

CONTRATO REALIDAD – Ejercito nacional / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES – Asesoría jurídica / CONTRATO REALIDAD – Principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades / RELACION LABORAL – Elementos esenciales /

La realidad sobre las formalidades evidenciadas en las relaciones de trabajo, hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53 de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad. Es preciso destacar que se ha denominado contrato realidad aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma. Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público 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 vínculo. Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 53

CONTRATO REALIDAD – Carga de la prueba / CARGA DE LA PRUEBA - En contrato realidad es del demandante / CARGA PROBATORIA – Demostrar la existencia de una relación laboral que desnaturaliza el contrato estatal

En ese orden, se tiene que el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no crea una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio. Antes por el contrario, la disposición en cita de manera expresa estableció que en ningún caso se generaría una relación de trabajo, por lo que, si el contratista recurre a la jurisdicción, está en la obligación de desvirtuar la naturaleza del contrato estatal, como quiera que es él quien está llamado a demostrar los elementos esenciales o configurativos de una verdadera relación laboral.

**CONTRATO REALIDAD – En relaciones laborales de los particulares /
RELACION LABORAL – Presunción legal / CARGA DE LA PRUEBA -
Contratante**

En contraste de lo que sucede en los contratos de prestación de servicios regidos por el sistema de contratación estatal, en materia de las relaciones laborales de los particulares, el Código Sustantivo del Trabajo contiene en el artículo 24 una presunción legal que a su tenor señala lo siguiente: “ARTICULO 24. PRESUNCION. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.” Nótese como la norma transcrita crea una presunción legal que permite considerar como laboral toda relación personal de trabajo, de modo que, en las relaciones particulares o de derecho laboral ordinario, el trabajador lleva una ventaja inicial, trasladándose la carga de la prueba al contratante quien frente a una demanda laboral tendrá la carga de desvirtuar la presunción legal existente en favor del trabajador, presunción no consagrada en los contratos de prestación de servicios regulados por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, quedando en cabeza del contratista el deber de probar los elementos esenciales y configurativos de la relación laboral cuando se exija judicialmente la aplicación de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

FUENTE FORMAL: CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTICULO 24 /
LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 32

CONTRATO REALIDAD – Contrato de prestación de servicios / RELACION CONTRACTUAL ESTATAL – No traslada la carga de probar la relación laboral a la entidad contratante / SUBORDINACION – No demostrada / DISPONIBILIDAD PARA ATENDER REQUERIMIENTOS DEL OBJETO CONTRACTUAL - No implica subordinación / SUBORDINACION Y DEPENDENCIA – No probada / FUNCION CONTRATADA – No corresponde a un componente funcional y organizacional de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional

Siendo así las cosas, se tiene que cuando el legislador utilizó en el inciso 2º del numeral 3 del artículo 32 de la citada ley la expresión “En ningún caso...generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales”, lo cierto es que no consagró una presunción de iure o de derecho que no admita prueba en contrario, lo que indica que el afectado podrá demandar por la vía judicial el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y, por consiguiente, el pago de las prestaciones a que haya lugar, para lo cual, es necesario que asuma el deber de probanza a fin de acreditar los elementos esenciales para la configuración de la relación laboral. En otras palabras, es al demandante a quien le incumbe demostrar la relación laboral entre las partes, para lo cual, es necesario que pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. Además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o

dependencia y de esa manera, lograr bajo la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, la declaratoria de existencia de una verdadera relación laboral que desnaturaliza o desvirtuando el contrato de prestación de servicios como contrato estatal regido por Ley 80 de 1993. Dejando claro que es el demandante a quien le corresponde asumir la carga de la prueba, procede el despacho a valorar las que fueron arrimadas al proceso a fin de establecer, si el demandante acreditó de manera específica, el elemento de subordinación como requisito necesario para la configuración de la verdadera relación laboral o si por el contrario, el contratista contaba con total autonomía y disponibilidad para la prestación del servicio de asesor jurídico contratado. (...) Así las cosas, de la prueba documental y testimonial antes reseñada, considera la Sala que no se puede comprobar que el demandante haya prestado su servicio como asesor jurídico cumpliendo horarios de trabajo en la Cuarta Brigada, pues, lo demostrado con las declaraciones fue la disponibilidad que debía tener el actor en calidad de asesor para atender los requerimientos propios de las obligaciones contractuales, lo que por supuesto, no implica o conlleva la imposición o cumplimiento de un horario laboral. Conforme con lo antes señalado, considera la Sala que no existe prueba que acredite la continuada subordinación y dependencia que alega el demandante existió en desarrollo del contrato de prestación de servicios como asesor jurídico de la Cuarta Brigada, por cuanto que, no se evidencia el cumplimiento de órdenes, instrucciones, directrices, lineamientos impartidos por el contratante- hoy demandado- acerca de la manera o forma y temporalidad – horarios- en que el actor debía ejecutar su labor como asesor jurídico. En ese orden, encuentra la Sala que la labor contratada por la accionada no se enmarca dentro del roll misional de la entidad, siendo ésta precisamente una condición para suscribir contratos de prestación de servicios, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente, se asignan a los demás servidores públicos, hecho que no aplica al caso bajo estudio, como quiera que la labor por la cual fue contratado el accionante no corresponde a una función propia del Ejército Nacional o por lo menos, no demostró el reclamante que dichas labores hagan parte del componente funcional y organizacional de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.-

Bogotá, D.C., cuatro (04) de febrero dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15)

Actor: HERNÁN DE JESÚS GUTIERREZ URIBE

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJERCITO NACIONAL.

Referencia: Asunto: Carga de la prueba en contrato realidad es del demandante – Disponibilidad para atender requerimientos del objeto contractual no implica subordinación.

Decisión: Confirma sentencia que negó las pretensiones de la demanda.

Segunda Instancia – Apelación de sentencia.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que negó la existencia de una relación laboral entre la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejercito Nacional y el accionante.

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA.-

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, el señor Hernán de Jesús Gutierrez Uribe, actuando a través de apoderado judicial, acudió ante esta jurisdicción a fin de controvertir la legalidad del oficio con radicado No 001965 de junio 18 de 2010, suscrito por el Jefe del Estado Mayor de la Cuarta Brigada, en cuento negó el

reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales legales y la devolución de los dineros deducidos por retención en la fuente reclamadas por el demandante en fecha 21 de abril de 2010.

Solicitó igualmente, se declare la nulidad de los contratos de prestación de servicios profesionales en el área jurídica números 595 del 16 de agosto de 2007, 724 del 21 de septiembre de 2007, 770 del 16 de octubre de 2007, 057 del 19 de febrero de 2008, 217 del 17 de abril de 2008, 274 del 19 de mayo de 2008, 349 del 18 de junio de 2008, 386 del 15 de julio de 2008, 514 del 16 de octubre de 2008, 020 de 18 de febrero de 2009, 107 del 16 de marzo de 2009 y 231 el 17 de julio de 2009 emanados de la Séptima División de la Cuarta Brigada de Medellín.

Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad invocada y a título de restablecimiento del derecho, se declare la existencia de la relación laboral conforme al artículo 53 de la Constitución Política y se condene a la demandada al pago de la indemnización consistente en las prestaciones dejadas de percibir por todo el tiempo de servicios y de manera indexada.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los supuestos facticos que a continuación se narran

LOS HECHOS

Sostuvo el actor que prestó sus servicios personales a la Cuarta Brigada de la ciudad de Medellín, entre mayo 7 de 2007 y octubre 5 de 2009, de manera continua, sin interrupción y con dedicación permanente.

Que se desempeñó como asesor jurídico en la Cuarta Brigada de la ciudad de Medellín, correspondiéndole llevar a cabo las investigaciones disciplinarias de los oficiales y suboficiales de la institución, proyectar los respectivos fallos para la

firma del Comandante de la IV Brigada y rendir los informes permanentes al coordinador jurídico de la misma unidad militar.

Arguyó que su vinculación se dio bajo la denominación de prestación de servicios profesionales en el área jurídica, pero la prestación personal del servicio y la realización de sus funciones fue en forma permanente, subordinada y sin interrupción durante todo el tiempo que prestó el servicio, realizando dicha labor en las condiciones de una genuina relación laboral, cumpliendo una jornada de trabajo dentro de un horario fijo, recibiendo ordenes sobre el modo, tiempo y cantidad de labor y percibiendo un salario.

Alegó que durante todo el tiempo que abarcó la relación laboral, prestó sus servicios en una oficina ubicada dentro de las instalaciones de la IV Brigada, cumpliendo una jornada de trabajo de 8:00 de la mañana a 12:00 del mediodía y de 2:00 a 6:00 de la tarde.

Manifestó habersele realizado retenciones en la fuente en un porcentaje equivalente al 10% de los ingresos percibidos mensualmente con ocasión de la prestación personal del servicio. Además, no le fueron reconocidos ni pagados los conceptos laborales y prestacionales que se causaron durante la ejecución de la relación laboral.

Indicó que en fecha 21 de abril de 2010, solicitó al Ministerio de Defensa Nacional el reconocimiento y pago de todos los beneficios y prestaciones sociales legales que tuvieron su origen en la relación laboral que lo vinculó con el ejército nacional, siéndole resuelta la misma mediante radicado No 001965 de junio 18 de 2010, de manera desfavorable, al considerar la accionada que de acuerdo a la naturaleza del contrato, tal solicitud es improcedente.

Normas violadas y concepto de su violación.-

Como sustento normativo invoca el actor las siguientes disposiciones: Constitucionales: artículos 1, 2, 4, 13, 25 y 53. Y normas legales: Artículos 38, 43, 47, 48, 90 y 91 del Decreto 1214 de 1990.

De manera concreta, el actor no formuló cargos de nulidad contra los actos acusados.

Sin embargo, alega el desconocimiento de normas constitucionales y legales, al no reconocer la demandada la existencia de una relación laboral fundada en supuestos contratos de prestación de servicios profesionales en el área jurídica, sin que se reunieran a la postre los requisitos necesarios para que el demandante actuara con verdadera autonomía e independencia, como quiera que no prestaba el servicio en forma independiente sino subordinada, sin una completa autonomía tanto laboral, técnica y directiva.

Estimó vulnerado el principio de igualdad, en tanto que, la accionada tiene la obligación de satisfacer a las personas que laboran bajo subordinación, cumpliendo funciones, condiciones y jornadas de trabajo propias de una genuina relación laboral, el salario y todas las prestaciones de orden legal. En ese orden, señaló que los contratos de prestación de servicios profesionales en el área jurídica suscritos entre las partes, carecen de validez, ya que de ellos surge el propósito de la entidad empleadora de cercenar los efectos de la verdadera relación laboral que se ejecutó desde que el demandante empezó la prestación del servicio.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, para lo cual, sostuvo que el contrato de prestación

de servicios es de carácter civil y no laboral, por lo que no está sujeto a la legislación laboral.

De otra parte, indicó que conforme al principio de descentralización y autonomía administrativo, las entidades públicas son libres de determinar la necesidad de contratar por prestación de servicios o efectuar nombramientos en las plantas de personal, contratos que se celebran por no contar la entidad con personal de planta o por que la actividad no puede ser desarrollada por dicho personal.

Afirmó que entre el actor y la accionada no existió un vínculo laboral sino una relación de orden civil o comercial, no siendo aplicable las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, razón por la que, serán las partes las que acuerden el horario, el salario y, una vez terminado el contrato de prestación de servicios, el contratista solo tendrá derecho al pago de los honorarios.

3. SENTENCIA APELADA.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, negó las pretensiones de la demanda al considerar que del acervo probatorio no se puede llegar al pleno convencimiento que entre el actor y la accionada existió una relación de subordinación, pues, si bien el demandante debía estar disponible a los llamados del Comandante y estar atento a los requerimientos que se le hiciesen, no se evidencia que los servicios de asesoría jurídica hayan sido prestados con el permanente y continuo cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo.

Estimó que el elemento subordinación continua o permanente no se evidenció, requisito necesario para establecer si bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicio se pueda referir el ocultamiento de una verdadera relación laboral entre las partes, de modo que no quedara duda del desempeño del actor

en las mismas condiciones que lo haría un empleado de planta al servicio de la entidad accionada.

4. DE LOS ARGUMENTOS DE LA APELACION.

La parte demandante en su memorial de apelación no formula cargos concretos contra la sentencia impugnada, sino que manifiesta motivos de inconformidad generales en los siguientes términos:

Arguye que la demandada tenía la carga procesal de demostrar que no existió una relación laboral subordinada y dependiente con el demandante, por haber realizado éste la labor encomendada con autonomía técnica, directiva y administrativa, ejecutándola con sus propios medios y asumiendo los riesgos propios de la actividad.

Así mismo, estima que el contrato de prestación de servicios se desvirtuó porque en lo referente al trabajo de asesor jurídico que desempeñó, la accionada no probó que tal actividad no podía ser desempeñada por el personal de planta.

Alega que la intensidad horaria o la jornada laboral fue informada al proceso de manera precisa, con claridad y coherencia por los testigos presentados por el demandante, demostrándose la manera exclusiva que el actor prestó sus servicios a la demandada.

Sostiene que prestó sus servicios de manera personal, para lo cual, tenía que estar en disponibilidad permanente, asumiendo por disponibilidad permanente, el hecho de trabajar para la accionada todos los días de la semana y cumpliendo horarios.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte activa no presentó alegatos finales, así como tampoco lo hizo la accionada.

De otra parte, el Ministerio Público emitió concepto desfavorable al recurrente, al solicitar se confirme la sentencia apelada como consecuencia de la ineficiencia probatoria en relación con el elemento básico de la continuada subordinación y dependencia, pues no se acreditó como era responsabilidad procesal del accionante, que estuviera sometido a un control, vigilancia, monitoreo y una interventoría desbordada y afrentosa más allá de las permitidas por la ley de contratación en su artículo 14, respecto de sus labores de asesor jurídico por parte de funcionario alguno adscrito a la entidad.

De igual forma, consideró la vista fiscal que en el presente asunto no es aplicable el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, al no acreditar el demandante que se encontraba en las mismas condiciones que otros empleados públicos de planta de la entidad, por lo que no demostró que desempeñara personalmente la labor en un cargo que tenía asignada funciones permanentes para el desempeño de ese servicio público y que las realizaba en condiciones de subordinación y dependencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Atendiendo a los motivos de inconformidad manifestados por la parte demandante y el material probatorio obrante en el expediente, la Sala resolverá la alzada objeto de conocimiento, fijando para ello el siguiente:

Problema Jurídico.-

En el presente asunto y partiendo de los motivos de inconformidad alegados por la parte demandante, deberá la Sala determinar si en asuntos donde se debate la

aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la C.N., a fin de probar la existencia de una relación laboral, la carga de la prueba la soporta la entidad contratante quien deberá demostrar que la labor fue desarrollada por el contratista con autonomía técnica, directiva y administrativa, ejecutándola con sus propios medios y asumiendo los riesgos propios de la actividad o por el contrario, es al demandante- contratista – quien tiene el deber de demostrar los elementos indispensables para la existencia de una relación de trabajo, en especial, la continuada y dependiente subordinación?

Resuelto lo anterior, deberá la Sala determinar si del acervo probatorio obrante en el plenario, el actor demostró los elementos necesarios para la existencia de una relación laboral y de manera especial, la subordinación como requisito indispensable para su configuración o si en su defecto, lo que existió fue una relación eminentemente contractual conforme el numeral 3º del artículo 32 y 14 de la Ley 80 de 1993, sin derecho a prestación alguna, tal como lo estimó el A-quo?

A fin de resolver el problema jurídico, la Sala abordará en primer lugar, el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales. En segundo orden, estudiará el ejercicio de la carga probatoria en materia de contrato realidad y por último, se desatará el asunto o caso en concreto.

El principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales.

La realidad sobre las formalidades evidenciadas en las relaciones de trabajo, hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53¹ de la Carta Política, entendido de la

¹ **ARTICULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

siguiente forma: no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad.

Es preciso destacar que se ha denominado contrato realidad aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma.

Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público 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 vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; 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 de derecho; primacía de la realidad sobre 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.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

Del contrato de prestación de servicios y la carga probatoria para demostrar la existencia de una verdadera relación laboral que desnaturaliza el referido contrato estatal.

Para determinar en quién recae la carga de la prueba, en primer lugar debemos recurrir al artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la cual, en su numeral 3 define el contrato estatal de Prestación de Servicios en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...)

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 conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos **generan relación laboral ni prestaciones sociales** y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”²

La Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997 analizó la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, de la siguiente manera:

“En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a *contrario sensu*, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.”

En ese orden, se tiene que el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no crea una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio. Antes por el contrario, la disposición en cita de manera expresa estableció que en ningún caso se generaría una relación de trabajo, por lo que, si el contratista recurre a la jurisdicción, está en la obligación de desvirtuar la naturaleza del contrato estatal, como quiera que es él quien está llamado a demostrar los elementos esenciales o configurativos de una verdadera relación laboral.

² Los apartes resaltados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, MP Dr. Hernando Herrera Vergara, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, procede la Sala a resolver la situación en concreto.

Solución al asunto en concreto.

Arguye el actor, que la demandada tiene la carga procesal de demostrar que no existió una relación laboral subordinada y dependiente con el demandante, por haber realizado éste la labor encomendada con autonomía técnica, directiva y administrativa, ejecutándola con sus propios medios y asumiendo los riesgos propios de la actividad.

Como bien se indicó en líneas precedentes, el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no contiene una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio que traslade a la entidad contratante la carga de probar que el contratista ejecutó el objeto contractual con autonomía e independencia.

En ese orden, se evidencia que en los contratos de prestación de servicios suscritos entre el señor Hernán de Jesús Gutierrez Uribe y el Batallón de A.S.P.C. No 04 Yariguies de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional que reposan a folio 47 al 80 del expediente, se estableció que los mismos se regirían por la Ley 80 de 1993. Además se pactaron las prototípicas disposiciones que distinguen a los contratos administrativos como lo son, las cláusula de caducidad, multas pecuniaria, modificación e interpretación unilateral, lo que permite tener por probado que a los susodichos contratos le es aplicable lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Siendo así las cosas, se tiene que cuando el legislador utilizó en el inciso 2º del numeral 3 del artículo 32 de la citada ley la expresión *“En ningún caso...generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales”*, lo cierto es que no consagró

una presunción de *iure* o de derecho que no admita prueba en contrario, lo que indica que el afectado podrá demandar por la vía judicial el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y, por consiguiente, el pago de las prestaciones a que haya lugar, para lo cual, es necesario que asuma el deber de probanza a fin de acreditar los elementos esenciales para la configuración de la relación laboral.

En otras palabras, es al demandante a quien le incumbe demostrar la relación laboral entre las partes, para lo cual, es necesario que pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. Además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia y de esa manera, lograr bajo la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, la declaratoria de existencia de una verdadera relación laboral que desnaturaliza o desvirtuando el contrato de prestación de servicios como contrato estatal regido por Ley 80 de 1993.

Dejando claro que es el demandante a quien le corresponde asumir la carga de la prueba, procede el despacho a valorar las que fueron arrimadas al proceso a fin de establecer, si el demandante acreditó de manera específica, el elemento de subordinación como requisito necesario para la configuración de la verdadera relación laboral o si por el contrario, el contratista contaba con total autonomía y disponibilidad para la prestación del servicio de asesor jurídico contratado.

Al respecto, encuentra la Sala que en los contratos que obran en el proceso las partes pactaron como obligaciones a cargo del contratista entre otras las siguientes:

“ A) Prestar el (sic) servicios profesionales de asistencia, asesoría y consultoría legal al personal militar y civil de la Cuarta Brigada en el área de Derecho Disciplinario, administrativo, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario . B) Realizar análisis de los casos. C) Rendir los informes que le sean solicitados dentro del término establecido respecto a su gestión profesional por

parte del CONTRATANTE para el seguimiento y control de su actividad profesional...³

De igual forma, reposan en el plenario las declaraciones rendidas por los señores Jairo Montoya Jiménez⁴ y Fabio Gallego Valbuena⁵, quienes para la época eran contratistas de la Séptima División y Cuarta Brigada del Ejército Nacional respectivamente y, la declaración de la señorita Katherine Pérez Rincón⁶, persona que realizó prácticas en la Cuarta Brigada, las cuales será valoradas como quiera que los mismos aluden a la manera como el actor prestaba sus servicios, específicamente, en cuanto al horario de labores.

Declaración del señor Jairo Montoya Jiménez

Frente a la pregunta de si “sabe usted si en la realización de esa labor de asesor jurídico en la carta brigada (sic) de Medellín el demandante tenía que cumplir algún horario de trabajo. CONTESTADO: ..., si cumplía un horario de trabajo de lunes a viernes y el como es tan cumplido entraba a las ocho de la mañana y salía a las doce del día y regresaba a las dos de la tarde y salía a las seis de la tarde ...”

“Preguntado: De conformidad con la respuesta anterior donde usted manifestó que el señor Hernán cumplía horario infórmele al despacho si lo conoce si él lo hacía de manera voluntaria, es decir, organizaba su tiempo semanalmente o si tenía alguna directriz para que fuera en el horario que usted señaló el cumplía? CONTESTO: no sé si el estricto horario que el cumplía con la cuarta brigada lo hacía voluntariamente o impuesto por alguna resolución, directiva u orden escrita de alguien en especial, pero en el caso concreto mío, si se me advirtió que debía estar disponible a órdenes del comandante de la séptima división para cualquier requerimiento, ya sea fuera o adentro de las dependencias de la división e igualmente para asistir a reuniones seminarios etc en nombre y como delegado del comandante de la séptima división.”

Declaración de la señora Katherine Pérez Rendón.

³ Ver Clausula Segunda de los contratos que obran a folios 47 al 79

⁴ Ver folios 112 al 116 del expediente.

⁵ Testimonio que obra a folio 124 al 128.

⁶ Declaración que reposa a folios 117 al 121

Al preguntársele a la declarante si “sabe si en la labor de asesor jurídico en la cuarta brigada el demandante tenía que cumplir algún horario de trabajo contestó: Si, el iba de 8 a 12 y de 2 a 6 PM. PREGUNTADO: Que día de la semana laboraba el demandante: CONTESTÒ: de lunes a viernes PREGUNTADO: Sabe usted que funcionario de la cuarta brigada le determinaba o le asignaba ese horario al abogado Hernán Gutierrez. CONTESTADO. En el momento en que yo estuve prestando mi servicio quien en todo el tiempo lo solicitaba era el general Rodríguez, que era el comandante de la brigada.

Declaración de Fabio Gallego Ocampo

Al interrogársele acerca del cumplimiento de horario por parte del actor manifestó lo siguiente:

“PREGUNTADO: infórmesele al despacho si usted tiene conocimiento su alguno de sus compañeros contratistas se le ha requerido para que asista a la entidad cumpliendo un horario laboral: CONTESTÒ: no tengo conocimiento siempre se ha exigido es la disponibilidad atender los asuntos respecto a las unidades a que cada uno corresponde que comprometa sus funciones como asesor jurídico externo... PREGUNTADO: Infórmesele al despacho si en su calidad de contratista tiene discrecionalidad para disponer de las horas en que presta los servicios a la entidad. CONTESTÒ: como lo reitero, no se cumple un horario pero se debe guardar la disponibilidad cuando la entidad así lo requiere, es decir, atendiendo el llamado ya que en algunas ocasiones cuando no se encuentra presente en las instalaciones se absuelve la consulta de manera telefónica o se imparten las instrucciones o las recomendaciones necesarias mientras se toma ya de forma directa el asunto que se está requiriendo...”

De los testimonios antes citados, debe precisar la Sala que no se logra tener certeza o convicción acerca del cumplimiento de horarios o jornadas de trabajos por parte del accionante, pues, si bien los señores Jairo Montoya Jiménez y Katherine Pérez Rincón manifestaron que el señor Hernán de Jesús Gutierrez Uribe cumplía horarios de 8:00 de la mañana a 12:00 del mediodía y de 2:00 a 6:00 de la tarde, de lunes a viernes, también lo es que tal afirmación pierde fuerza de credibilidad por las siguientes razones: i) el testigo Joaquín Montoya en su declaración sostuvo que fungió como asesor jurídico pero de la Séptima División y no de la Cuarta Brigada que era donde el actor desarrollaba su labor. ii) Además, al preguntársele a dicho declarante si conocía que el horario ejercido por el

accionante lo hacía de manera voluntaria o si existía alguna directriz que le imponía el mismo respondió lo siguiente: “CONTESTADO: no sé si el estricto horario que el cumplía con la cuarta brigada lo hacía voluntariamente o impuesta por alguna resolución, directiva u orden escrita de alguien en especial, pero en el caso concreto mío, si se me advirtió que debía estar disponible a órdenes del comandante de la séptima división para cualquier requerimiento, ya sea fuera o dentro de las dependencias de la división e igualmente para asistir a reuniones seminarios etc. en nombre y como delegado del comandante de la séptima división.”⁷

Como puede notarse, no existe una relación directa y permanente por parte del deponente con el demandante que haga creíble lo manifestado acerca del cumplimiento de horarios, como quiera que el testigo fue enfático en señalar que era asesor jurídico de la Séptima División y no de la Cuarta Brigada, por lo que, al no darse esa cercanía en el desarrollo de las labores entre uno y otro, no podría el declarante aseverar el cumplimiento de horarios por parte del actor, máxime, cuando en la misma declaración advierte que en su caso, se le solicitó estar disponible a los requerimientos del contratista, hecho que no puede tomarse como exigibilidad de cumplimiento de horarios.

De igual forma, de la declaración rendida por el señor Fabio Gallego Ocampo, quien afirmó prestar sus servicios profesionales como asesor externo de la Cuarta Brigada, se extracta la no exigibilidad en el cumplimiento de horario laboral, sino de estar disponible para atender los asunto concernientes con el contrato. Sobre este último aspecto, es decir, el referido a la disponibilidad, resalta la Sala la coherencia o congruencia que se observa entre la declaración rendida por el señor Jairo Montoya Jiménez y Fabio Gallego, ambos en calidad de contratistas de la entidad y quienes fueron inequívocos en señalar que debían estar disponibles a los requerimientos del contratante.

⁷ Ver declaración a folio 116 del expediente.

La acepción disponibilidad es definida por la Real Academia Española como “Libre de impedimento para prestar servicios a alguien⁸”, por lo tanto, se parte de la condición de libre manejo del tiempo por parte de la persona, de tal suerte que, al solicitársele al actor disponibilidad para atender los requerimientos del contratante, descarta el cumplimiento de horario laboral y lo que genera ello, es que, a pesar del manejo de su tiempo, debía estar presto para atender los llamados que se le hiciesen frente a las labores contractualmente pactadas.

Así las cosas, de la prueba documental y testimonial antes reseñada, considera la Sala que no se puede comprobar que el demandante haya prestado su servicio como asesor jurídico cumpliendo horarios de trabajo en la Cuarta Brigada, pues, lo demostrado con las declaraciones fue la disponibilidad que debía tener el actor en calidad de asesor para atender los requerimientos propios de las obligaciones contractuales, lo que por supuesto, no implica o conlleva la imposición o cumplimiento de un horario laboral.

Conforme con lo antes señalado, considera la Sala que no existe prueba que acredite la continuada subordinación y dependencia que alega el demandante existió en desarrollo del contrato de prestación de servicios como asesor jurídico de la Cuarta Brigada, por cuanto que, no se evidencia el cumplimiento de órdenes, instrucciones, directrices, lineamientos impartidos por el contratante- hoy demandado- acerca de la manera o forma y temporalidad – horarios- en que el actor debía ejecutar su labor como asesor jurídico.

En ese orden, encuentra la Sala que la labor contratada por la accionada no se enmarca dentro del rol misional⁹ de la entidad, siendo ésta precisamente una

⁸ Significado obtenido en el diccionario de la Real Academia Española. (www.rae.es/diccionario-panhispanico-de-dudas/definiciones)

⁹ Tomada de la página <http://www.ejercito.mil.co/>. Misión: El Ejército Nacional conduce operaciones militares orientadas a defender la soberanía, la independencia y la integridad territorial, proteger a la población civil, los recursos privados y

condición para suscribir contratos de prestación de servicios, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente, se asignan a los demás servidores públicos, hecho que no aplica al caso bajo estudio, como quiera que la labor por la cual fue contratado el accionante no corresponde a una función propia del Ejército Nacional o por lo menos, no demostró el reclamante que dichas labores hagan parte del componente funcional y organizacional de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional.

En conclusión, al no existir prueba que demuestre la existencia de la totalidad de los elementos esenciales para la existencia de una relación laboral, en particular, la continuada subordinación y dependencia que rige en las relaciones de trabajo, la Sala confirmará el fallo apelado mediante el cual, el Tribunal Administrativo de Antioquia negó la existencia de una relación laboral presuntamente existente entre la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional y el accionante.

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,

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de fecha doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que negó la existencia de una relación laboral entre la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional y el accionante.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Consejera

GERARDO ARENAS MONSALVE

Consejero

CARMELO PERDOMO CUÈTER

Consejero