



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B
CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

Expediente: 080012331000200302224 01
Número interno: 1667-2017
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: YANETH DEL CARMEN RUIZ ESPINOSA
Demandados: DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA – INSTITUTO DISTRITAL DE CULTURA DE BARRANQUILLA
Asunto: Contrato Realidad.

Fallo de segunda instancia – Decreto 01 de 1984

La Sala decide el recurso de apelación que presenta la parte demandada contra la sentencia adiada el 20 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se accede parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La demanda

1. La señora YANETH DEL CARMEN RUIZ ESPINOSA, mediante apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, consagrado en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, presenta demanda en contra del DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA - INSTITUTO DISTRITAL DE CULTURA DE BARRANQUILLA – I.D.C., para que se acceda a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios de 25 de marzo y 15 de julio de 2003, suscritos por el director del I.D.C. y por los cuales niega la relación laboral entre las partes, además del consecuente pago prestacional a la actora (fl.1).

Pretensiones

2. Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios de 25 de marzo y 15 de julio de 2003, que niegan las pretensiones de reconocimiento de una relación laboral entre la actora y el INSTITUTO DISTRITAL DE CULTURA DE BARRANQUILLA y su pago prestacional (fl.1).

3. Como resultado de lo señalado y a título de restablecimiento del derecho, se declare que entre las partes existió una relación laboral desde el 1º de junio de 1997, hasta el 30 de diciembre de 2000, ordenando a la demandada al pago de las respectivas prestaciones sociales, *sanción moratoria*, y demás consecuenciales (fl.2).

Fundamentos fácticos

4. Dice la demandante, que fue vinculada mediante órdenes de prestación de servicios desde el 1º de junio de 1997, hasta el 30 de diciembre de 2000, realizando labores de promoción, concertación y coordinación dentro del proyecto “*Casas Comunales de Cultura*”, y en los procesos de formación para discapacitados, tercera edad, eventos culturales, comunitarios y proyectos de la comunidad cultural del I.D.C., de forma personal y subordinada, sin solución de continuidad, recibiendo órdenes directas del personal superior y cumpliendo los horarios establecidos por ellos (fl.6).

5. Obra derecho de petición de 14 de marzo de 2003, elevado ante la entidad por parte de la actora, donde solicitó el reconocimiento de lo pretendido según se señaló. En respuesta, el I.D.C. en oficio suscrito por su director el 25 de marzo de 2003, responde negándolo en consideración a que se presenta es una relación del orden contractual contemplada en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (fls.7 y 8). Se constata que la actora recurre dicha decisión insistiendo en sus argumentos iniciales a lo cual en repuesta de julio 15 de 2003, el I.D.C. reitera su decisión (fl.10).

6. De tal manera, interpone demanda ante el Tribunal Administrativo del Atlántico el 18 de septiembre de 2003 (fl.1), admitida el 2 de abril de 2004 (fl.114), el A quo emite sentencia el 20 de septiembre de 2013, la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (fls.205 a 226) y que fuera apelada por todas las partes del litigio (fls.368 y 376), no obstante al inasistir el apoderado del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla a la audiencia de conciliación (Ley 43 de la Ley 640 de 2001 adicionado por el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010), su recurso se declaró desierto otorgándose únicamente la alzada a la demandante y al Instituto Distrital de Cultura – I.D.C. (fls.264 y 265). Se aprecia que mediante resolución 069 de 11 de septiembre de 2009 se “*ordeno la terminación de la existencia jurídica del Instituto Distrital de Cultura cesando con ello las facultades de representación legal que en su momento ostentaba la Dirección Distrital de Liquidaciones*” (fls.188 a 193).

Concepto de violación

7. Expone la actora que existe violación directa de la ley con la expedición del acto administrativo demandado en atención a que vulnera derechos laborales contenidos en los artículos 25 y 53 de la Constitución Nacional, Derecho Fundamental al Trabajo y el Principio de Primacía de la Realidad sobre las Formalidades, ya que existió una verdadera relación laboral entre las partes y el desconocimiento de esta vulnera los preceptos citados (fl.3).

Oposición a la demanda

8. El extinto INSTITUTO DISTRITAL DE CULTURA DE BARRANQUILLA, indica en cuanto a las pretensiones y declaraciones de la demanda, que no es posible el reconocimiento de una relación laboral entre la actora y este Instituto y así el consecuente el pago de prestaciones sociales en consideración a que la naturaleza de la relación obedeció a las contractuales establecidas en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (fl.152).

9. La actora prestó un servicio que versó sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores de acuerdo a su perfil profesional, desde el punto de vista técnico y científico en cuanto a un objeto definido con plazos fijos previamente pactados y fueron labores que ejecutó con autonomía e independencia sin la presencia de subordinación (fls.7 y 8).

Sentencia Apelada¹

10. El Tribunal de Instancia, declara la nulidad de los actos administrativos demandados, reconoce una relación laboral y a título de reparación del daño ordena a la demandada reconocer y pagar a la actora una suma equivalente a las prestaciones sociales que devengan los servidores públicos por el periodo que prestó sus servicios, es decir, desde el año 1997 al 2000, la cual será liquidada conforme al valor pactado en los contratos de prestación de servicios respectivos. Así mismo, al pago del porcentaje de cotización a pensión que debió trasladar el Instituto al fondo correspondiente ordenando que el periodo laborado por ella año 1998 a 2000 se deberá computar para efectos pensionales (fl.225).

11. Argumentos para emitir la decisión lo fueron que en atención a los testimonios que figuran en el plenario, se determina que la demandante estuvo vinculada bajo subordinación y dependencia del I.D.C., sin independencia, en igualdad de condiciones a las de un empleado público, cumpliendo horarios, recibiendo órdenes, sin ser aceptable que el contrato de prestación de servicios se convierta en un elemento para evadir obligaciones laborales, cumpliendo la accionante con la carga de la prueba exigida (fl.219).

¹ Folios 205 a 226.

12. Frente a la prescripción considera el Tribunal que esta no opera bajo ningún periodo pues tratándose del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la entidad, sino que nace a partir de la sentencia constitutiva y su exigibilidad, desde su ejecutoria (fl.222).

13. De otra parte, la Sentencia no accedió a la sanción moratoria deprecada en cuanto la sentencia es constitutiva de derechos; también se abstuvo de condenar en costas (fl.224).

Recursos de Apelación

Demandante ²

14. Discrepa de la sentencia ya que en su sentir se debió reconocer y ordenar por parte del Tribunal de Instancia la respectiva sanción moratoria e intereses de mora en virtud del no pago en su momento del auxilio de cesantía y demás prestaciones sociales, en atención a que la existencia de la relación laboral no nace con las declaraciones de la sentencia sino desde el mismo momento que se inició la misma entre las partes (fl.229).

Instituto Distrital de Cultura de Barranquilla – I.D.C.³

15. Recurre la decisión del Tribunal de Instancia en atención a que lo que se presentó fue una relación de orden contractual definida por la Ley 80 de 1993, estando autorizado el Instituto a celebrarla mediante los contratos pactados y realizando la respectiva coordinación de los mismos, supervisando la labor en forma directa o delegada tal como sucedió, lo cual no envuelve la existencia de subordinación. Entonces, considera un indebido análisis probatorio del A quo, siendo que lo que existió en el desarrollo de las actividades de la demandante obedeció a esos criterios de coordinación previamente establecidos en los contratos

² Folios 228 a 230.

³ Folios 251 a 255.

porque ejecutó labores de conocimiento especializado para las que se le contrato (fls.251 a 255).

16. Alega una incorrecta valoración probatoria de los testimonios recepcionados en el proceso, endilga que de los mismos no se puede establecer de ninguna manera la existencia del elemento de la subordinación (fl.253).

17. No es de recibo para la accionada el análisis elaborado frente a la continuidad de la relación, estando probado todo lo contrario al analizar la finalización y reinicio de los contratos, apreciándose es que existió solución de continuidad entre los mismos, *“muy contrario a la ejecución sucesiva de dichos instrumentos de que trata el tribunal en el fallo apelado”* (fl.254).

Alegatos de Conclusión y Concepto del Ministerio Publico en Segunda Instancia

18. La entidad demandada guardó silencio (fl.345). La demandante se ratifica en cada uno de los aspectos fundamentados en el escrito de apelación (fl.333).

19. El Ministerio Público presenta Concepto⁴ solicitando confirmar la Sentencia de Instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en cuanto se consigue probar dentro del tránsito del proceso que las labores que desarrolló la actora fueron subordinadas y dependientes verificándose los elementos necesarios para declarar una verdadera relación laboral con el I.D.C., pues cumplió horarios y recibió órdenes directas del Director (fl.344).

CONSIDERACIONES

Planteamiento del problema jurídico

20. Revisados los recursos de apelación que han interpuesto los extremos procesales, se establecen dos problemas jurídicos a resolver en la controversia legal actual, en cuanto ambas partes procesales divergen del análisis probatorio efectuado por el Tribunal y que repercutió en el reconocimiento de la relación laboral

⁴ Folios 336 a 344.

pretendida, se deberá examinar el caudal probatorio para (i) determinar si existió una relación laboral entre las partes o esta obedeció a lo regulado en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y de ser procedente, (ii) verificar si le asiste el reconocimiento al pago de sanción moratoria desde el momento en que la actora inició su relación contractual con la demandada, estando inconforme con las resultas del proceso que no accedió a la misma en consideración a que la sentencia es de naturaleza constitutiva de derechos.

21. Los desacuerdos jurídicos estimados hacen necesario analizar en principio la normatividad y la jurisprudencia relacionada al contrato realidad y al caso concreto, y con ello descender al análisis de las pruebas recaudadas a fin de establecer si la labor ejecutada por la actora fue subordinada y sobrevino la realidad sobre las formas y si le asiste derecho a la deprecada sanción moratoria.

Normatividad y jurisprudencia aplicable al caso concreto

22. En una primera aproximación se hace indispensable, abordar la discusión jurídica en torno del contrato realidad el cual ha generado importantes estados del arte en la materia. Sin lugar a dudas uno de los más relevantes, se ventiló frente al examen de exequibilidad que realizó la Corte Constitucional al numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual permite la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público, se cita el artículo:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

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.” (Subrayado propio)

23. De tal forma, el legislador mediante esta norma, dejó sentados los elementos de los que se debe disponer para que se configure un contrato de prestación de servicios, así, en cuanto tiene que ver con la contratación de personas naturales, la norma exige que solo se celebraran tratándose de estas, cuando: (i) no puedan realizarse con el personal de planta o se (ii) requieran de conocimientos especializados.

24. De allí, que la consecuencia jurídica lógica, radica en que no se generará una relación laboral y con ello tampoco se producirá ningún tipo de prestación social, además de tener un límite temporal, siendo solo posible por el término indispensable para el cumplimiento de la labor contratada.

25. Justamente la Corte Constitucional en la precitada Sentencia C-154-97 con ponencia del doctor Hernando Herrera Vergara, después de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de dilucidar las diferencias con el contrato de trabajo, estableció que el ejercicio de tal potestad es ajustado a la Carta Política, siempre y cuando la administración no la utilice para ocultar la existencia de una verdadera relación laboral personal subordinada y dependiente.

26. En el mismo sentido, el Consejo de Estado en fallos como el de 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente No. 0245, C.P. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial, **la subordinación** y dependencia del trabajador respecto del empleador. Así mismo, lo estableció esta Sala en anterior pronunciamiento⁵:

“Así las cosas, se concluye que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “B”. Consejera Ponente: Dra. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016) radicación número: 05001233300020130081301 (3867-14) Actor: DIANA MARCELA LONDOÑO AGUDELO Demandado: INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO.

subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales. (Subraya la Sala)

(...)"

y agregó específicamente sobre la subordinación:

"Precisamente uno de los elementos esenciales para la existencia del contrato de trabajo es la subordinación, la cual -según el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo- faculta al empleador para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo y cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos internos, sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos del trabajador.

Respecto a la subordinación, se ha entendido como la aptitud que tiene el empleador para impartirle órdenes al trabajador y exigirle su cumplimiento, para dirigir su actividad laboral e imponerle los reglamentos internos de trabajo a los cuales debe someterse, todo dirigido a lograr el objetivo misional trazado." (Subraya la Sala)

27. En este mismo sentido, la sentencia de Unificación⁶ de la Sección Segunda de esta Corporación, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter, indicó:

"De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado "*contrato realidad*" aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales⁷".(Subraya la Sala)

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. Consejero Ponente: Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER. Bogotá D.C., Veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), radicación número: 230012333000201300260 01 (0088-15) CE-SUJ2-005-16.

⁷ En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10).

28. De tal forma, se hace necesario remitir al citado artículo 53 de la Constitución Política que dispone frente a los principios mínimos fundamentales en materia laboral entre otros, el de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

“**ARTICULO 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; 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.”

29. Por su parte, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo⁸, señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:

“**ARTÍCULO 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 concurren 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.

⁸ Modificado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990.

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.” (Subrayado propio)

30. Aquí se debe precisar, que en materia probatoria, la presunción que se establece en la citada norma opera de forma distinta cuando se trata en materia laboral ordinaria, ya que se está dejando la carga de la prueba en manos del empleador, caso distinto ocurre, cuando se involucran relaciones entre los servidores públicos o particulares frente al Estado, los cuales deberán asumir esa carga siempre que intenten develar una relación laboral a través de un contrato de prestación de servicios.

31. En efecto, quien demande, tiene que desvirtuar inicialmente la presunción del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y consecuentemente la del acto administrativo mediante el cual se nombró. Es así, que es inminente que se prueben los elementos de la relación laboral, esto es, (i) la actividad personal del trabajador, (ii) subordinación continuada y dependencia del trabajador y (iii) remuneración como retribución del trabajo prestado, para que se pueda configurar un contrato de trabajo.

El caso concreto

32. Aparece en el curso del proceso que la señora YANETH DEL CARMEN RUIZ ESPINOSA suscribió los siguientes contratos con el INSTITUTO DISTRITAL DE CULTURA DE BARRANQUILLA - I.D.C. los cuales aportó al plenario y fueron incorporados mediante orden del Tribunal dictada en el auto admisorio de la Demanda, así:

AÑO 1997

| Número de Contrato | Plazo | Valor | Fechas | Objeto |
|--------------------------------------|---------|-------------|--|---|
| 016/1997 1º de junio de 1997 (fl.10) | 7 meses | \$4.800.000 | 1º de junio a <u>30 de noviembre de 1997</u> | El objeto del presente contrato consiste en la prestación de los servicios profesionales por parte del contratista en labores tales como promocionar y concertar el desarrollo de los proyectos con la comunidad beneficiaria del programa CASAS COMUNALES DE CULTURA que lleva a cabo el I.D.C., en la ciudad de Barranquilla. |

Interrupción de 2 meses**AÑO 1998**

| | | | | |
|--|---------|-------------|--|---------|
| 010/1998 1º de febrero de 1998 (fl.13) | 6 meses | \$4.200.000 | 1º de febrero a 31 de septiembre de 1998 | Ibidem. |
| 031/1998 1º de agosto de 1998 (fl.16) | 5 meses | \$4.930.000 | 1º de agosto a 30 de diciembre de 1998 | Ibidem. |

Interrupción de 2 meses**AÑO 1999**

| | | | | |
|--|---------|--------------|---------------------------------------|---------|
| 008/1999 25 de febrero de 1999 (fl.21) | 5 meses | \$6.844.236 | 1º de marzo a 31 de agosto de 1999 | Ibidem. |
| OTROSÍ 008/1999 20 de agosto de 1999 (fl.24) | 5 meses | \$10.266.354 | 1º de marzo a 30 de noviembre de 1999 | Ibidem. |

Interrupción de 5 meses**AÑO 2000**

| | | | | |
|--------------------------------------|---------|--------------|---------------------------------------|---------|
| 005/2000 10 de abril de 2000 (fl.27) | 8 meses | \$12.433.069 | 30 de abril a 30 de diciembre de 2000 | Ibidem. |
|--------------------------------------|---------|--------------|---------------------------------------|---------|

33. Lo primero se dirá, que frente al estudio probatorio se requiere la indispensable presencia del contrato en procura de destacar su objeto, temporalidad, funciones y demás aspectos que permitan establecer la existencia de los elementos de una posible relación laboral, lo que implica que no es posible realizar un análisis de los periodos sobre los cuales estos no obren. Tal exigencia se apuntó por esta Subsección⁹ cuando manifestó que *“el contrato estatal en la modalidad de prestación de servicio, resulta necesario para asuntos como el presente, a fin de determinar su objeto, temporalidad o plazo, pago y forma de pago pactadas por las*

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCION B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 47001-23-33-000-2014-00094-01(4569-15). Actor: TIRSA BEATRIZ BARRANCO RICO. Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.

partes, es decir, aspectos que son de vital importancia en la definición de conflictos jurídicos como el sub examine”.

34. Importante además, sea advertir que la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016¹⁰, instruyó que “(...) *en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización*”, concurriendo que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio.

35. Entonces, analizados los contratos expuestos, se aprecian tres interrupciones significativas así: del (i) 30 de noviembre de 1997 a 1º de febrero de 1998 (60 días), (ii) 30 de diciembre de 1998 a 1º de marzo de 1999 (60 días) y (iii) 30 de noviembre de 1999 a 30 de abril de 2000 (150 días).

36. De tal forma son cuatro (4) los periodos sin solución de continuidad que se establecen dentro del plenario del (i) 1º de junio a 30 de noviembre de 1997, (ii) 1º de febrero a 30 de diciembre de 1998, (iii) 1º de marzo a 30 de noviembre de 1999 y (iv) 30 de abril a 30 de diciembre de 2000.

37. Concurriendo que la señora YANETH DEL CARMEN RUIZ ESPINOSA elevó reclamación administrativa el 14 de marzo de 2003, se tienen prescritas todas las reclamaciones en los periodos anteriores al 14 de marzo de 2000, lo que ocurre en tres de los periodos iniciales en este caso particular, siendo el ultimo, entiéndase del 30 de abril a 30 de diciembre de 2000, el único idóneo de ser reclamado, pues en los otros transcurrió un plazo superior a tres años en contra de la disposición del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, para solicitar por vía administrativa el reconocimiento de la relación laboral y por ende el pago de los salarios y prestaciones, interrumpiendo el fenómeno jurídico de la prescripción, no así, los aportes a pensión que por su naturaleza no son

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “B”. Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Actor: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL Demandado: MUNICIPIO DE CIÉNAGA DE ORO (ATLÁNTICO)

susceptibles de dicho fenómeno en caso de ser probados los elementos de la relación laboral.

38. Se establece como objeto de los contratos suscritos entre los extremos procesales: *“El objeto del presente contrato consiste en la prestación de los servicios profesionales por parte del contratista en labores tales como promocionar y concertar el desarrollo de los proyectos con la comunidad beneficiaria del programa CASAS COMUNALES DE CULTURA que lleva a cabo el I.D.C., en la ciudad de Barranquilla.”*, no se escribe dentro de los mismos función alguna y no se aportó manual de funciones de un cargo similar de planta que permitiera cotejar las mismas.

39. Coinciden las partes frente a (i) la prestación personal del servicio, y (ii) la remuneración por el trabajo cumplido en cuanto se pactó y pago un valor, no obstante, disiente la entidad demandada de que esto se diera de manera subordinada aspecto que censura la actora creándose la actual controversia jurídica.

40. Al respecto, y frente al desacuerdo planteado por el I.D.C. en cuanto discute una indebida valoración probatoria de los testimonios, para la Sala pertinente resulta el análisis de las declaraciones juradas solicitadas por la parte demandante y que fueron recepcionadas en diligencia de 13 de diciembre de 2012, en audiencia pública en el Tribunal Administrativo del Atlántico:

41. El primer testimonio corresponde al rendido por la señora ESTELA DEL ROSARIO BOHÓRQUEZ DE CADENA (fl.147), quien se desempeñó como Secretaria del Despacho del Director del I.D.C., declara:

Interroga el auxiliar judicial luego de juramentar a la testigo exhortándola a realizar un relato amplio, espontáneo de todo cuanto sepa y le conste acerca de los hechos de la demanda.

Responde: ella era coordinadora de las casas comunales de cultura del Instituto Distrital de Cultura, cumplía su horario de oficina de lunes a viernes y sábados y domingos en las diferentes casas comunales de cultura.

Interroga el apoderado de la parte actora.

Preguntado: diga si le consta y recuerda entre que fechas actuaba o cumplía la señora Janeth Ruiz sus funciones como coordinadora de las Casas de Comunales de Cultura del Instituto Distrital de Cultura.

Responde: desde 1996 a 2001

Preguntado: diga por qué le consta que la señora Janeth Ruiz Espinosa, (...) cumplía funciones como coordinadora de las casas Comunales de Cultura del Instituto (...) desde 1996 a 2001.

Responde: Me consta como secretaria del despacho del director del I.D.C. conocía todo el personal de funcionarios y contratistas.

Frente a una manifestación anterior jurada y escrita ante notario se le preguntó (fl.103):

Preguntado: usted manifiesta que la señora Janeth (...) tuvo una contratación directa con el Instituto (...) para la Coordinación del Programa Casas comunales de Cultura y adicionalmente que tenía a su cargo no solo el manejo de programa de capacitación sino también el cuerpo de instructores que se desempeñaban en las diferentes áreas artísticas.

Responde: (...) como dije anteriormente era Secretaria Ejecutiva del despacho del Director del I.D.C y tenía conocimiento de lo anterior.

Preguntado: en el documento que obra a folio 103 del expediente usted afirma también que la (actora) no solo cumplía horarios como el resto de los empleados, sino que hasta tenía que trabajar en horarios nocturnos en los barrios donde se solicitaba la presencia de la institución. Diga si se ratifica de esta afirmación y por qué le consta.

Responde: me ratifico de lo anterior me consta porque el instituto debido a eventos culturales que hacían los diferentes barrios se necesita la presencia de la (actora).

42. El segundo testimonio corresponde al rendido por el señor JORGE ENRIQUE CAMPO FIGUEROA (fl.150), quien afirma laboró con la actora en el I.D.C., durante los periodos demandados, atestigua:

Interroga el auxiliar judicial luego de juramentar al testigo exhortándolo a realizar un relato amplio, espontaneo de todo cuanto sepa y le conste acerca de los hechos de la demanda.

Responde: a Janeth Ruiz (...) la conozco hace mucho tiempo porque hemos trabajado en varias oportunidades juntos, una de esas oportunidades fue en el Instituto (...) donde ella desempeño el cargo de Coordinadora de las Casas Comunales de Cultura para estos menesteres ella tenía una oficina con su escritorio, computador y todos los elementos que se necesitaban para atender esa actividad, esa oficina quedaba en las dependencias del instituto (...), cumplía un horario igual al de nosotros que entrábamos a las 8 de la mañana y salíamos a las 12 y entrábamos a las 2 y salíamos a las 6, incluso los días sábados ella adelantaba una labor de inspección y vigilancia por las diferentes casas de cultura que habían en la ciudad y que dependían del "I.D.C.", porque era un proyecto nuestro. Quiero dejar consignado que por razón de su actividad laboral ella sólo lo podía hacer desde ese instituto, desde nuestras oficinas y que además ella tenía subordinación e incluso había un libro de minutas establecido por la oficina de recursos humanos donde ellos escribían la entrada y salida igual que todos los demás funcionarios. Incluso si ella necesitaba venir salir del Instituto Distrital de Cultura de barranquilla, tenía que pedir un permiso formal del Jefe de Artes Integradas, al Jefe de Recursos Humanos o al Director del Instituto.

Interroga el apoderado de la parte actora.

Preguntado: Sírvase decir el declarante en que cargo laboraba en el Instituto (...) y en qué fechas.

Responde: yo tuve varios cargos, mi primer cargo fue de Asistente Técnico del Director del Instituto (I.D.C.) y posteriormente, fui técnico profesional de Control Interno. Fui vinculado en el año 1995 hasta el año 2000. En razón del último cargo que tuve me correspondía recibir y revisar los informes que la señora Janeth Ruiz espinosa presentaba de su actividad como coordinadora de las casas comunales de cultura; esos informes siempre fueron hechos en papelería de la Institución. Igualmente en razón de mi cargo yo manejaba el suministro de libros y fondos bibliográficos para las diferentes casas de cultura donde funcionaban nuestros procesos de capacitación a jóvenes y por esta razón la señora Janeth (...) terminado cada año debía rendirme un conforme sobre el estado y uso de los libros que se habían entregado, esto también lo hacía en papelería de la Institución.

Preguntado: diga el declarante, si le consta y recuerda, por cuanto tiempo prestó sus servicios la señora Janeth Ruiz Espinosa al (I.D.C.).

Responde: Creo que ese proceso lo arrancamos como en el año 1996 y ella estuvo hasta el año 2000. En cuanto así terminaba su actividad con cada vigencia no, porque en el mes de diciembre ella tenía que terminar su labor con una graduación de los jóvenes que adelantaron su capacitación en las casas comunales de cultura y esa ceremonia siempre se hacía entre los días 28,29 o 30 de diciembre y ya a los días 2 o 3 de enero del año siguiente, ella tenía que comenzar a planear todo lo que se tenía que implementar en esa nueva vigencia

Preguntado: diga si le consta cual fue la forma de vinculación de (la actora).

Responde: Ella fue vinculada a través de un contrato a través del cual debía coordinar, vigilar y hacer cumplir los procesos de capacitación que el Instituto (I.D.C.) adelantaba en las casas comunales de cultura, es decir, ella debía vigilar y supervisar que los instructores contratados por nosotros cumplieran los procesos de capacitación.

43. Se aprecia un último testimonio rendido por el señor VÍCTOR DE JESÚS GONZÁLEZ SOLANO (fl.152), quien afirma fue director del I.D.C. en el año 1999 y laboró con la actora durante la totalidad de los periodos demandados, manifiesta:

Interroga el auxiliar judicial luego de juramentar al testigo exhortándolo a realizar un relato amplio, espontaneo de todo cuanto sepa y le conste acerca de los hechos de la demanda.

Responde: a Janeth Ruiz (...) la conozco porque fue mi compañera de trabajo en el (I.D.C.) por varios años, yo me desempeñaba inicialmente como jefe administrativo y financiero de dicha entidad y ellas trabajaban en el proyecto casas comunales de cultura, realizando trabajo de coordinación, seguimiento de lunes a lunes. De lunes a viernes trabajaban en las oficinas del Instituto y de los fines de semana en las diferentes casas comunales distribuidas en diferentes barrios de la ciudad. Que recuerde, Janeth estaba vinculada por contrato y cumplía horarios.

Interroga el apoderado de la parte actora.

Preguntado: Sírvase decir el declarante si lo sabe y le consta, si para cumplir con sus labores y funciones la señora Janeth (...) podía hacerlo desde otro sitio y con otros instrumentos o herramientas, o si era necesario o indispensable hacerlo desde las mismas oficinas del (I.D.C.) y utilizando las herramientas e implementos de la institución.

Responde: Sí. Era necesario, ya que además de las herramientas allí se encontraba la base de datos, hojas de vida y su presencia en el Instituto era necesaria ya que este proyecto era el proyecto bandera de la Institución y constantemente se realizaban reuniones, planes y proyectos donde era necesaria la presencia de ella. De igual manera ella tenía que atender a instructores y alumnos de las casas comunales e igualmente a líderes de la comunidad que de alguna u otra forma estaban involucrados con el proyecto.

Preguntado: Sírvase decir el declarante si lo recuerda en que fechas prestaba sus servicios la señora Janeth (...).

Contesto: Desde 1996 o 1997 hasta cuando yo me fui en el año 2000.

44. De la lectura de las tres declaraciones precedentes se aprecian coincidentes aspectos fundamentales para la observancia del elemento de la subordinación, en principio atinan los testimoniales frente al periodo laborado por la actora: del año 1996 al año 2000. Un segundo aspecto relevante esta soportado en cuanto sostuvieron que las funciones realizadas por la demandante y que se describen con exactitud se dirigen a que *“ella era coordinadora de las casas comunales de cultura*

del Instituto distrital de Cultura, cumplía su horario de oficina de lunes a viernes y sábados y domingos en las diferentes casas comunales de cultura”, destacándose que ella “cumplía un horario igual al de nosotros que entrábamos a las 8 de la mañana y salíamos a las 12 y entrábamos a las 2 y salíamos a las 6, incluso los días sábados”. Sumado a lo expuesto, se afirma que el tipo de contratación estuvo dada mediante regulares contratos de prestación de servicios y se refiere que el tipo de órdenes recibidas eran directas y de parte de la dirección las cuales solo era posible cumplir en horarios laborales y mediante los insumos aportados por la institución.

45. En general es innegable el conocimiento amplio de los testigos en cuanto al funcionamiento del I.D.C., a lo cual se añaden sus experiencias de la relación laboral que sostuvo la actora dentro del mismo, reseñan aspectos específicos de tiempo, modo y lugar, en la relación laboral de Yaneth con el Instituto, entre otros, de la forma como cumplió horarios, quienes le impartían órdenes directas, las interrupciones que tuvo, remuneración y en especial de las funciones que desempeñó, además de ser testigos fiables al fungir como compañeros de trabajo, pero asimismo ejerciendo como jefes y coordinadores de la misma accionante siendo estas declaraciones proponentes de la presencia de subordinación en la relación alegada.

46. No obstante y a pesar de no aportarse un manual de funciones de un cargo de planta equivalente, sí es posible determinar que el *objeto* que se estableció en los contratos suscritos entre los extremos procesales sumado a lo depuesto por los declarantes, indica actividades que exigen para su ejecución necesaria dependencia y subordinación, la Sala al realizar una valoración bajo las reglas de la sana crítica de las pruebas allegadas al proceso, encuentra que es posible determinar la existencia de una relación laboral subordinada, siendo incuestionable el ánimo de la entidad contratante de emplear de modo permanente y continuo los servicios de la actora en consideración a la continuidad de la relación y poner de presente que dentro del material probatorio obrante es posible establecer que se configuró el elemento de la subordinación y continuada dependencia.

47. Todo lo anterior es aún más apreciable al revisar la multiplicidad de oficios (fls.32 a 102), procedentes del mismo Instituto y dirigidos a la señora Yaneth, donde

se exponen órdenes (fl.43), felicitaciones: *“resalto en consecuencia, su generosa disponibilidad, aún de tiempos extraordinarios como fue el caso de la tarde del sábado 4 de julio y toda la jornada del domingo 5, entre otros”* (fl.45), llamados de atención, citaciones a reuniones (fl.36), solicitud de informes (fl.37) entre otros, pero especialmente aquellos que señalaron con precisión que las actividades debían ser cumplidas en horarios ciertos: *“les recuerdo que este proyecto se desarrolla fundamentalmente los días sábados y domingos, por tal motivo tendrán que estar prestas para laborar estos días de 8 a 12 y de 2 a 6 p.m.”* (fl.33).

48. En consideración a lo referido, se confirmara la sentencia emitida por el Tribunal de Instancia pero será modificada en cuanto se reconocerá el pago de prestaciones sociales estrictamente por los periodos que se encuentran probados dentro del proceso. De tal forma, la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de acuerdo al salario asignado en un cargo equivalente de planta y en proporción al valor pactado en cada contrato.

49. Así, se condenará a título de indemnización del daño al DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA – INSTITUTO DISTRITAL DE CULTURA DE BARRANQUILLA hoy liquidado, a reconocer y pagar a la señora YANETH DEL CARMEN RUIZ ESPINOSA el monto equivalente a las prestaciones sociales equivalentes a las de un cargo de planta de la entidad demandada con similares funciones, durante los periodos *ininterrumpidos* que tienen respaldo probatorio en los distintos contratos de prestación de servicios y sin solución de continuidad, esto es, el periodo del 30 de abril a 30 de diciembre de 2000, tal como se explicó.

50. También se indicará que al demandado le corresponde tomar mes a mes el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la accionante, con fundamento en los honorarios pactados, durante los periodos en los que se demostró la existencia de la relación laboral, sin interesar que se encuentren prescritos, esto es, del (i) 1º de junio a 30 de noviembre de 1997, (ii) 1º de febrero a 30 de diciembre de 1998, (iii) 1º de marzo a 30 de noviembre de 1999 y (iv) 30 de abril a 30 de diciembre de 2000 y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que efectivamente debió cumplir, cotizar al respectivo fondo de pensiones el valor faltante de aportes a pensión en el porcentaje que le incumbía como empleador; por

su parte, la actora acreditará las cotizaciones efectuadas al mencionado sistema durante estos vínculos contractuales y si no las hubiese hecho o se verificara diferencia alguna en su contra, tendrá la obligación de completar o cancelar, según corresponda, el porcentaje que le concernía como trabajador.

51. En cuanto a la Sanción Moratoria pretendida por la actora y que insiste sea reconocida en su recurso de apelación, se dirá que esta no es procedente según lo establece esta Subsección, en la medida en que la obligación de pagar las prestaciones sociales surge con esta sentencia¹¹.

52. Finalmente, pese a encontrarse probados los elementos de la relación laboral, se dirá que esto no implica que la accionante detente la condición de empleado público en miramiento a que no existen los elementos de una relación legal y reglamentaria en cuanto al artículo 122 de la Constitución Política.

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 CON MODIFICACIONES la sentencia de 20 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por la señora YANETH DEL CARMEN RUIZ ESPINOSA en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA – INSTITUTO DISTRITAL DE CULTURA DE BARRANQUILLA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR los numerales “**SEGUNDO**” y “**TERCERO**” de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, los cuales quedarán así:

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCION “B”. Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 66001-23-33-000-2014-00176-01(2281-16). Actor: JORGE HÉCTOR RICO SALAZAR. Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA.

“SEGUNDO: Como consecuencia de la nulidad decretada y a título de restablecimiento del derecho, se condena al DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA – INSTITUTO DISTRITAL DE CULTURA DE BARRANQUILLA, hoy liquidado, por conducto de la Dirección Distrital de Liquidaciones, a reconocer y pagar a favor de la señora YANETH DEL CARMEN RUIZ ESPINOZA las prestaciones sociales, equivalentes a las de un cargo de planta de la entidad demandada con similares funciones, teniendo como base para su liquidación el salario legalmente sufragado en este y en proporción al valor de cada contrato laborado en el periodo del 30 de abril a 30 de diciembre de 2000.

TERCERO: A tomar mes a mes el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la accionante, con fundamento en los honorarios pactados, durante los periodos en los que se demostró la existencia de la relación laboral, esto es, del (i) 1º de junio a 30 de noviembre de 1997, (ii) 1º de febrero a 30 de diciembre de 1998, (iii) 1º de marzo a 30 de noviembre de 1999 y (iv) 30 de abril a 30 de diciembre de 2000 y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que efectivamente debió cumplir, cotizar al respectivo fondo de pensiones el valor faltante de aportes a pensión en el porcentaje que le incumbía como empleador; por su parte, la actora acreditará las cotizaciones efectuadas al mencionado sistema durante estos vínculos contractuales y si no las hubiese hecho o se verificara diferencia alguna en su contra, tendrá la obligación de completar o cancelar, según corresponda, el porcentaje que le concernía como trabajador, según lo analizado en los acápites pertinentes de esta sentencia. La actualización de las sumas resultantes de esta condena de acuerdo a lo ordenado en la Sentencia de Instancia.”

TERCERO: DECLARAR prescritas las pretensiones sobre los interregnos contractuales del (i) 1º de junio a 30 de noviembre de 1997, (ii) 1º de febrero a 30 de diciembre de 1998 y (iii) 1º de marzo a 30 de noviembre de 1999, tal como quedó explicado en el presente fallo.

Reconózcase personería a la abogada MARÍA LUISA BERROCAL RUIZ.

CUARTO: Por la secretaría de la Sección Segunda de la Corporación devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo de Atlántico y déjense las constancias de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS