**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Derechos laborales**

El contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer evidente la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir al precepto del artículo 53 de la C.P., que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

**ENTIDADES ESTATALES - Vinculaciones - Clasificación**

El régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Límites – Sanción**

Si bien la legislación colombiana ha previsto la posibilidad de acudir a la contratación de prestación de servicios en los casos y para los fines señalados en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, de igual forma, se han establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica. (…) Como puede observarse, el ordenamiento jurídico ha previsto no sólo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal.

**CONTRATO REALIDAD - Relación laboral - Carga de la prueba**

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, 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 demandante 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.

**SUBORDINACIÓN - Concepto**

La subordinación debe ser entendida como la facultad que tiene el empleador para dirigir la actividad contratada, emitir órdenes e instrucciones de obligatorio cumplimiento, imponer reglamento de trabajo y detentar la facultad disciplinaria sobre el trabajador, de forma permanente, esta facultad implica una superioridad jerárquica en el esquema organizacional de quien se atribuye esta facultad sobre el subordinado.

**COORDINACIÓN - Concepto**

Entre tanto, la coordinación, más que una facultad es una obligación que el estatuto de contratación estatal, por medio de las normas que lo rigen, impone a los entes públicos que desarrollen cualquier tipo de contratación con rubros oficiales, y que deben realizar para garantizar la correcta ejecución del objeto contractual. Dicha obligación incluye facultades de carácter administrativo, que implica coordinar algunas funciones, el establecimiento de horarios en la prestación del servicio contratado e incluso el suministro de algunos elementos, que identifiquen al contratista con la comunidad; empero, coordinar de ningún modo lleva implícita la superioridad jerárquica ínsita de la subordinación.

**CONTRATO REALIDAD - Coordinación - Presunción - Prueba en contrario**

Por tales razones, discurrimos que en todos los contratos de prestación de servicios la coordinación es una obligación que goza de una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en su contra, y que debe desvirtuar quien pretende que prosperen sus reclamos ante la jurisdicción. Entonces, es una carga que le concierne a la parte demandante utilizar todos los medios probatorios que la ley procesal permite, con el objeto de controvertir dicha presunción, para hacer llegar al juez a la convicción de que en realidad existían una relación de subordinación y que se sobrepone a la coordinación de actividades, y en consecuencia, debe hacerse prevalecer el principio de la realidad de una relación laboral por encima de las formas de un contrato de prestación de servicios.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

**Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01597-01(5167-16)**

**Actor: FARLEY EMILIO MEJIA JARAMILLO**

**Demandado: PERSONERÍA DE MEDELLÍN, INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO**

**Acción :Nulidad y restablecimiento del derecho – (Ley 1437/2011)**

**Tema** :**Contrato de prestación de servicios bajo celebración de convenio interadministrativos, Primacía de la realidad sobre la formalidad. Tesis del contrato realidad con fundamento en el artículo 53 constitucional.**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de 08 de septiembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que niega las pretensiones de la demanda y condena en costas, promovida por Farley Emilio Mejía Jaramillo contra Personería de Medellín, Instituto Tecnológico Metropolitano.

###### ANTECEDENTES

El señor **Farley Emilio Mejía Jaramillo,** por conducto de apoderada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 de la ley 1437 de 2011, demandó a la **Personería de Medellín, Instituto Tecnológico Metropolitano**, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

**Pretensiones Principales:**

1. Se declare la nulidad del acto administrativo de oficio Nº 20130100943296CME de fecha 3 de mayo de 2013, suscrito por el Personero Municipal de Medellín, por medio del cual negó la petición elevada por el demandante el 7 de abril de 2013 y que con dicha solicitud pretendía el reconocimiento de sus derechos de orden laboral.
2. Que se le restablezca en su derecho y se condene a la **PERSONERÍA DE MEDELLÍN** o en su defecto al **INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO**, al acogerse estas a las pretensiones principales y subsidiarias al pago de: cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de vacaciones, servicios, navidad legalmente establecidas, de vida cara y los aportes al sistema de seguridad social.
3. Que la sentencia se le de cumplimiento en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A.

**Pretensiones Subsidiarias:**

1. Solicita que si se declara que la existencia de la relación laboral se configuró con el **INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO,** que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio del 19 de abril de 2013.

**Los hechos** en que se fundan las pretensiones de la demanda, en síntesis, son los siguientes:

1. El señor **Farley Emilio Mejía Jaramillo** prestó sus servicios personales como Auxiliar Administrativo de Atención al Público en la Personería de Medellín, a través de contratos de prestación de servicios, del 3 de marzo de 2008 al 31 de diciembre de 2011, en la Unidad Permanente para los Derechos Humanos, contratado por el **INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO (ITM).**
2. Que el ITM, era un simple intermediario con el rol de suscripción de contratos y pago de la contraprestación del servicio, El señor **Farley Emilio Mejía Jaramillo,** cumplió sus funciones bajo la subordinación de **PERSONERÍA DE MEDELLÍN** ajenas al contrato de prestación de servicios, su horarios se dividían en 3 turnos de 24 horas distribuidos así: De 6:00 a.m. hasta las 2:00 p.m. y de 2:00 p.m. hasta las 10:00 p.m. y de 10:00 p.m. hasta las 6:00 a.m.
3. Durante su vinculación se le exigía laborar los días sábados, domingos y festivos, debido a que la unidad prestaba sus servicios de manera ininterrumpida las 24 horas del día, durante todo el año. Sus funciones eran propias de la **PERSONERÍA DE MEDELLÍN,** y muchas de ellas de alto riesgo. Esta le proporcionaba el transporte para el cumplimiento de sus funciones y estas estás estaban supervisadas, direccionadas, controladas y vigiladas por el Personero Delegado.
4. Este se identificaba ante las autoridades que le tocaba actuar y en general como Funcionario de la **PERSONERÍA DE MEDELLÍN,** calidad que acreditaba con él carnet de identificación personal.
5. Que la **PERSONERÍA DE MEDELLÍN** nunca afilió al señor **Farley Emilio Mejía Jaramillo,** al Sistema General de Seguridad Social Integral, y que no le fueron pagadas las prestaciones sociales de la **PERSONERÍA DE MEDELLÍN,** se le efectuaban retenciones respecto a su remuneración y por consiguiente, este asumió el pago de los aportes a la Seguridad Social.
6. El 7 de abril de 2013, el demandante presentó solicitud a **PERSONERÍA DE MEDELLIN** y **INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO,** para que le recocieran la relación laboral, y que, mediante oficio Nº 20130100943296CME de fecha 3 de mayo de 2013, el Personero Municipal dio respuesta de manera negativa a dicha solicitud, aduciendo que no hubo contrato de trabajo entre estos, del mismo modo el mencionado **ITM,** adujo una ausencia de trabajo entre las partes.

**NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 53 de la Constitución Política; los Artículos 1º,5º,8º,12 y 17 de la ley 6ª de 1945; los artículos 5º,6º,8º,9º,11,14 del decreto 3135 de 1968; ley 4ª de 1966; artículos 42,52,58, 59 y 60 del Decreto 1045 de 1978; artículos 1º,2º,3º,5º,8º,13,16,17,20,21,24,25,32, 33 y 40 del Decreto 1045 de 1978.

Al explicar el concepto de violación, expuso que las entidades demandadas desconocieron la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional y la del H. Consejo de Estado, al negar el reconocimiento de los derechos laborales, dado que las condiciones bajo las cuales este prestó sus servicios, son propias de una relación laboral de conformidad con los lineamientos de las sentencias C-154 del 19 de marzo de 1997 y la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado el 10 de agosto de 2006, Radicado 1943-2005, con ponencia del Doctor **JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE.**

Sostuvo, que el actos acusados incurrió en el vicio de falsa motivación, porque partieron de una premisa equivocada que no se adecúa a la realidad, es claro que se está en presencia de una persona que prestó sus servicios en forma continua y subordinada, que estructuran los elementos propios de una relación laboral, desvirtuándose con ello las características inherentes a un contrato de prestación de servicios.

**CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**La Personería de Medellín:** Se opuso a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos (Fls. 167-183 Cuaderno Nº.1):

Manifiesta que no hubo relación laboral entre la Personería de Medellín y el señor FARLEY EMILIO MEJÍA JARAMILLO, por lo tanto no exite oblihación legal de pagar salarios y prestaciones sociales.

Señaló, que en el año 2005 la Personería de Medellín suscribió convenio interinstitucional de cooperación con el Municipio de Medellín, a través de la Secretaría de Gobierno, para poner en funcionamiento la Unidad Permanente para la Protección de los Derechos Humanos. De esta forma, el Municipio asumió compromisos específicos para la ejecución del convenio dentro de los cuales estaba la asignación de seis (6) funcionarios auxiliares, siendo el señor FARLEY EMILIO MEJÍA JARAMILLO uno de estos.

Expone, que para poner en funcionamiento la Unidad Permanente para la Protección de los Derechos Humanos en la ciudad de Medellín, este, a través de la Secretaría de Gobierno suscribió sucesivos convenios interadministrativos con el Instituto Tecnológico Metropolitano (ITM), cuyo objeto contractual era la prestación de servicios para apoyar, asesorar y acompañar el funcionamiento de dicha unidad.

Precisó, que la ejecución de las actividades contratadas con el demandante obedecieron a la modalidad de prestación de servicios, como contratista independiente bajo su propia cuenta y riesgo, los recuros económicos para el pago de los servicios prestados eran asumidos por el municipio de Medellín sin ningún vínculo laboral, y que la relación contractual era entre el ITM y el señor demandante, la cual exigía el cumplimiento de unas obligaciones contractuales, que fueron expresamente aceptadas por las partes.

Propuso como excepciones: (i) Falta de legitimación en la causa por pasiva; (ii) ausencia de causa para demandar; (iii) indebida integración de los litisconsortes necesarios; (iv) inexistencia de la obligación; (v) buena fe; (vi) las genéricas; (vii) legalidad de los actos administrativos; (viii) prescripción y caducidad; (ix) compensación.

**2.- Instituto Tecnológico Metropolitano**: También se opuso a las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos (Fls. 184-224 cuaderno Nº1): Manifestó, que este celebró varias convenciones interadministrativas Nos. 4800002121 de 2007, 4600004945 de 2008, 4600014242 de 2009 y 4600030789 de 20011, con el Municipio de Medellín y bajo estos convenios, para su ejecución, fue contratado el demandante, con la modalidad de prestación de servicios, como contratista independiente, sin vínculo laboral y sin que el contratista sirviera en el desempeño de funciones administrativas propias de la entidad.

Además, expone, que tal como lo estima la Ley 80 de 1993, Artículo 32, por medio de la cual se autoriza la contratación de prestaciones de servicios, una de las características más importante de esta forma de contratación es que en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales, y son celebrados por el término estrictamente indispensable.

Aduce, que los contratos suscritos entre el demandante y esta entidad, fueron debidamente liquidados, una vez vencido el término pactado en los contratos y que nunca se configuró la relación de subordinación entre la parte demandante y la entidad.

Propone como excepciones: (i) falta de causa para pedir y (ii) mala fe del demandante.

**LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia del 8 de septiembre de 2016, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante, exponiendo los siguientes argumentos:

Estimó que el demandante logró demostrar dos de los elementos que acreditan la existencia de una relación laboral de carácter legal y reglamentaria como son:

LA PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO y la REMUNERACIÓN.

No obstante, en lo que atañe al elemento DEPENDENCIA o SUBORDINACIÓN, la parte demandante no logró demostrar la existencia de tal elemento, toda vez que, si bien el demandante recibía algunas instrucciones del Personero Delegado relacionadas con la prestación el servicio, estas eran orientadas más a la coordinación de la prestación del servicio como la asignación de un lugar de trabajo, la entrega de chalecos y gorros de la entidad; que, además, hacían parte de las obligaciones que debía cumplir la entidad en ocasión al convenio interadministrativo firmado, en donde debía suministrar herramientas logísticas mínimas como lo fueron el puesto de trabajo, insumo de papelerías, computadores, escarapelas entre otras, para que el contratista prestara adecuadamente el servicio contratado.

Consideró, que la parte demandante encaminó sus esfuerzos a comprobar que en la planta de personal había cargos con una denominación parecida a la que se relaciona en su contrato de prestación de servicios, pero nunca demuestra que las funciones desempeñadas fueran iguales o similares, de tal forma que es imposible aplicara criterios de igualdad y funcionalidad, de modo que esta situación no lleva a concluir una relación laboral entre las partes.

Puntualiza, que los anteriores argumentos son suficientes para negar las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda y, por supuesto, el pago de las prestaciones sociales reclamadas.

**ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN**

**La parte demandante** interpuso recurso de apelación en lo desfavorable a sus pretensiones con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación (Fls. 524-554, cuaderno Nº3):

Solicita que se reconozca que el señor FARLEY EMILIO MEJIA JARAMILLO prestó sus servicios a la PERSONERÍA DE MEDELLÍN bajo una relación laboral, y con base en tal supuesto, pide que se la sentencia de primera instancia y que se declare la nulidad de los actos administrativos demandados.

Considera, que el tribunal le restó el valor probatorio a las pruebas aportadas y que daban cuenta de la relación de subordinación que había entre el Defensor Delegado y el demandante, pues varios testigos afirmaron reiteradamente que este impartía órdenes directas en lo que se refiere a las funciones que cada uno debía detentar en su calidad de funcionarios de la Defensoría. Por tales razones, es evidente que siempre había una relación laboral oculta detrás de un contrato de prestación de servicios acordado entre las partes, vulnerando con ello los derechos laborales y prestaciones del señor FARLEY EMILIO MEJÍA JARAMILLO.

Debido a lo expuesto, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y que se concedan las pretensiones de la demanda.

**ALEGATOS DE CONCLUSION**

**Parte demandante[[1]](#footnote-1):** A través de la misma apoderada, reiteró los planteamientos del recurso de apelación en torno al desconocimiento del principio de la realidad sobre las formas y, además, se fundamenta en la indebida interpretación del elemento subordinación y el desconocimiento del precedente jurisprudencial.

**Personería de Medellín[[2]](#footnote-2):** Sostuvo que esta colegiatura debe acogerse a la tesis jurídica que motivó el fallo de primera instancia y aceptar las razones descritas en la contestación de la demanda, así como de las pruebas aportadas y practicadas, se nieguen todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, toda vez que adolecen de fundamentos fácticos y jurídicos, tal como se puede observar en el análisis que se hizo del acervo probatorio.

**Instituto Tecnológico Metropolitano[[3]](#footnote-3):** Advierte que los contratos de prestación de servicios están diseñados exclusivamente como instrumento especial de colaboración para el cumplimento de actividades transitorias, de carácter técnico o científico, relacionados con la administración y, por ende, no están previstos para ejercer mediante este instrumento, funciones ordinarias de naturaleza pública ni para sustituir la planta de personal.

# CONSIDERACIONES

**1. Problema jurídico.**

En los términos de los recursos de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, le corresponde a la Subsección decidir si se configuró la existencia de una relación laboral entre Personería de Medellín o Instituto tecnológico Metropolitano y el demandante Farley Emilio Mejía Jaramillo y, si consecuencia del anterior pronunciamiento habría lugar al pago de las prestaciones sociales producto de la relación laboral.

**2.- Marco normativo y jurisprudencial del contrato realidad.**

Esta Subsección de la Sección Segunda del Consejo de Estado, ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer evidente la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir al precepto del artículo 53 de la C.P., que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

Así las cosas, en el presente caso, esta Sala reitera lo expuesto en la sentencia de 16 de julio de 2009, radicación 85001-23-31-000-2003-00478-01 (1258-07) y en la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, en relación con los elementos y características propias del contrato de prestación de servicios y su distinción con las relaciones de carácter laboral[[4]](#footnote-4). Por ende se retoman los aspectos desarrollados en los precedentes, en punto del marco conceptual, legal y jurisprudencial de la figura de prestación de servicios frente a las relaciones laborales de carácter legal y reglamentario.

**El contrato de prestación de servicios y la teoría de la relación laboral.**

La Constitución Política de 1991, contempló en el Capítulo II, de la función pública, lo siguiente:

*“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1º)... ”*

*“Art. 125 Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”.*

De acuerdo con las citadas normas, el régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal). Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.

La contratación por prestación de servicios con el Estado ha sido desarrollada por nuestra legislación a través del D. L. 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y por la Ley 190 de 1995. La Ley 80 en su artículo 32, dispone:

“*3.**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”.*

En sentencia C-154-97[[5]](#footnote-5) la Corte Constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita, estableció las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, concluyendo que:

“[…] ***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*” (El resaltado es de la Sala).

Adicionalmente, el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, dispuso:

“*Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.*

*Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.*

*Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.*

*Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.*

*Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones*”.

La parte subrayada fue demandada ante la Corte Constitucional, que en sentencia C-614 de 2009, señaló entre otros criterios, la permanencia como un elemento más que indica la existencia de una verdadera relación laboral.

Si bien la legislación colombiana ha previsto la posibilidad de acudir a la contratación de prestación de servicios en los casos y para los fines señalados en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, de igual forma, se han establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica.

El artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 prevé que *“****en ningún caso*** *podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente,* ***en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto*** *(…)**la función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad”* (resaltado fuera de texto).

La Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, dispuso en materia de empleo público:

***“Art. 19 El Empleo Público.***

*1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.*

 *2. El diseño de cada empleo debe contener:*

 *a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;*

*b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;*

*c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales” (…)”*

Para que una persona natural desempeñe un cargo en calidad de empleado público (relación legal y reglamentaria), es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en la ley, esto es, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, previo a ejercer las funciones propias de dicho empleo.

Por otra parte, como ya se ha dicho para evitar el uso indebido del contrato de prestación de servicios, la Ley 790 de 2002, por medio de la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República, prevé:

*“ARTÍCULO 17. PLANTAS DE PERSONAL. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.*

*En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.*

*PARÁGRAFO. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública”* (subrayado fuera de texto).

Por su parte, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Único Disciplinario, establece en el artículo 48, numeral 29 como falta gravísima:

*“29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”.*

Como puede observarse, el ordenamiento jurídico ha previsto no sólo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal.

**De la solución de las controversias judiciales con ocasión de los contratos de prestación de servicios**

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad, el efecto del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con el fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.*[[6]](#footnote-6)*

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.

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003[[7]](#footnote-7), la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad, negó las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento “*coordinación”*. No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento “*subordinación*”, aspecto trascendente que como se anotó, requiere ser acreditado plenamente en la tarea de descubrir la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido ***personal*** y que por dicha labor haya recibido una ***remuneración*** o pago y, 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 demandante 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[[8]](#footnote-8) para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral.

Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación en diferentes fallos, entre los cuales cabe resaltar la sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, C.P. Tarcisio Cáceres Toro, la cual efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, precisando que:

*“(…) para que una persona natural* ***desempeñe un EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA)*** *que se realice su* ***ingreso al servicio público*** *en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir,* ***requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión****, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la* ***persona nombrada y posesionada*** *es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente”.*

**3.- Caso concreto.**

**3.1. Lo probado en el proceso.**

- Dentro del expediente se encuentra demostrado que entre la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía de Medellín y el Instituto Tecnológico Metropolitano se celebraron los convenios Nos. 4800002121 de 2007, 4600004945 de 2008, 4600014242 de 2009 y 4600030789 de 20011 a ( Fls. 292-310 cuaderno Nº1).

- El demandante suscribió los siguientes contratos de prestación de servicios con el Instituto Tecnológico Metropolitano, en las siguientes fechas (Fls. 48-68, cuaderno Nº1):

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Número del contrato | Fecha de inicio  | Fecha de terminación  |
| 669 | 8/1/2007 | 12/31/2007 |
| 892 | 3/3/2008 | 7/14/2008 |
| 2151 | 7/15/2008 | 12/31/2008 |
| 114 | 1/5/2009 | 1/28/2009 |
| 1189 | 2/2/2009 | 7/30/2009 |
| 77 | 8/2/2009 | 11/1/2009 |
| 4231 | 11/4/2009 | 12/30/2009 |
| 872 | 1/1/2010 | 1/20/2010 |
| 1486 | 1/21/2010 | 7/20/2010  |

- Que al accionante se le pagaron las siguientes cuentas de cobro, sobre las cuales se le aplicó la retención y que obran a (Fls. 312-335 cuaderno Nº1), discriminadas así:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Fechas  | Honorarios  | Duración de la prestación del servicio  |
| 01/04/2008 al 31/12/2008  | $1.500,000 | 8 meses  |
| 01/02/2009 al 31/12/2009  | $1.500,000 | 12 meses |
| 01/02/2010 al 31/12/2010 | $1.658.250 | 11 meses |
| 01/03/2011 al 31/12/2011 | $1.658.250 | 10 meses |

- A folio 14 obra horario de Auxiiares de los contratos antes enunciados en donde se debía prestar el servicio contratado a folio del cuaderno Nº1.

- Que el 7 de abril de 2013 se presentó derecho de petición solicitando el reconocimiento de derechos propios de una relación laboral, con número de radicación 0100-931136RER, ante la Personería de Medellín, y que reposa en el expediente a Fls. 18 - 21 cuaderno Nº 1.

- Respuesta de derecho de petición emtitida por la Personería de Medellín de fecha 3 de mayo de 2013, con radicación 20130100943296CME, donde se resuelve de manera desfavorable a lo pedido.

- El 7 de abril de 2013, presentó derecho de petición solicitando el reconocimiento de derechos propios de una relación laboral con número de radicación 0100-931136RER ante Instituto Tecnológico Metropolitano.

- Respuesta de derecho de petición emitida por el Instituto Tecnológico Metropolitano, de fecha 19 de abril de 2013, con radicación Nº200130492, donde niega el reconocimiento de la relación laboral, bajo en argumento de que no es competente para reconocer dicha relación (Fls. 209-210 cuaderno Nº 1).

- Liquidación del contrato número P-1187 de 2011, suscrito entre el Instituto Tecnológico Metropolitano y Farley Emilio Mejia Jaramillo (Fls. 51-52 cuaderno Nº1).

**3.2. Solución al caso en concreto**

Considera la apoderada de la parte demandante en el recurso de apelación, que en este caso no se valoraron adecuadamente las pruebas aportadas al proceso, toda vez que de los testimonios se puede deducir que en realidad si hubo una relación de subordinación entre el señor Farley Emilio Mejía y el Personero Delegado, quien dirigía la Unidad Permanente de Derechos Humanos, debido a que le impartían órdenes directas relacionadas con la prestación del servicio, le exigían el cumplimiento de un horario, le proporcionaban todos los elementos logísticos requeridos para la ejecución de sus funciones, le suministraban carnet de la personería, chaleco, entre otros elementos de oficina y le exigían el acompañamiento de determinadas eventos de urgencia en materia de derechos humanos (marchas, protestas, revueltas en cárceles, etc.), en representación de la Personería.

En ese orden de ideas, precisamos que en este caso no hay discusión en cuanto a que se encuentran comprobados tanto la prestación personal del servicio como la remuneración como contraprestación a la labor ejecutada por el señor Farley Emilio Mejía Jaramillo. Por lo tanto, la discusión gira en torno a lo que se considera la característica más importante de la relación laboral como es la subordinación.

En este punto, es necesario reiterar que la subordinación debe ser entendida como la facultad que tiene el empleador para dirigir la actividad contratada, emitir órdenes e instrucciones de obligatorio cumplimiento, imponer reglamento de trabajo y detentar la facultad disciplinaria sobre el trabajador, de forma permanente, esta facultad implica una superioridad jerárquica en el esquema organizacional de quien se atribuye esta facultad sobre el subordinado.

Entre tanto, la coordinación, más que una facultad es una obligación que el estatuto de contratación estatal, por medio de las normas que lo rigen[[9]](#footnote-9), impone a los entes públicos que desarrollen cualquier tipo de contratación con rubros oficiales, y que deben realizar para garantizar la correcta ejecución del objeto contractual. Dicha obligación incluye facultades de carácter administrativo, que implica coordinar algunas funciones, el establecimiento de horarios en la prestación del servicio contratado e incluso el suministro de algunos elementos, que identifiquen al contratista con la comunidad; empero, coordinar de ningún modo lleva implícita la superioridad jerárquica ínsita de la subordinación.

Por tales razones, discurrimos que en todos los contratos de prestación de servicios la coordinación es una obligación que goza de una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en su contra, y que debe desvirtuar quien pretende que prosperen sus reclamos ante la jurisdicción.

Entonces, es un carga que le concierne a la parte demandante utilizar todos los medios probatorios que la ley procesal permite, con el objeto de controvertir dicha presunción, para hacer llegar al juez a la convicción de que en realidad existían una relación de subordinación y que se sobrepone a la coordinación de actividades, y en consecuencia, debe hacerse prevalecer el principio de la realidad de una relación laboral por encima de las formas de un contrato de prestación de servicios.

Así las cosas, en el asunto bajo estudio, evidenciamos que la necesidad de la contratación del señor Farley Emilio Mejía, tiene su origen en la ejecución del *“Convenio Interinstitucional de Cooperación para el funcionamiento de una Unidad Permanente para la Protección de los Derechos Humanos en la Ciudad de Medellín”,* por un plazo inicial de 24 meses -prorrogables automáticamente-, que iniciarían el 17 de julio de 2005, pero que también podría terminar en cualquier momento[[10]](#footnote-10), firmado entre el Municipio y la Personería de Medellín, en virtud del principio de coordinación y colaboración establecido en los artículos 6 y 995 de la Ley 489 de 1998, en concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política, aprovechando la coincidencia que se presentaba entre el plan de gobierno municipal y el proyecto que ponía en marcha la Personería de Medellín, y cuyo objetivo común estaba directamente relacionado con la atención, promoción y protección de los derechos humanos de los habitantes de dicha ciudad.

Dentro de las obligaciones pactadas, la Personería tendría que asignar de su planta de personal a un Personero Delegado, quien haría las veces de Coordinador, y a dos (2) abogados y dos (2) auxiliares administrativos para que hicieran parte de la Unidad, así como el servicio de transporte, elementos de oficina, un software de Gestión, Promoción y Concepto (GPC) y Concord, que son propios la institución, computadores, impresoras, televisor y un betamax.

Por otra parte, el Municipio de Medellín se encargaría de aportar el local y la adecuación física, computadores, impresoras y red interna, servicios de aseo, vigilancia y servicios públicos, así como seis (6) auxiliares y ocho (8) abogados, que garanticen la ejecución del proyecto.

Con el propósito de cumplir con sus obligaciones, el municipio de Medellín, por conducto de la Secretaría de Gobierno, pactó nuevos y sucesivos convenios interadministrativos con el Instituto Tecnológico Metropolitano (ITM), quien se encargaría de realizar las contrataciones de personal y servicios, y además administraría los recursos que había comprometido la alcaldía para el correcto desarrollo del convenio inicial.

En este contexto, la Sala llega a concluir que en el particular no se configura una relación laboral entre Farley Emilio Mejía Jaramillo y el ITM, y mucho menos con la Personería, porque en primera medida y entendiendo los criterios que la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de esta Corporación, exigen para declarar un contrato realidad, la ejecución de las funciones que debía cumplir el señor Farley Emilia Mejía Jaramillo no tenían vocación de permanencia, toda vez que dependían directamente de la prorroga que se realizara de sendos contratos interadministrativos pactados entre la Secretaría de Gobierno de Medellín y el Instituto Tecnológico Metropolitano, los cuales, como cualquier contrato, tienen un plazo definido en el tiempo (días, meses o años).

Se suma a lo expuesto, que es claro que las funciones desempeñadas por el contratista, no son inherentes al objeto social de una institución de educación superior como es el ITM, de tal forma que era imposible para ellos proporcionar personal idóneo de su planta de personal que permitiera desarrollar las obligaciones adquiridas en los contratos interadministrativo pactados con la Secretaría de Gobierno de Medellín, de tal suerte que esta situación justifica utilizar este tipo de contratos para prestar un servicio, según lo regula el artículo 32 de le Ley 80 de 1993.

Agregamos a los anteriores argumentos, que luego de revisado el caudal probatorio, tal como lo advierte el Tribunal de primera instancia, no encuentra este colegiado ni documental ni testimonial suficiente que lleven a la convicción de que hubo una relación de subordinación entre el señor Farley Emilio Mejía y el ITM o la Personaría de Medellín.

En consecuencia, considera la Sala que no fue quebrantada la presunción de legalidad que ampara la actividad contractual de la administración, o, en otras palabras, no se demostró que hubo una indebida utilización del contrato de prestación de servicios en este caso, por lo cual se confirmará la sentencia proferida en primera instancia que niega las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto esta sala,

**F A L L A**

**PRIMERO.- CONFIRMAR,** la sentencia apelada de fecha 08 de septiembre de 2016, dentro del proceso promovido por **FARLEY EMILIO MEJÍA JARAMILLO** contra las entidades demandadas, **PERSONERÍA DE MEDELLÍN** y el **INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO.**

**SEGUNDO.- DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutada esta providencia.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

**CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ CARMELO PERDOMO CUÉTER**

1. *(Fls. 583-618 cuaderno Nº3)* [↑](#footnote-ref-1)
2. *(Fls. 578-582 cuaderno Nº3)*  [↑](#footnote-ref-2)
3. *(Fls. 619-639 cuaderno Nº3)*  [↑](#footnote-ref-3)
4. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.* [↑](#footnote-ref-5)
6. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-6)
7. *Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco.* [↑](#footnote-ref-7)
8. *Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P. Tarsicio Cáceres Toro.* [↑](#footnote-ref-8)
9. *“****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:*

*(…)*

***2o. Contrato de Consultoría.***

*Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión”. (Subrayado fuera de texto).*

***“ARTÍCULO 83. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL.****Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.*

*La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos”. (Subrayado fuera de texto).* [↑](#footnote-ref-9)
10. *Parágrafo de la cláusula sexta del convenio interadministrativo de cooperación entre el Municipio de y la Personería Medellín, visto a folio 175 del Cuaderno No. 1.*  [↑](#footnote-ref-10)