerdo con la ley, y declaró que el tiempo laborado por la demandante bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios durante los años 2008 a 2011, deben ser computados para efectos pensionales.

Así mismo, no declaró probada la excepción de prescripción, negó las demás pretensiones y condenó en costas al municipio demandado, y que la sentencia se cumpliera en los términos de los artículos 192 y 193 de la Ley 1437 de 2011 y ordenó la expedición de copias de la sentencia.[[7]](#footnote-7)

**EL RECURSO DE APELACIÓN**

El ente demandado presentó recurso de apelación contra la sentencia de 2 de diciembre de 2013 y manifestó que no existe total certeza sobre los hechos subordinantes en que se fundó la condena, pues, en su sentir, no se valoró la forma como los testigos tuvieron conocimiento de los hechos y considera que lo dicho por ellos son suposiciones y comentarios que la demandante hacía en charlas pues no laboraban en el mismo lugar o en cercanías al barrio donde la demandante prestaba los servicios.

Señaló que los testimonios no son fehacientes para respaldar los hechos en que se funda la demanda ya que ninguno de ellos tuvo conocimiento directo de la subordinación; que los medios probatorios buscan la convicción del operador judicial sobre la evidente presencia y realización de los hechos en el tiempo, pero que cuando es al funcionario a quien le asiste la necesidad de justificar la evidencia de manera forzada, entonces no era evidente y los medios probatorios decaen en su objetivo generándose duda.

Consideró que el testimonio de Amparo Flórez, en calidad de supervisora del contrato, deja ver el trámite surtido para legalizarlo desde el estudio de conveniencia, la entrega de documentos que acreditan los requisitos exigidos, la propuesta de prestación del servicio hecha por la actora y la suscripción del contrato con el alcalde.

Afirmó que el hecho de que indicara que la demandante ejercía su actividad en el mismo horario de la administración, no implica subordinación, pues en ningún momento se informó que el horario fuera impuesto al contratista por alguno de los representantes de la administración municipal. Agregó que la testigo Amparo Flórez nunca manifestó haber dado la orden de cumplimiento del horario.

En cuanto al llamamiento en garantía, el demandado impugna la decisión del Tribunal de primera instancia en cuanto, dice, no se puede pasar por alto que la actuación desplegada por la señora Ampro Flórez frente a la demandante, según su confesión en la audiencia, se generó por las órdenes que impartió el alcalde José Jader Flórez Serrato.

Señaló que el alcalde del municipio de Prado tenía pleno conocimiento que no podía imputar actos de subordinación a la demandante y que menos usar los postulados de la Ley 80 de 1993 para disfrazar relaciones laborales dependientes, pues, conocía los conceptos de una relación laboral dada su condición de profesional del derecho.

Manifestó que si bien el *A quo* encontró que fueron suscritos varios contratos de prestación de servicios con el fin de ejecutar actividades que no podían ser desarrolladas con el personal de planta, lo cierto es que según los testigos, la supuesta relación laboral independiente justificada en diferentes documentos pudo mutar a una relación laboral dependiente de quien impartía órdenes esto es el señor José Jader Flórez Serrato, por tanto, fue él quien comprometió la responsabilidad del municipio y no por el hecho de haber suscrito los contratos de prestación de servicios sino por haber dado un trato indebido a la contratista.[[8]](#footnote-8)

**C O N S I D E R A C I O N E S**

**EL PROBLEMA JURÍDICO**

Se contrae a establecer si la prueba testimonial decretada y practicada demuestra que el contrato de prestación de servicios que el municipio de Prado suscribió con la señora Magaly Castro Peralta se transformó en una verdadera relación laboral. Y un problema jurídico asociado que consiste en establecer si al mutar la relación jurídica inicial y convertirse en una relación laboral en ella tiene responsabilidad el ex alcalde llamado en garantía señor José Jader Flórez Serrato.

Para la resolución del problema jurídico planteado, la Sala se ocupará en desarrollar los siguientes temas: las normas que aluden al contrato realidad, la jurisprudencia relacionada con el mismo y el caso concreto en el que se analizará también lo relacionado con el llamamiento en garantía.

**LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL CASO EN ESTUDIO**

El artículo 53 de la Constitución Política dispone lo siguiente:

“Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La Ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad…” (Se subrayó).

Por su parte, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990, señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, así:

“ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”.

La norma dice que existe contrato de trabajo si concurren tres elementos que son esenciales, es decir, son importantes, necesarios y de ellos no se puede prescindir: 1) La actividad personal del trabajador, esto es, que debe ser realizada por él mismo y no por interpuesta persona; 2) Que exista subordinación continuada y dependencia del trabajador con relación a su empleador, según la cual, éste pueda dar órdenes y aquél las cumpla en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato; y 3) Que como retribución del trabajo que presta el trabajador éste perciba una remuneración.

En este orden de ideas, se tiene que una vez que se han reunido los tres elementos que consagra el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, con la modificación introducida por la Ley 50 de 1990, se puede hablar de la existencia de un contrato de trabajo, sin que tenga importancia o relevancia jurídica la denominación o el nombre que se le dé ni otras condiciones o modalidades que se adicionen.

El artículo 32 de la Ley 80[[9]](#footnote-9) de 28 de octubre de 1993 regula lo relativo al Contrato de Prestación de Servicios, en el numeral 3º, así:

“3o.  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 conocimiento especializados (sic).

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

Conforme a esta normativa, el contrato de prestación de servicios es aquél que celebran las entidades del Estado con el objeto de desarrollar actividades que tienen que ver con su funcionamiento y se suscribe con personas naturales o jurídicas en aquellos casos en que la entidad no puede llevarlo a cabo con el personal perteneciente a ella. También se puede celebrar este contrato cuando la actividad a desarrollar requiere conocimientos especializados. Además, en esta clase de contrato no se genera relación laboral ni prestaciones sociales y no se pueden celebrar sino por el término indispensable para el cumplimiento de la labor contratada.

**LA JURISPRUDENCIA**

Efectuado el análisis anterior relacionado con la normatividad aplicable al asunto bajo estudio, se procede ahora a consultar la jurisprudencia de la Corporación[[10]](#footnote-10) relacionada con el contrato realidad.

“(…) La Sala en diversos pronunciamientos ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional[[11]](#footnote-11) alrededor de la diferencia existente entre el contrato de prestación de servicios propiamente dicho, con las situaciones en las cuales la administración, con el propósito de disfrazar una verdadera relación laboral, realiza sucesivas vinculaciones bajo la modalidad de órdenes de trabajo o contratos de prestación de servicios para evadir el reconocimiento y pago de prestaciones sociales. Así, el contrato de prestación de servicios, el cual no genera retribución distinta que los honorarios en él pactados, se celebra en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser desarrollada por personas vinculadas a la entidad o cuando requiere de conocimientos especializados para lo cual se han establecido las siguientes características:

- El contrato versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores, en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia.

- El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico o científico, constituye el elemento esencial del contrato. El contratista dispone de amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del objeto contractual, delimitada por el plazo y la realización de la labor.- La vigencia del contrato es temporal. Su duración debe ser delimitada por el tiempo indispensable para realizar el objeto contractual.

- La actividad puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica.

La Sección Segunda del Consejo de Estado en relación con quienes celebraron contratos de prestación de servicios, inicialmente señaló que por estar desvirtuados los elementos esenciales de este tipo de relación contractual, emergía una relación laboral de derecho público, sin que existiera diferencia entre ella y la que desarrollan otras personas como empleados públicos que laboran en el mismo centro. Lo anterior, por cuanto desarrollan idéntica actividad, cumplen órdenes, horario y prestan servicios de manera permanente, personal y subordinada. Ello en atención a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, que prevé el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y por no tratarse de una relación laboral formalmente establecida, no se accedía a conceder prestaciones sociales propiamente dichas, sino que, a título de “indemnización” para restablecer el derecho, se ordenaba el pago del equivalente a las prestaciones sociales que percibían los empleados que prestaban sus servicios en la misma entidad, tomando como base el valor pactado en el contrato. Se argumentaba la irrenunciabilidad de los derechos contra expresa prohibición legal (artículo 53 de la Constitución Política) y que al desnaturalizarse una relación laboral para convertirla en la contractual regulada por la ley 80 de 1993, tales cláusulas no regían para el derecho por falta de existencia, caso en el cual no se requería de pronunciamiento judicial.

El criterio jurisprudencial anteriormente mencionado fue modificado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de noviembre 18 de 2003, expediente No. 1999-00039-01 (IJ-0039), actor. María Zulay Ramírez. Para mayor ilustración resulta pertinente transcribir los aportes de mayor relevancia jurídica de tal sentencia: 1.- El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley. 2.- 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. 3.- 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 prestaciones sociales. Igualmente la mencionada situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo que con la administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.

Cada una de estas situaciones, según la decisión de Sala Plena, “*es fuente de obligaciones bien diferenciadas por el derecho positivo, por haberse regulado por ordenamientos distintos, razón por la cual, surge como corolario obligado que los conflictos de interés que aparezcan deben medirse con la normatividad pertinente, que no es por un mismo rasero...”.*

Ahora bien, en el asunto resuelto en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, anteriormente mencionada, se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico. A continuación y teniendo en cuenta que el presente proceso cuenta con las mismas características, se harán las siguientes precisiones:

El tema de la prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales, con el resultado de la definición de la diferencia entre el primero y el contrato y el de carácter laboral, que es la existencia de tres elementos: la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. Así lo precisó la Corte Constitucional, en sentencia de C- 154 de 1.997 con ponencia del doctor Hernando Herrera Vergara. La comparación le permitió a la Corte establecer que en el contrato de prestación de servicios se desarrolla una actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica con 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.

Así, en la mencionada sentencia se determinó que debido a lo anterior, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas. Así mismo, 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, (artículo 53 Constitución Política).

El anterior criterio ha sido sostenido por esta Corporación[[12]](#footnote-12) en los siguientes términos, insistiendo en la importancia de la subordinación:

*“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia[[13]](#footnote-13) de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.*

*(…)*

*De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los periodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados. La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público:*

*(…)*

*Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad, numeral 4....*” (Exp. 0245/03, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje SENA).

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

Así se dijo en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de estado el 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, M.-P. Nicolás Pájaro Peñaranda:

*“(...) 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****.*” (Se resalta).

Es decir, que para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público y que las actividades realizadas no eran de coordinación entre las partes, para el desarrollo del contrato (…)”.

Esta providencia, se señalaron los aspectos que se deben tener en cuenta a efectos de establecer la existencia o no de una relación laboral, así:

1. Dice la providencia que en diversos pronunciamientos se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional[[14]](#footnote-14) alrededor de la diferencia que existe entre el contrato de prestación de servicios y las situaciones en las cuales la administración realiza sucesivas vinculaciones bajo la modalidad de órdenes de trabajo o contratos de prestación de servicios para evadir el reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

2. El contrato de prestación de servicios, no genera retribución distinta que los honorarios en él pactados, se celebra cuando la administración no puede desarrollar la actividad con personas vinculadas a la entidad o cuando requiere de conocimientos especializados para lo cual se han establecido las siguientes características.

2.1. Las características tienen que ver con el hecho de que el contrato se refiera a una obligación de hacer para la ejecución de labores, en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia.

2.2. El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad y existe autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico o científico, esto constituye el elemento esencial del contrato. Además el contratista dispone de amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del objeto contractual, delimitada por el plazo y la realización de la labor.

2.3 El contrato es temporal y está limitado por el tiempo indispensable para realizar el objeto contractual.

2.4. La actividad puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica.

Visto lo señalado por la jurisprudencia respecto de los requisitos que se deben cumplir a efectos del reconocimiento del contrato realidad, se procederá en seguida al estudio del caso de la demandante para establecer si se presentan los tres elementos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo para que exista el contrato laboral.

**DEL CASO CONCRETO**

Entre la señora MAGALY CASTRO PERALTA y el municipio de Prado – Tolima, se suscribieron contratos de prestación de servicios con el objeto de fortalecer la enseñanza lúdica y los procesos de aprendizaje en los jardines infantiles y apoyar a los estudiantes en las consultas escolares, así:[[15]](#footnote-15)

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Contrato | Fecha | Hasta |
| 0151 de 2008 | 15 – 04 – 08 | 13 – 06 – 2008 |
| 311 de 2008 | 17 – 07 – 08 | 30 – 09 – 2008  |
| 481 de 2008 | 01 – 10 – 08  | 31 – 12 – 2008 |
| 031 de 2009 | 05 – 01 – 09  | 27 – 02 – 2009 |
| 0131 de 2009 | 02 – 03 – 09  | 30 – 06 – 2009 |
| 0350 de 2009 | 01 – 07 – 09 | 30 – 09 – 2009 |
| 0496 de 2009 | 01 – 10 – 09 | 31 – 12 – 2009 |
| 024 de 2010 | 08 – 01 – 10 | 28 – 01 – 2010 |
| 057 de 2010 | 29 – 01 – 10 | 30 – 06 – 2010 |
| 0211 de 2010 | 12 – 07 – 10 | 11 – 10 – 2010 |
| 0335 de 2010 | 12 – 10 – 10 | 30 – 12 – 2010 |
| 018 de 2011 | 06 – 01 – 11 | 29 – 07 – 2011 |
| 018 de 2011 | 27 – 07 – 11 | 27 – 10 – 2011 |
| 0204 de 2011 | 04 – 11 – 11 | **29 – 12 - 2011** |

Mediante escrito radicado el 20 de abril de 2012, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales al considerar que se estructurado el elemento de la subordinación en el contrato de prestación de servicios inicialmente suscrito y se transformó en un contrato realidad[[16]](#footnote-16), petición que se atendió mediante la Resolución No 193 de 9 de mayo de 2012 y resolvió no acceder al reconocimiento de la relación laboral[[17]](#footnote-17).

Un primer aspecto que se puede señalar en este momento de la providencia, es el relacionado con el fenómeno prescriptivo, pues, de acuerdo con lo señalado por la ley y la jurisprudencia, éste se presenta si no se reclama dentro de los tres (3) años siguiente al vencimiento del vínculo laboral respectivo[[18]](#footnote-18). En este caso, se establece que entre la fecha en que la demandante culminó su vinculación laboral con el municipio de Prado y aquella en que presentó la solicitud de reconocimiento de las prestaciones sociales, no transcurrió un término superior a 3 años por cuanto el último contrato celebrado venció el 29 de diciembre de 2011 y la petición de reconocimiento del contrato realidad se presentó el 20 de abril de 2012, por ende, no hay prescripción.

**El cargo formulado a la sentencia de primera instancia**

El municipio de Prado endilga a la sentencia que no valoró la forma como los testigos conocieron los hechos y por ello considera que su dicho son suposiciones y comentarios que la misma actora hacía en charlas, ya que aquellos no laboraban en el mismo lugar de trabajo de ella y menos en el barrio donde prestaba los servicios.

Para el apoderado del ente demandado los testimonios no son fehacientes para respaldar los hechos en que se funda la demanda ya que ninguno de ellos tuvo conocimiento directo de la subordinación y que la declaración de Amparo Flórez, quien supervisó el contrato, solo permite dejar constancia del trámite para legalizarlo. Se dice también que el hecho de realizar la actividad en el mismo horario de la administración no conlleva subordinación.

Pues, bien, a efectos de resolver el cargo, la Sala procede a revisar y analizar el testimonio de las personas que declararon en el presente asunto, lo cual está grabado en el CD que recoge lo acontecido en la audiencia de pruebas.[[19]](#footnote-19)

En este caso se solicitaron y practicaron los testimonios de los señores José Farley Vargas Peralta, Vilma Inés Pardo Madroñedo, Amparo Flórez Ramírez y Héctor Germán Yara Cardozo, quienes fueron interrogados por el magistrado conductor del proceso y el apoderado de la demandante; y contrainterrogados por los apoderados del municipio de Prado y llamado en garantía.

El cuestionario giró en torno al conocimiento de la demandante y de los hechos que conforme a la demanda originan la pretensión de reconocimiento y existencia de una relación laboral con la suscripción de los distintos contratos de prestación de servicios que tuvieron por objeto la operatividad del centro del información cultural en la biblioteca municipal con la finalidad de estimular la lectura, la consulta y la investigación de la población estudiantil del municipio de Prado.

El señor José Farley Vargas Peralta[[20]](#footnote-20) relató que conoce a la demandante porque él es natural y vecino de Prado y dijo que la actora laboró de lunes a viernes en el horario de las 7 y 30 de la mañana a 5 de la tarde desde el mes de abril de 2008 hasta el mes de diciembre de 2011 desempeñándose en el cargo de Ludotecaria y Bibliotecaria del municipio. Que el horario estaba distribuido para atender en la mañana a los niños y en la tarde a jóvenes y adultos bajo las órdenes de un superior jerárquico.

Dijo el testigo que se enteró de la situación por cuanto él laboraba en un Hotel hacía las afueras del pueblo y allí se realizan eventos de la alcaldía; además, dijo que cuando se trasladaba al centro del pueblo a realizar diligencias siempre observó a la actora realizando su labor.

La señora Vilma Inés Pardo Madroñedo[[21]](#footnote-21) manifestó que para la época de los hechos se desempeñaba como Auxiliar de Enfermería en el hospital de Prado y que directamente observó que la demandante prestó sus servicios a la Alcaldía del municipio como cualquier otro empleado y que por ese trabajo percibía un salario mensual. Sobre el horario de trabajo dijo que era de lunes a viernes desde las 7:30 am a 12 del día y de las 2 hasta las 6 de la tarde. También dijo que la actora se encontraba bajo la subordinación de los señores Héctor Germán Yara Cardozo y Amparo Flórez quienes desempeñaban los cargos de Secretario General y de Gobierno y Secretario de Desarrollo Social, respectivamente. En cuanto al conocimiento de los hechos manifestó que le constaban porque llevaba a su hijo menor a donde la Ludotecaria. Igualmente dijo que no le consta tener conocimiento sobre el acta de posesión de la demandante en respuesta a la pregunta hecha por el apoderado de la parte llamada en garantía en ese sentido.

Por su parte la señora Amparo Flórez Ramírez[[22]](#footnote-22) fue Secretaria de Desarrollo Social del municipio durante la administración del señor José Jader Flórez Serrato. En su declaración dijo que cumplía órdenes de su jefe inmediato y que tenía la supervisión de los contratos suscritos por el municipio que, además, le impartía órdenes a la demandante en cantidad, forma de trabajo, que la actora se encontraba bajo su subordinación y dependencia según exigencias del alcalde. En cuanto al horario de trabajo señaló que era de lenes a sábado desde las 7:30 am a 12 meridiano y de las 2 a las 6 de la tarde. Fue enfática en manifestar que la demandante ejecutó la labor de manera permanente, continua e ininterrumpida bajo la subordinación y dependencia de ella en su condición de Secretaria de Desarrollo Social del municipio. Al ser interrogada acerca de si en el municipio existía otro cargo igual al desempeñado por la demandante respondió que no.

Por último rindió testimonio el señor Héctor Germán Yara Cardozo[[23]](#footnote-23) administrador público de profesión quien laboró para el municipio de Prado como Secretario General y de Gobierno. Sobre los hechos narró que conoció a la demandante porque fueron compañeros de estudio y dada la actividad contratada la actora cumplía horario desde las 7:30 de la mañana hasta las 12 del día y de las 2 a las 6 de las tarde. Que su vinculación fue mediante contrato de prestación de servicios por tal razón no hubo evaluación alguna. Dijo que el pago se efectuaba mensualmente de acuerdo con lo pactado en el contrato.

Pues bien, los testigos son unánimes en señalar que la demandante cumplía el horario establecido por la administración municipal por la naturaleza del servicio que se prestaba en la Ludoteca y en la Biblioteca del municipio de Prado y que el trabajo de la demandante estaba supervisado por la señora Amparo Flórez Ramírez, en cumplimiento de las órdenes que en ese sentido recibía de su jefe inmediato que era el alcalde.

El Tribunal Administrativo del Tolima en la sentencia proferida analizó los testimonios recibidos y con fundamento en ellos estableció que la demandante desarrolló las labores de ludotecaria y bibliotecaria en el municipio de Prado desde el año 2008 a 2011, en desarrollo de los distintos contratos de prestación de servicios cumpliendo el horario fijado por la administración municipal, que el servicio fue prestado de manera personal y a cambio percibía una remuneración económica.

En virtud de lo anterior, el *A quo* concluyó que en los contratos de prestación de servicios no podía pactarse autonomía e independencia en la ejecución de los mismos toda vez que labor de la demandante, en calidad era atender a los menores de edad para orientarlos y ayudarlos en las tareas escolares, por ende, no podía actuar de manera independiente y menos que dichas labores no fueran subordinadas por cuanto la Secretaría de Desarrollo Social tenía a su cargo velar porque se cumpliera el horario de trabajo como si la actora fuera una funcionaria más. Que también se le asignaban tareas y recibía órdenes de apoyar actividades culturales programadas para los días sábados. Por tanto, la sentencia de primera instancia consideró que de acuerdo con los medios de prueba allegados se evidenció la existencia de una verdadera relación laboral dado que la demandante no ejerció su labor de manera independiente sino subordinada a las órdenes que impartiera el alcalde del municipio a través de la Secretaría de Desarrollo Social.

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que el estudio y análisis probatorio efectuado por el Tribunal de primera instancia a los testimonios practicados se ajusta a lo que realmente se puede establecer en el proceso, es decir, que en el desarrollo de los distintos contratos de prestación de servicios, no hubo independencia sino subordinación, por tanto, dichos contratos mutaron a una relación laboral toda vez que el servicio se prestó personalmente, por el mismo se percibió una remuneración y la demandante siempre estuvo subordinada a la administración del municipio de Prado.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala comparte el estudio y análisis que el Tribunal de primera instancia hizo frente a las pruebas testimoniales allegadas al proceso que señalan que la demandante era dependiente y subordinada, pues, tenía que cumplir el horario de trabajo y las órdenes que impartía la entidad. Lo anterior lleva a que se desvirtúe la existencia del contrato de prestación de servicios, de conformidad con el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas entre los sujetos de la relación laboral, de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política. En consecuencia, no prospera el cargo formulado por la parte demandada a la sentencia del *A quo.*

**Sobre el Llamamiento en Garantía**

El Municipio de Prado impugnó la sentencia de primera instancia en cuanto no se puede pasar por alto la actuación desplegada por la señora Ampro Flórez frente a la demandante que, según su confesión en la audiencia, se generó por las órdenes que impartió el jefe inmediato, esto es, el alcalde del municipio José Jader Flórez Serrato.

Señaló que el alcalde del municipio de Prado tenía pleno conocimiento que no podía imputar actos de subordinación a la demandante y que los postulados de la Ley 80 de 1993 no podían ser usados con la finalidad de disfrazar relaciones laborales dependientes, pues, conocía los conceptos de una relación laboral dependiente e independiente dada su condición de profesional del derecho.

Manifestó que si bien el *A quo* encontró que fueron suscritos varios contratos de prestación de servicios con el fin de ejecutar actividades que no podían ser desarrolladas con el personal de planta, lo cierto es que según los testigos, la supuesta relación laboral independiente mutó a una relación laboral dependiente teniendo en cuenta las órdenes que impartía el señor José Jader Flórez Serrato, por tanto, él fue quien comprometió la responsabilidad del municipio.

La pretensión de condenar al llamado en garantía se negó con fundamento en que en el municipio de Prado no existía un funcionario que prestara los servicios de Ludotecario y Bibliotecario. Además para la contratación del particular que colaborara con la administración y ejecutara los contratos de acuerdo con las necesidades se tuvo en cuenta las necesidades del servicio, la idoneidad del posible contratista, el plan de desarrollo y el plan de gastos e inversiones, lo cual se encuentra acreditado con los estudios de conveniencia que se aportaron al expediente. Por lo anterior, el Tribunal Administrativo del Tolima consideró que era improcedente condenar al señor José Jader Flórez Serrato para que en forma solidaria respondiera por la condena patrimonial impuesta al ente demandado.

El A quo consideró también que de acuerdo con la documental allegada al proceso, se observó una conducta del ex alcalde como ordenador del gasto y ejecutor de los actos contractuales acorde con la situación del municipio, ya que al evidenciarse la falta de personal en la entidad para cubrir la necesidad del servicio, se hacía necesario llamar a un particular para que colaborara con la administración en el cumplimiento de los fines con lo cual se observó los rituales y exigencias demandadas por la Constitución y la ley para el efecto.

La Sala consulta la documental aportada al proceso y establece que el *A quo*, en su decisión tuvo en cuenta los estudios realizados por la administración de Prado para la celebración de los contratos cuyo objeto fue la prestación de servicios personales en la ludoteca y biblioteca del citado municipio.

En efecto, en el proceso se encuentran los estudios de conveniencia y oportunidad para la contratación de personal de apoyo en la gestión administrativa del municipio de Prado. Así se observa de los documentos que se pueden consultar a los folios 172 a 185, 190 a 202, 228 a 244, 245 a 247, 248 a 261, 262 a 266, 268 a 271, 276 a 284, 291 a 302, 303 a 305, 320 a 322, 331 a 333, 339 a 342 que se refieren a los estudios de conveniencia y oportunidad.

La intención del gobierno de turno fue reducir de manera sustancial la planta de personal para flexibilizar el gasto en materia de funcionamiento y con el objetivo de profesionalizar a los colaboradores. Es decir, cada uno de los contratos celebrados tuvo su estudio de conveniencia y oportunidad para contratar personal de apoyo a la gestión administrativa del municipio. Entonces, se observa que la vinculación de la actora a través de los contratos de prestación de servicios que luego se desvirtuaron en elementos de la relación laboral, no obedeció a ninguna intención de causarle daño al municipio de Prado sino a la falta de personal para atender las necesidades del servicio en cuanto a ludoteca y biblioteca. En virtud de lo anterior, no prospera el cargo formulado a la sentencia por el apoderado del municipio de Prado.

Así, pues, como quiera que ninguno de los cargos endilgados a la sentencia de primera instancia que el Tribunal Administrativo del Tolima profirió el 2 de diciembre de 2013, la Sala confirmará la decisión allí adoptada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**F A L L A**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia de dos (2) de diciembre de dos mil trece (2013) proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que adelantó la señora MAGALY CASTRO PERALTA contra el Municipio de Prado – Tolima por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la actora, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.** Por la Secretaría de la Sección Segunda devuélvase el proceso al Tribunal Administrativo del Tolima y déjense las constancias de rigor.

**Cópiese, Notifíquese y Cúmplase**

La anterior decisión fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.

**Los Consejeros,**

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ (E) CARMELO PERDOMO CUÉTER**

Relatoria JORM

1. El proceso ingresó al Despacho el 15 de octubre de 2015 (fl. 516). [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 95 [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 97 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 101 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 350 [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 147 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 474 [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 487 [↑](#footnote-ref-8)
9. “por medio de la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” [↑](#footnote-ref-9)
10. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “B” Consejero Ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN (E) Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014) Radicación número: 68001-23-33-000-2012-00120-01 (4380-13) Actor: GERMÁN DARIO RUEDA SANABRIA Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD D.A.S., EN SUPRESIÓN. [↑](#footnote-ref-10)
11. Sentencias C-555 de 1994 y C-154 de 1997. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo. [↑](#footnote-ref-12)
13. 2 Expediente 0245-2003. [↑](#footnote-ref-13)
14. Sentencias C-555 de 1994 y C-154 de 1997. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 8 y siguientes [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 5 [↑](#footnote-ref-16)
17. Folio 7 [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B. Expediente No 25000-23-25-000-2011-01040 01 (0725 – 2014). Demandante. John Edgar Aldana Rico. Demandado. Departamento Administrativo de Seguridad – DAS. 10 de diciembre de 2015. En esa oportunidad se citó lo que este Despacho había señalado en el proceso No 20001-23-31-000-2011-00142-01, con ponencia de la suscrita. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folio 455 [↑](#footnote-ref-19)
20. CD minuto 22:30 [↑](#footnote-ref-20)
21. CD minuto 28:20 [↑](#footnote-ref-21)
22. CD minuto 39:20 [↑](#footnote-ref-22)
23. CD minuto 56:30 [↑](#footnote-ref-23)