**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Definición – Noción – Características**

Cabe precisar que respecto de los contratos estatales de prestación de servicios la Ley 80 de 1993, en su artículo 32 (numeral 3), este artículo fue modificado por los Decretos 165 de 1997, 2209 de 1998 y 2170 de 2002, que precisaron «solo se realizarán para fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar». el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual

**CONTRATO DE TRABAJO – Elementos – Noción**

El contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Diferencias con el contrato laboral**

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos. En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente. Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Desnaturalización**

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, 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 laborales

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Subordinación – Carga de la prueba**

la subsección B de esta sección segunda recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos neMetaios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare 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, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto sub examine

**ICETEX – Naturaleza jurídica – Contrato realidad por funciones – Procedencia del pago de prestaciones sociales**

Lo primero que ha de precisarse es que el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior Mariano Ospina Pérez, creado por el Decreto 2586 de 1950, fue transformado por la Ley 1002 de 2005 en una entidad financiera de naturaleza especial con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, vinculada al Ministerio de Educación Nacional (artículo 1). Según el artículo 2.° de ese cuerpo normativo (…) Según la Corte Constitucional , de conformidad con dicha disposición, la labor de procurar el acceso progresivo de las personas a la educación superior ha sido encomendada al Icetex. (…) En aras de desarrollar el objeto social del Icetex, la citada Ley 1002 de 2005 la autorizó para efectuar, entre otras operaciones, las previstas en la Ley 30 de 1992 y el Decreto ley 3155 de 1968 (…) resulta oportuno recordar que en sus artículos 111 y 114 faculta al Icetex para administrar tanto los recursos fiscales de la Nación destinados a becas o créditos educativos universitarios en Colombia, como los que por cualquier concepto reciban los organismos estatales para tales fines. (…) Visto lo anterior, colige la Sala que el proyecto Acceso con Calidad a la Educación Superior en Colombia (ACCES) comporta una función permanente del Icetex, con soporte normativo; asimismo, se evidencia que la demandante ejerció sus labores como contadora en el mencionado proyecto, pues recibía las solicitudes de desembolso de préstamos provenientes de gobiernos extranjeros y actualizaba la información de los beneficiarios de los créditos. Lo señalado también encuentra sustento en las declaraciones rendidas por los excompañeros de labores de la actora, señores Diego Alfredo Rojas Bermúdez y Édgar Hernán Rodríguez Ariza, quienes coincidieron en afirmar que la actora (i) laboraba en la parte contable del proyecto ACCES; (ii) debía cumplir el horario laboral del Icetex, esto es, de 8 de la mañana a 5 y 45 de la tarde, so pena de llamados de atención; (iii) obedecía al coordinador del mencionado proyecto, quien le impartía órdenes verbales y escritas; (iv) no podía ausentarse de su puesto de trabajo sin previa autorización; y (iv) tenía asignado un sitio de trabajo y los elementos para desempeñar su labor le eran suministrados por el accionado. De igual modo cabe destacar que lo descrito por los deponentes concuerda con las manifestaciones de la actora en el interrogatorio de parte que le realizó el a quo. (…) en conjunto con los contratos obrantes en el expediente, permiten evidenciar la concurrencia de los tres elementos propios de una relación de trabajo (subordinación, prestación personal y remuneración); pero, sobre todo, que prestó la labor en forma subordinada o dependiente respecto del empleador, sujeta a órdenes del coordinador del proyecto ACCES. (…) valoradas las pruebas en su conjunto, se colige que si bien la reclamante se vinculó al Icetex a través de sucesivos contratos de prestación de servicios u otras modalidades de similar tenor, se desdibujaron las características propias de este tipo de vínculos, circunstancia que originó una relación laboral distinguida por la permanencia y continuidad en su ejecución y la correspondiente subordinación. (…) en el proceso se demuestra que hubo subordinación o dependencia respecto del empleador, surge el derecho al pago de prestaciones, porque de lo contario se afectan los derechos del trabajador. (…) destaca la Sala que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público

**CONTRATO REALIDAD – Imprescriptibilidad de los derechos pensionales**

No es dable conceder los emolumentos prestacionales derivados de los contratos con anterioridad al 23 de mayo de 2008, porque fueron pedidos por fuera de los tres años señalados como el término para su prescripción extintiva, por lo que resulta ajustada a derecho la determinación del a quo, consistente en que ha operado el referido fenómeno; cabe destacar que se debe tener en consideración para su contabilización, no la finalización del último contrato, sino la de cada uno, en razón a que la ocurrencia de los tres elementos de la relación laboral se estudia respecto de la ejecución de cada contrato bilateral. Pese a lo expuesto, dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles. (…) Asimismo, resulta oportuno declarar en este fallo que el tiempo trabajado por la reclamante bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios durante el período comprendido entre el 14 de mayo de 2004 y el 3 de marzo de 2011, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION B**

**Consejera ponente: CARMELO PERDOMO CUETER**

Bogotá, D.C., primero (1) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

**Radicación número: 25000-23-42-000-2012-01454-01(2550-16)**

**Actor: KAREN ANDREA MORA RUIZ**

**Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE CRÉDITO EDUCATIVO Y ESTUDIOS TÉCNICOS EN EL EXTERIOR «MARIANO OSPINA PÉREZ» (ICETEX)**

Tema: Contrato realidad

Procede la Sala a decidir a decidir los recursos de apelación interpuestos por las partes accionada (ff. 231 a 235 c. ppal.) y demandante (ff. 228 a 230 c. ppal.) contra la sentencia de 21 de enero de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección A de la sección segunda), que accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda del epígrafe (ff. 187 a 216 c. ppal.).

**I. ANTECEDENTES**

**1.1 Medio de control** (ff. 27 a 63 c. ppal.). La señora Karen Andrea Mora Ruiz, por conducto de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior «*Mariano Ospina Pérez*» (Icetex) para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

**1.2 Pretensiones.** Se declare la nulidad de los oficios 2012054455 de 4 de junio y 2012081746 de 27 de agosto, ambos de 2012, por medio de los cuales el jefe de la oficina asesora jurídica del Icetex le negó la existencia de una relación de carácter laboral con el accionado y «*el reintegro al cargo que ocupaba al momento del despido*», respectivamente.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene (i) reintegrarla, sin solución de continuidad, al empleo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría; (ii) pagar las prestaciones sociales durante el período en que ejerció sus labores, como primas de servicios vacaciones y navidad, cesantías e intereses sobre estas, auxilio educativo semestral y «*bonificaciones*»; (iii) devolver los aportes a pensión, salud y riesgos profesionales que debió sufragar durante el lapso acreditado en los contratos; asimismo, los dineros que le fueron descontados por concepto de retención en la fuente; (iv) asumir la indemnización moratoria por el no pago de las cesantías desde 2004 hasta cuando se haga efectiva su consignación; (v) cancelar 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) por concepto de perjuicios morales; y (vi) sufragar intereses e indexación de las anteriores sumas y costas procesales.

De manera subsidiaria, de no accederse al reintegro, se disponga reconocer a «*título de indemnización*» lo antes descrito.

**1.3 Fundamentos fácticos.** Relata la accionante que trabajó para el Icetex, a través de órdenes de prestación de servicios y contratos de consultoría, desde el 14 de mayo de 2014 hasta el «*31 de diciembre de 2011*»[[1]](#footnote-1), fecha en que «*fue despedida sin justa causa legal*».

Que durante el interregno descrito (i) se desempeñó como contadora pública para consolidar la contabilidad en el Icetex en lo relacionado con el proyecto Acceso con Calidad a la Educación Superior (ACCES), por lo que debía verificar desembolsos de recursos, acopiar la información de créditos adjudicados, registrar gastos de administración y rendimientos financieros entre otros; (ii) ejercía las funciones fijadas a «*los profesionales especializados de planta*»; (iii) fue sometida a las mismas condiciones de estos, en cuanto a «[...] *reglamento interno, jornada laboral, sistema disciplinario y recibían órdenes de la misma persona que era* [la] *Coordinadora de Crédito*»; y (iv) cumplía el horario exigido por la jefe inmediata, y «[...] *si necesitaba retirarse de sus labores durante el cumplimiento de las jornadas establecidas* [...], *tenía que pedir permiso* [...]».

Dice que, por tener una relación contractual, pese a configurarse los elementos de una de carácter laboral, no le reconocieron las prestaciones de ley, como tampoco el pago de la afiliación al sistema de seguridad social.

Asevera que con escrito de 23 de mayo de 2012, solicitó del ente estatal demandado el reconocimiento de sus prestaciones sociales, lo que le fue despachado de manera desfavorable con oficio 2012054455 de 4 de junio siguiente. Y, posteriormente (2 de agosto de 2012), peticionó su reintegro al cargo que desempeñaba en el Icetex, lo cual le fue negado a través del oficio 2012081746 de 27 de agosto del mismo año.

**1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** Cita como normas violadas por los actos administrativos acusados los artículos 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 43, 53, 95, 125, 127, 209 y 277 de la Constitución Política; las Leyes 4ª de 1990, 65 de 1946, 10 de 1990, 197 de 1938, 50 de 1990, 100 de 1993 y 790 de 2002; y los Decretos 1250 de 1970, 2400 de 1968, 1950 de 1973, 1333 de 1986, 1582 de 1998, 1453 de 1998 y 3135 de 1968.

Arguye la actora que con la determinación impugnada se le quebranta el principio de igualdad, porque a las personas vinculadas por contratos u órdenes de prestación de servicios no se les reconoce una relación laboral con todas las prerrogativas, como sí a quienes son designados a través de nombramiento y posesión.

Citó jurisprudencia que consideró aplicable al caso concreto, respecto de la existencia del contrato realidad cuando se cumplen los tres elementos que lo configuran: i) prestación personal del servicio, ii) subordinación y iii) remuneración.

Afirma que el Icetex, a través de la contratación administrativa, quiere obviar las prestaciones y derechos labores de las personas que vincula bajo esa modalidad, y «[*…*] *siendo el cargo desempeñado* [*…*]*,* ***PROFESIONAL ESPECIALIZADO****, con funciones permanentes en la entidad demandada, era imperativo* [*…*] *haberla vinculado directamente, y no a través de contratos de consultoría y órdenes de prestación de servicios, practica esquilmaría, nefasta y torticera contra los intereses de los trabajadores, con el único fin de apropiarse de las prestaciones sociales y cesantías de estos, como producto de las políticas de deslaboralización de la relación laboral* [*…*]» (sic).

**1.5 Contestación de la demanda** (ff. 82 a 93 c. ppal.). El accionado, por intermedio de apoderado, se opone a las pretensiones de la demanda y sostiene que el vínculo con la reclamante era de carácter contractual, regido por el estatuto general de contratación y con el pago de honorarios por el trabajo realizado y por la misma razón no es dable acceder al reintegro, tampoco al contrato realidad.

Que las órdenes de prestación de servicios suscritas por la demandante se fundamentan en lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y no son generadoras de una relación laboral que impliquen el reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

Sostiene que la referida figura contractual difiere de las relaciones laborales en el elemento de la subordinación y este no se da en el *sub lite*, pues la reclamante no cumplía horario, y «*el hecho que* [*…*] *se presentara en las instalaciones del ICETEX para prestar los servicios de asesoría técnica, de ninguna manera configuraba la existencia de una relación laboral* [*…*] *puesto que la esencia de la gestión implicaba la comunicación permanente con los funcionarios de la planta del ICETEX que recibían sus asesorías y aportes*», entonces para cumplir el objeto del contrato debía desplazarse necesariamente a ese instituto.

**1.6 Providencia apelada** (ff. 187 a 216 c. ppal.). El Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección A de la sección segunda), en sentencia de 21 de enero de 2016, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda (sin condena en costas), puesto que declaró la nulidad del acto administrativo acusado, reconoció con base en el principio de la realidad sobre las formas (artículo 53 de la Constitución Política), que existió una relación laboral velada bajo contratos de prestación de servicios, «[*…*] *entre el 1 de abril de 2008 y el 31 de diciembre de 2008, el 2 de enero de 2009 y el 30 de junio de 2009, el 1 de julio de 2009 y el 31 de diciembre de 2009, el 14 de enero de 2010 y el 31 de agosto de 2010, el 3 de septiembre de 2010 y el 31 de diciembre de 2010 y el 4 de enero de 2011 y el 3 de marzo de 2011, puesto que entre esas vinculaciones no hubo solución de continuidad y dentro de la última vinculación contractual y la reclamación no transcurrieron más de tres años*». Lo anotado al considerar que, en ejecución de esos actos bilaterales, la demandante trabajó para el ente estatal demandado de manera personal y permanente, bajo el cumplimiento de horarios y órdenes de la «*Coordinadora del proyecto ACCES*», a cambio de la remuneración pactada.

En virtud de lo anterior, ordenó (i) pagar a la actora las prestaciones sociales ordinariasque devengan los empleados del Icetex que desempeñan similar labor y «*los porcentajes de cotización a pensión y salud correspondientes al empleador que debió trasladar a los fondos correspondientes*» de los contratos antes enunciados; y (ii) «*girar al respectivo Fondo de Pensiones y a la E. P. S. donde se encuentre afiliada la señora Karen Andrea Mora Ruíz, el porcentaje que debió cotizar luego de descontar lo cotizado por la demandante como contratista, en los siguientes períodos: Del 14 de mayo 2004 al 30 de marzo de 2005, del 1 de abril de 2005 al 1 de abril de 2006, del 1 de julio de 2006 al 1 de mayo de 2007, del 1 de junio de 2007 al 1 de marzo de 2008, del 1 de abril de 2008 al 31 de diciembre de 2008, del 2 de enero de 2009 al 30 de junio de 2009, del 1 de julio de 2009 al 31 de diciembre de 2009, del 14 de enero de 2010 al 31 de agosto de 2010, del 3 de septiembre de 2010 al 31 de diciembre de 2010 y del 4 de enero de 2011 al 3 de marzo de 2011*».

Por otro lado, se abstuvo de acceder a (i) «*el reconocimiento de los riesgos profesionales (artículo 21 del Decreto Ley 1295 de 1994), en consideración a que la demandante no demostró haber sufragado dicho seguro para cubrir los accidentes de trabajo, por lo que se deduce que jamás disfrutó de este beneficio*»; (ii) «[*…*] *el auxilio educativo semestral, toda vez que la* [*…*] *demandante no demostró estar dentro de los presupuestos para ser beneficiaria de la prestación* [*…*]»; y (iii) su reintegro porque «*el hecho de declararse la existencia de la relación laboral no da derecho a que la persona adquiera la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión*».

Aduce que operó la prescripción prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, toda vez que «[*…*] *la demandante elevó la reclamación administrativa el 23 de mayo de 2012 (fls. 3-5 ib.), y se encuentra que en las vinculaciones de 2005, 2006, 2007, y al 1 de marzo de 2008 hubo interrupción del servicio por más de 15 días hábiles (Art. 10 Dcto. 1045 de 1978), es decir, con solución de continuidad, por lo que tales tiempos no se pueden tomar en su integridad sino cada uno en forma independiente, razón por la cual se declarará la prescripción del derecho con respecto de las vinculaciones contractuales que culminaron antes del 23 de mayo de 2009 (3 años anteriores a la reclamación)*».

**1.7 Recursos de apelación:**

**1.7.1 Parte demandada** (ff. 231 a 235 c. ppal.). El accionado, inconforme con la decisión, pide que sea revocada, puesto que son las necesidades de la Administración las que imponen acudir a la figura legal de la vinculación a través de órdenes de prestación de servicios, la cual está regulada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Que el *a quo* incurrió en un error al concluir que la actora estaba subordinada «[...] *toda vez que no demostró que estuviera sometida al control y vigilancia por parte de algún funcionario del Icetex que le exigiera cuentas de su quehacer. De igual forma, no acreditó ni evidenció qué funcionarios de la planta de personal de la entidad demandada cumplían* [sus] *mismas funciones* [...]*, lo anterior a efectos de probar que se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público del Icetex y bajo condiciones de subordinación y dependencia, haciendo nugatoria cualquier declaración o tipificación de un contrato realidad* [...]»; además, «[...] *a partir de los testimonios rendidos por el señor Diego Alfredo Rojas Bermúdez y por el señor* [É]*dgar Hernán Rodríguez Ariza,* [...] *en ninguno de los dos se afirma que hubo subordinación y cumplimiento de un horario como lo infirió la primera instancia* [...]».

Por último, destaca que tanto el interrogatorio de parte como la prueba documental aportada «[...] *permiten evidenciar con claridad la naturaleza del vínculo contractual suscrito entre la Demandante y el ICETEX merced* [sic] *a las órdenes y contratos de prestación de servicios, todos ellos celebrados en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes y de manera libre y voluntaria* [...] *y extinguidos igualmente de mutuo acuerdo, sin reparo alguno por parte de aquella*».

**1.7.2 Parte demandante** (228 a 230 c. ppal.). La actora formula recurso de apelación (parcial), en el que insiste en que se ordene a la demandada (i) reintegrarla al cargo que desempeñaba, y (ii) la «*devolución de los dineros retenidos por concepto de retención en la fuente*»*.*

Asimismo, expresa que no operó el fenómeno jurídico-procesal de la prescripción extintiva del derecho, porque si bien es cierto que hubo algunas interrupciones, también lo es que «[*…*] *como el contrato de trabajo solo se considera suspendido hasta por noventa (90) días hábiles cuando el empleador no ha puesto a disposición del trabajador los salarios y prestaciones sociales adeudadas, y de ninguna manera ese término se tiene como solución de continuidad, máxime cuando dicha suspensión habría operado por disposición exclusiva -solo en el papel- por parte del empleador pues en la realidad la demandante si* [sic] *laboró*»*.*

**II. TRÁMITE PROCESAL**

Los recursos interpuestos fueron concedidos en audiencia de 10 de mayo de 2016 (ff. 250 y 251 c. ppal.) y admitidos por esta Corporación a través de auto de 14 de julio de 2017 (f. 258 c. ppal.), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del CPACA.

**2.1 Alegatos de conclusión**. Admitidos los recursos de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, con proveído de 22 de septiembre de 2017[[2]](#footnote-2), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por el demandado, quien reitera los argumentos de su alzada (ff. 267 a 269 c. ppal.).

**III. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**3.1 Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer del presente litigio en segunda instancia.

**3.2 Cuestión previa.** La señora consejera de Estado Sandra Lisset Ibarra Vélez profirió los autos de 18 de marzo de 2013 y 3 de septiembre siguiente[[3]](#footnote-3), y presidió audiencias el 18 de septiembre de 2013 y 5 de junio de 2014[[4]](#footnote-4), como integrante del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección A de la sección segunda), motivo por el cual, por economía procesal, los restantes miembros de la Sala aceptan el impedimento que le asiste, con base en los artículos 130 y 131 (numeral 3) del CPACA, en armonía con el 141 (numeral 2) del Código de General del Proceso[[5]](#footnote-5), y se le separa de su conocimiento, con el fin de garantizar la imparcialidad de la justicia.

**3.3 Problema jurídico**. Corresponde a la Sala determinar (i) si a la demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar del Icetex el pago de las prestaciones salariales y sociales no devengadas durante el tiempo que permaneció vinculada, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre formalidades, o, por el contrario, si los contratos de prestación de servicios (o cualquiera que sea su denominación) que celebró con dicho ente estatal se ajustan a la normativa legal vigente, por cuanto no se configuraron los elementos de subordinación y continua dependencia que alega, propios de una relación laboral; (ii) si opera el fenómeno de la prescripción respecto de los derechos prestacionales frente a algunos contratos; y (iii) si hay lugar a ordenar el reintegro al cargo que desempeñaba y la devolución de los dineros descontados por retención en la fuente.

**3.4 Marco normativo y jurisprudencial.** En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta del caso concreto.

En principio, cabe precisar que respecto de los contratos estatales de prestación de servicios la Ley 80 de 1993, en su artículo 32 (numeral 3), dispone:

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.

Posteriormente, este artículo fue modificado por los Decretos 165 de 1997, 2209 de 1998 y 2170 de 2002, que precisaron «*solo se realizarán para fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar*».

Es decir, que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

Por su parte, la honorable Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de las expresiones «*no puedan realizarse con personal de planta o*» y «*En ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales*» contenidas en el precitado numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80, en sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997[[6]](#footnote-6), precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, así:

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

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

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

Ahora bien, el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968[[7]](#footnote-7), «*Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil* [*…*]», dispone:

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 de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009, al señalar la permanencia, entre otros criterios, como un elemento más que indica la existencia de una relación laboral. Frente al tema, expuso:

La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

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, 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 laborales[[8]](#footnote-8).

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda[[9]](#footnote-9) recordó que (i) la subordinacióno dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos neMetaios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare 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, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto *sub examine.*

**3.5 Hechos probados.** El material probatorio traído al plenario da cuenta de los hechos a los cuales se refiere la presente demanda, en tal virtud, se destaca:

1. Copia de los siguientes contratos de prestación de servicios celebrados entre el Icetex y la accionante[[10]](#footnote-10):

* Con el objeto de «[...] *Apoyar el proceso contable del proyecto “Accesos con Calidad a la Educación Superior en Colombia”, como auxiliar contable*», los siguientes:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Contrato No.** | **Desde** | **Hasta** | **plazo** |
| 37 | 14/05/2004 | 30/3/2005 | 6 meses (prórroga de 4 meses y 15 días) |
| 66 | 1/04/ 2005 | 1/4/2006 | 12 meses |
| 88 | 1/7/2006 | 1/5/ 2007 | 10 meses |
| 121 | 1/6/2007 | 1/03/2008 | 9 meses |

* Para «[...] *Apoyar el proceso contable del Proyecto Acces, la preparación de las solicitudes de desembolsos del proyecto de compromisos adicionales derivados del contrato de préstamo (donaciones de Gobiernos Extranjeros)*»:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Contrato No.** | **Desde** | **Hasta** |
| 51 | 1/4/2008 | 31/12/2008 |

* Con el propósito de «[...] *Acopiar toda la información de alianzas suscritas en el marco de proyecto ACCES, actualizar información de los beneficiarios en los sistemas de información de crédito y cobranza, entre otros* [...]», así:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Contrato No.** | **Desde** | **Hasta** | **plazo** |
| 16 | 2/1/2009 | 30/6/2009 | 6 meses |
| 79 | 1/07/2009 | 31/12/2009 | 6 meses |
| 45 | 14/1/2010 | 30/6/10 | «*hasta el 30 de junio de 2011*» |
| 456 | 30/6/2010 | 31/8/2010 | 2 meses |
| 578 | 3/9/2010 | 31/12/2010 | 4 meses |
| 38 | 4/1/2011 | 3/3/2011 | 2 meses |

1. Constancias de pago a seguridad social de la demandante con destino a «*Famisanar*» y «*Citicolfondos*» durante octubre de 2010, enero, julio y diciembre de 2009, y septiembre y noviembre de 2010[[11]](#footnote-11).
2. Petición de la actora de 23 de mayo de 2012 ante el presidente del Icetex para obtener (i) el reconocimiento del contrato realidad en aplicación «[...] *del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades* [...] *al haberse presentado todos los elementos de una relación laboral*», (ii) el pago de las prestaciones sociales que se le adeudan por el tiempo en que estuvo vinculada a través de órdenes de prestación de servicios, (iii) devolver «[...] *los aportes* [...] *de salud, pensión, ARP,* [...] *retención en la fuente* [...]»; y (iv) asumir «*la indemnización moratoria* [...] *por la no consignación del auxilio de cesantías* [de los años 2004 a 2010]»[[12]](#footnote-12).
3. Oficio 2012054455 de 4 de junio de 2012[[13]](#footnote-13), suscrito por el jefe de la oficina asesora jurídica del Icetex, que resuelve de manera negativa la petición descrita en la letra anterior, y le indica a la accionante que «[...] *no concurren los elementos constitutivos de una relación laboral, en la medida en que además de la ausencia de subordinación o dependencia,* [...] *prestó sus servicios profesionales en el marco de una orden de servicios en la que* [...] *taxativamente consignaron la ausencia de la vinculación laboral* [...]*, y no se pactó una remuneración ordinaria, sino un valor por concepto de honorarios profesionales*».
4. Escrito de la actora con la referencia: «*Adición Derecho de petición radicado el 23 de mayo de 2012*» de 2 de agosto de 2012, a través del cual solicita «[*…*] *además,* [*…*] *de la primacía de la realidad sobre las formalidades,* *el* *reintegro al cargo que ocupaba al momento del despido, o a otro de igual o superior categoría*»[[14]](#footnote-14). Lo cual fue despachado desfavorablemente con oficio 2012081746 de 27 de agosto de 2012[[15]](#footnote-15), en el que se argumentó que «[...] *no le asiste sustento fáctico ni jurídico a su pedimento de “reintegro al cargo que ocupaba al momento del despido”* [porque] *su relación con el ICETEX tuvo lugar únicamente en calidad de contratista de la Entidad pero nunca como funcionaria de la planta de personal*».
5. En audiencia de pruebas celebrada el 28 de agosto de 2014, se recaudaron las siguientes declaraciones que el *a quo* transcribió[[16]](#footnote-16) y de las cuales se destaca lo siguiente:

* De la parte actora:

- Diego Alfredo Rojas Bermúdez

PREGUNTA: Sírvase informar al Despacho que sabe, que conoce o que le consta sobre lo que le acabamos de informar? RESPUESTA: Pues yo sé que Karen trabajó en el ICETEX por el periodo que yo también trabajé allá, ella trabajaba para el proyecto ACCES y yo trabajaba en la División de Talento Humano. [*…*] PREGUNTA: [*…*] la señora Karen Andrea Mora Ruíz tenía que cumplir horario? RESPUESTA: Indudablemente porque yo me la encontraba por la mañana en el transporte público en el Transmilenio o muchas veces a la entrada de la oficina y en el ICETEX eran muy rigurosos con lo del horario especialmente con los funcionarios que como yo eran de planta pero entonces no es óbice para descartar que a ellos también porque no fue una sino muchas las ocasiones en la que me la encontraba a la entrada [*…*]. En este momento se le concede el uso de la palabra al apoderado sustituto de la parte demandante. [*…*] PREGUNTA: Cuéntenos si usted conoce porque no lo dijo con mucha precisión al hacerle la pregunta, cuál era el horario de ingreso de la demandante y cuál el de salida? RESPUESTA: Siempre se manejó el horario de 8 de la mañana a 5:45 de la tarde con una hora de almuerzo, pero como le digo me la encontraba en la entrada, es decir, cerca de las 8 de la mañana y me la encontraba a la salida 5:45 de la tarde. [*…*] PREGUNTA: En lo relacionado con la seguridad social cuéntele a esta Sala si la demandante pagaba ella misma sus aportes a seguridad social (salud y pensión) o si lo hacía el ICETEX. RESPUESTA: El ICETEX no lo hacía, porque si el ICETEX hubiere pagado por salud y pensión yo lo hubiere sabido porque yo hacía esa gestión con los funcionarios que estaban vinculados de forma legal y reglamentaria, supongo que ella los hacía directamente para poder pasar su cuenta de cobro. [*…*] PREGUNTA: Usted conoce o conoció dentro del lapso que estuvo laborando para el ICETEX en la División de Talento si a Karen se le entregaron recursos físicos inventariados como cualquier profesional de la planta provisional o de carrera? RESPUESTA: Que me conste por favor no me consta pero el edificio del ICETEX cuando estuvo en remodelación y quedó en el Hilton allá en la 32 yo mismo vi el espacio físico donde ella estaba ubicada.

[sic para toda la cita]

- Édgar Hernán Rodríguez Ariza

PREGUNTADO: Sírvase Informar al Despacho que sabe, que conoce o que le consta sobre lo que le acabamos de Informar? RESPUESTA: Yo entré al ICETEX al proyecto ACCES en noviembre de 2004 en ese momento conocí a Karen, ella también era también había sido contratada para el proyecto ACCES y estábamos en el mismo grupo de trabajo por eso la conocí. [*…*] PREGUNTA: Sírvase informarle al Despacho si le consta si la señora Karen Andrea Mora Ruíz tenía que cumplir horario de trabajo en el ICETEX? RESPUESTA: A nosotros se nos exigía estar en el ICETEX para el desarrollo de las funciones. PREGUNTA: Existía un horario para ello? RESPUESTA: Pues nosotros asumíamos el mismo horario que tiene el ICETEX, entrar a las 8 y salir en esa época 5 y 30 tal vez, pero era lo habitual de todos los que trabajamos en el proyecto ACCES ese mismo comportamiento de horario. [*…*] PREGUNTA: díganos a esta Sala concretamente qué actividades realizaba la demandante en el desarrollo de su horario de trabajo? RESPUESTA: Karen se desempeñaba en la parte contable, financiera, en la entrega de informes financieros del proyecto ACCES, todos los estados financieros. PREGUNTA: Preguntado díganos si la demandante tenía que rendir Informes permanentemente a su jefe inmediato o de qué manera presentaba cuenta de sus labores? RESPUESTA: Sí, permanentemente tenía que hacerlo por la obligatoriedad de los estados financieros y de los compromisos porque era un proyecto con banca mundial, [*…*] PREGUNTA: Díganos si la demandante a pesar de tener la calidad de contratista podía ausentarse de su sitio de trabajo cuando ella quisiera? RESPUESTA: Cuando quisiera no, tenía que tener el visto bueno o la autorización de José Vicente cada uno teníamos como un coordinador a quien a cargo del equipo de trabajadores, pues nadie podría ausentarse tenía que tener esa aprobación. [*…*] PREGUNTA: Díganos si los elementos que utilizaba la demandante para realizar su trabajo eran del ICETEX o los tenía que llevar la demandante. RESPUESTA: Todo era provisto por el ICETEX. [sic para toda la cita]

* Interrogatorio de parte (prueba solicitada por el demandado):

PREGUNTA: Karen Andrea manifiéstele, diga si o no al Despacho si la naturaleza de las ordenes de servicio de las obligaciones contenidas en las ordenes de servicios que suscribió con el ICETEX eran de consultoría y asesoría técnica al proyecto ACCES? RESPUESTA: Si. [*…*] PREGUNTA: Manifiéstele al Despacho si para la realización de las obligaciones contendidas en las órdenes de prestación de servicios suscritas con el ICETEX usted tenía acceso remoto al aplicativo del ICETEX desde su casa u oficina. RESPUESTA: No. [*…*] PREGUNTA: Dígale al Despacho si usted recibió llamados de atención alguno por parte de algún funcionario del ICETEX requiriendo cumplimiento de horario? RESPUESTA: SI. PREGUNTA: En ese caso manifieste las circunstancia en que se dio y quien se lo manifestó? RESPUESTA: Bueno, inicialmente el doctor José Vicente que era mi jefe inmediato cuando ingresé al ICETEX siempre estos llamados de atención eran verbales nunca se hicieron por escrito, posteriormente la doctora Edith Cecilia Urrego también en una reunión que nos hizo, nos enfocó que teníamos que cumplir el horario estipulado por el ICETEX para los funcionarios. [*…*] PREGUNTA: Manifiéstele al Despacho sí con ocasión de las órdenes de servicios celebradas con el ICETEX tenía usted que hacer entrega en fechas específicas de los análisis en virtud de los cuales se le contrató? RESPUESTA: Sí. PREGUNTA: Manifiéstele al Despacho si para la formulación de dichos análisis se requería su presencia en las instalaciones de la entidad? RESPUESTA: Claro que sí. PREGUNTA: Manifiéstele al Despacho si para que le realizaran los pagos de las ordenes suscritas con el ICETEX debía acreditar además del cumplimiento de sus obligaciones su cotización al sistema de seguridad social en calidad de independiente? RESPUESTA: Sí. [sic para toda la cita]

**3.6 Caso concreto.** De las pruebas relacionadas en el acápite anterior, se tiene que la actora prestó sus servicios en el Icetex, vinculada a través de contratos de prestación de servicios durante el lapso comprendido entre el 14 de mayo de 2004 y el 3 de marzo de 2011, con algunas interrupciones (del 2 de abril al 30 de junio de 2006 y del 2 al 31 de marzo de 2008), cuyo objeto en cada una de las vinculaciones siempre fue apoyar el proceso contable en el proyecto Acceso con Calidad a la Educación Superior en Colombia (ACCES).

Así las cosas, se encuentra claramente demostrado con la copia de los contratos de prestación de servicios, la existencia de dos de los elementos de la relación laboral, por un lado, **la prestación personal del servicio,** por cuanto efectivamente la demandante fue contratada por el accionado como auxiliar contable para«*apoyar* [*…*] *el Proyecto Accesos con Calidad a la Educación Superior en Colombia (ACCES)*»; y como funciones le correspondían, entre otras, «*acopiar toda la información de alianzas estratégicas, verificando que se haya recibido los recursos comprometidos por los aliados y conciliar con la contabilidad del ICETEX,* [*…*] *recolectar toda la información de créditos adjudicados y desembolsados realizados por el Icetex para los beneficiarios,* [y] *verificar que los montos desembolsados, gastos en administración y rendimientos financieros hayan sido debidamente registrados en presupuesto y contabilidad* [*…*]», lo que implica que fue quien prestó el servicio, y por otro, la **remuneración por el trabajo cumplido**, comoquiera que en dichos contratos de prestación de servicios se estipuló un «*VALOR DEL CONTRATO*» con cargo a los recursos presupuestales del instituto, es decir, la suma de dinero que tenía derecho a percibir y la modalidad del pago, lo que se entiende como la remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios o salario).

En lo concerniente a la **subordinación**, como último elemento de la relación laboral, resulta procedente examinar la naturaleza de las funciones desempeñadas por la actora en el ente estatal demandado y su verdadero alcance, con el fin de establecer si existió o no.

Lo primero que ha de precisarse es que el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior Mariano Ospina Pérez, creado por el Decreto 2586 de 1950[[17]](#footnote-17), fue transformado por la Ley 1002 de 2005[[18]](#footnote-18) en una entidad financiera de naturaleza especial con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, vinculada al Ministerio de Educación Nacional (artículo 1). Según el artículo 2.° de ese cuerpo normativo, el objeto del Icetex consiste en:

Objeto. **El Icetex tendrá por objeto** **el fomento social de la educación superior, priorizando la población de bajos recursos económicos y aquella con mérito académico en todos los estratos a través de mecanismos financieros que hagan posible el acceso y la permanencia de las personas a la educación superior**, la canalización y administración de recursos, becas y otros apoyos de carácter nacional e internacional, con recursos propios o de terceros. El Icetex cumplirá su objeto con criterios de cobertura, calidad y pertinencia educativa, en condiciones de equidad territorial. Igualmente otorgará subsidios para el acceso y permanencia en la educación superior de los estudiantes de estratos 1, 2 y 3 [destaca la Sala].

[…]

Según la Corte Constitucional[[19]](#footnote-19), de conformidad con dicha disposición, la labor de procurar el acceso progresivo de las personas a la educación superior ha sido encomendada al Icetex. Al respecto dijo:

Se advierte así, el papel que desempeña el ICETEX en el cumplimiento del deber que la Constitución impuso al Estado en el inciso final del artículo 69 constitucional, en el sentido de facilitar mecanismos financieros que hagan posible el acceso a la educación superior, de manera que, por esta vía, el Estado tiende progresivamente a la provisión de mecanismos para que los asociados puedan realizarse personal y profesionalmente.

[…]

En aras de desarrollar el objeto social del Icetex, la citada Ley 1002 de 2005 la autorizó para efectuar, entre otras operaciones, las previstas en la Ley 30 de 1992[[20]](#footnote-20) y el Decreto ley 3155 de 1968[[21]](#footnote-21), cuyo artículo 15 contempla:

Los Ministerios, Departamentos Administrativos, establecimientos públicos,  empresas  industriales  comerciales  del  estado,  y sociedades  de  economía mixta, contratarán con el Icetex el manejo de los  fondos  que  destinen a  la financiación de estudiantes y profesionales en el país  y en el exterior.

En cuanto a los mecanismos previstos por la Ley 30 de 1992, resulta oportuno recordar que en sus artículos 111 y 114 faculta al Icetex para administrar tanto los recursos fiscales de la Nación destinados a becas o créditos educativos universitarios en Colombia, como los que por cualquier concepto reciban los organismos estatales para tales fines.

De allí que el Icetex haya canalizado dineros mediante convenios con los que «[…] *se organiza el crédito educativo destinado a universitarios y profesionales, la capacitación no formal, o estudios en el exterior y, en su caso, la concesión de becas o de subsidios*», como explicó la sala de consulta y servicio civil de esta Corporación en concepto de 3 de abril de 1997[[22]](#footnote-22). Y, precisamente, el proyecto ACCES es un convenio que celebra el Icetex con las administraciones del orden territorial o nacional, para contar con mayores recursos económicos que permitan atender a más colombianos interesados en financiar su ingreso a la educación superior, a través del cual financian un porcentaje del valor de la matrícula.

Así, se tiene que el proyecto ACCES materializa las funciones asignadas al Icetex, que están orientadas a garantizar la accesibilidad en la educación superior a través de mecanismos financieros como los créditos educativos, las cuales están descritas en el artículo 5º del Acuerdo 13 de 2007[[23]](#footnote-23) y se destacan:

[…]

2. Conceder crédito en todas las líneas y modalidades aprobadas por la Junta Directiva, para la realización de estudios de educación superior dentro del país o en el exterior, para facilitar el acceso y la permanencia de los jóvenes en el sistema educativo, de conformidad con los reglamentos y disposiciones de crédito educativo aprobadas por la Junta Directiva.

[…]

9. Administrar y adjudicar los recursos que por cualquier concepto reciban las entidades del Estado, para ser utilizados como becas, subsidios o créditos educativos acorde con las políticas, planes y programas trazadas por el Gobierno Nacional;

29. Crear cupos para el otorgamiento de crédito educativo a favor de la población colombiana para que acceda, permanezca o culmine programas de educación en sus diferentes ciclos y fijar las tasas de interés que se cobrará a los usuarios del crédito.

De igual modo, se tiene que de conformidad con el numeral 1 del artículo 9º del Decreto 1050 de 2006[[24]](#footnote-24),  es función de la junta directiva del Icetex «*formular la política general y los planes, programas y proyectos para el cumplimiento del objeto legal del Icetex, de sus funciones y operaciones autorizadas y todas aquellas inherentes a su naturaleza jurídica, acorde con lo dispuesto por la Ley 1002 de 2005, y los lineamientos y política del gobierno nacional en materia de crédito educativo. En desarrollo de lo anterior, adoptará, entre otros, los reglamentos de crédito, el estatuto de servicios, los planes, programas y proyectos para: la administración del riesgo financiero, la financiación de crédito educativo, la administración, el saneamiento y la recuperación de cartera*».

Ahora bien,  las condiciones y características de los créditos que ofrece al Icetex se encuentran previstas en el Acuerdo 29 de 2007 emitido por su junta directiva, que en el artículo 1° define crédito educativo como «*el mecanismo financiero para el fomento social de la educación, el cual se otorga al estudiante con el objeto de financiar el acceso, la permanencia y la culminación de los programas de los diferentes ciclos de la educación superior y el ciclo complementario de las Escuelas Normales Superiores*».  Y su objetivo es «*contribuir la ampliación de la cobertura en la educación superior, propender e incentivar en el mejoramiento continuo de la calidad de los programas académico*»; este acuerdo, en los artículos 10 y 11, estableció las líneas y modalidades de crédito, entre las cuales se hallan las siguientes:

Modalidades de crédito pregrado:

a.     Crédito Acces – Largo Plazo. Destinado a financiar estudios de pregrado y el ciclo complementario de las escuelas normales superiores – ENS, a través del proyecto Acceso con Calidad a la Educación superior –ACCES.

b.     Crédito Ceres. Destinado a financiar estudios en los centro regionales de educación superior – CERES.

c.  Crédito pregrado largo plazo. Modalidad de financiación para estudios de pregrado en el cual el pago de las cuotas de amortización de la obligación al ICETEX se realiza mediante el tipo de amortización de largo plazo.

Posteriormente, la junta directiva del Icetex, mediante Acuerdo 35 de 2015 modificó, el reglamento de crédito y en lo referido al proyecto ACCES determinó tres modalidades, a saber, largo plazo sin pago de matricula, largo plazo con pago del 10% y largo plazo con pago del 25%.

Visto lo anterior, colige la Sala que el proyectoAcceso con Calidad a la Educación Superior en Colombia (ACCES)comporta una función permanente del Icetex, con soporte normativo; asimismo, se evidencia que la demandante ejerció sus labores como contadora en el mencionado proyecto, pues recibía las solicitudes de desembolso de préstamos provenientes de gobiernos extranjeros[[25]](#footnote-25) y actualizaba la información de los beneficiarios de los créditos[[26]](#footnote-26).

Lo señalado también encuentra sustento en las declaraciones rendidas por los excompañeros de labores de la actora, señores Diego Alfredo Rojas Bermúdez y Édgar Hernán Rodríguez Ariza, quienes coincidieron en afirmar que la actora (i) laboraba en la parte contable del proyecto ACCES; (ii) debía cumplir el horario laboral del Icetex, esto es, de 8 de la mañana a 5 y 45 de la tarde, so pena de llamados de atención; (iii) obedecía al coordinador del mencionado proyecto, quien le impartía órdenes verbales y escritas; (iv) no podía ausentarse de su puesto de trabajo sin previa autorización; y (iv) tenía asignado un sitio de trabajo y los elementos para desempeñar su labor le eran suministrados por el accionado. De igual modo cabe destacar que lo descrito por los deponentes concuerda con las manifestaciones de la actora en el interrogatorio de parte que le realizó el *a quo.*

Entonces, los referidos testimonios merecen credibilidad, por cuanto relatan la manera como la demandante ejecutó los servicios para los cuales fue contratada, y en conjunto con los contratos obrantes en el expediente, permiten evidenciar la concurrencia de los tres elementos propios de una relación de trabajo (subordinación, prestación personal y remuneración); pero, sobre todo, que prestó la labor en forma subordinada o dependiente respecto del empleador, sujeta a órdenes del coordinador del proyecto ACCES.

Por lo tanto, valoradas las pruebas en su conjunto, se colige que si bien la reclamante se vinculó al Icetex a través de sucesivos contratos de prestación de servicios u otras modalidades de similar tenor, se desdibujaron las características propias de este tipo de vínculos, circunstancia que originó una relación laboral distinguida por la permanencia y continuidad en su ejecución y la correspondiente subordinación.

La jurisprudencia de esta sección ha sostenido que cuando el objeto del contrato versa sobre el desempeño de funciones de carácter permanente y en el proceso se demuestra que hubo subordinación o dependencia respecto del empleador, surge el derecho al pago de prestaciones, porque de lo contario se afectan los derechos del trabajador.

Cabe anotar que pese a que se encuentran probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), destaca la Sala que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior[[27]](#footnote-27) y por la misma razón no es dable acceder al reintegro deprecado.

Por otro lado, en lo que atañe al fenómeno jurídico-procesal de la prescripción de los derechos laborales reclamados, se advierte que en sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016[[28]](#footnote-28), la sección segunda de esta Corporación precisó:

[R]especto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de *in dubio pro operario*, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho […].

Con base en la citada jurisprudencia, se tiene que en atención a que la accionante laboró para el Icetex, por medio de contratos de prestación de servicios del 14 de mayo de 2004 al 3 de marzo de 2011, con algunas interrupciones[[29]](#footnote-29), y dada la fecha en que formuló la respectiva solicitud (23 de mayo de 2012), las prestaciones sociales a las que tiene derecho son las derivadas de los siguientes contratos, pues respecto de los anteriores se encuentran prescritas[[30]](#footnote-30):

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Contrato No.** | **Desde** | **Hasta** |
| 51 | 1/4/2008 | 31/12/2008 |
| 16 | 2/1/2009 | 30/6/2009 |
| 79 | 1/7/2009 | 31/12/2009 |
| 45 | 14/1/2010 | 30/6/10 |
| 456 | 30/6/2010 | 31/8/2010 |
| 578 | 3/9/2010 | 31/12/2010 |
| 38 | 4/1/2011 | 3/3/2011 |

Lo anotado comoquiera que no es dable conceder los emolumentos prestacionales derivados de los contratos con anterioridad al 23 de mayo de 2008, porque fueron pedidos por fuera de los tres años señalados como el término para su prescripción extintiva, por lo que resulta ajustada a derecho la determinación del *a quo*, consistente en que ha operado el referido fenómeno; cabe destacar que se debe tener en consideración para su contabilización, no la finalización del último contrato, sino la de cada uno, en razón a que la ocurrencia de los tres elementos de la relación laboral se estudia respecto de la ejecución de cada contrato bilateral.

Pese a lo expuesto, dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, tal como se explicó en la precitada sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016 y lo ordenó el *a quo*, el accionado deberá tomar (durante el tiempo comprendido del 14 de mayo de 2004 al 3 de marzo de 2011, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (el salario legalmente sufragado a quienes desempeñaban el empleo de profesional especializado con igual o similares funciones o los honorarios pactados, si estos son superiores a aquel), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema en vigencia de sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, durante la ejecución de los mencionados contratos.

Asimismo, resulta oportuno declarar en este fallo que el tiempo trabajado por la reclamante bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios durante el período comprendido entre el 14 de mayo de 2004 y el 3 de marzo de 2011, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

En relación con la pretensión de reintegro de las sumas descontadas por concepto de retención en la fuente, no es dable acceder a ella, ya que esta Corporación[[31]](#footnote-31) ha sostenido que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es el mecanismo idóneo para ventilar tal súplica, dado que esa figura reviste un cobro anticipado de un impuesto, esto es, un concepto tributario, que desborda el objeto de la controversia laboral del epígrafe. Además, la desnaturalización de la vinculación de la actora a través de contratos de prestación de servicios, no implica el reintegro de dineros que se hayan erogado para su celebración[[32]](#footnote-32).

Con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia apelada, que accedió de manera parcial a las súplicas de la demanda, y se adicionará en el sentido de declarar que el tiempo trabajado por la actora bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios durante el período comprendido entre el 14 de mayo de 2004 y el 3 de marzo de 2011, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

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:**

1.° Declárase fundado el impedimento que le asiste a la consejera de Estado Sandra Lisset Ibarra Vélez, de conformidad con lo expuesto en la motiva.

2.° Confírmase la sentencia proferida el 21 de enero de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección A de la sección segunda), que accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda incoada por la señora Karen Andrea Mora Ruiz contra el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior «*Mariano Ospina Pérez*» (Icetex), en atención a las consideraciones de esta providencia.

3.° Adiciónase el fallo de primera instancia, en el sentido de declarar que el tiempo trabajado por la actora bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios durante el período comprendido entre el 14 de mayo de 2004 y el 3 de marzo de 2011, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

4.° Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

Impedida

|  |  |
| --- | --- |
| SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ | CÉSAR PALOMINO CORTÉS |

1. Sea oportuno aclarar que esa fecha fue la referida en la demanda, no obstante, la última vinculación fue hasta el 3 de marzo de 2011 (f. 72 c. 3). [↑](#footnote-ref-1)
2. F. 263 c. ppal. [↑](#footnote-ref-2)
3. Admisorio de la demanda (ff. 75 a 77 c. ppal.) y por el cual fija fecha de audiencia inicial (ff. 96 y 97 c. ppal.), respectivamente. [↑](#footnote-ref-3)
4. Audiencias inicial y de pruebas, en su orden (ff. 103 a 107 y 195 y 196 c. ppal.). [↑](#footnote-ref-4)
5. El Código de Procedimiento Civil fue derogado por la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), que para la jurisdicción contencioso administrativa comenzó a regir en enero de 2014. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional, sentencia de 19 de marzo de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-6)
7. Modificado por el Decreto 3074 del mismo año. [↑](#footnote-ref-7)
8. 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). [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ff. 3 a 72 c. 3. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ff. 32, 58, 65, 83, 100, 101 c. 2. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ff. 3 y 4 c. ppal. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ff. 6 y 9 c. ppal. [↑](#footnote-ref-13)
14. F. 10 c. ppal. [↑](#footnote-ref-14)
15. Ff. 11 a 13 c. ppal. [↑](#footnote-ref-15)
16. Ff. 197 a 102 c. ppal. [↑](#footnote-ref-16)
17. «*Por el cual se crea el Instituto Colombiano de Especialización Técnica en el Exterior*». [↑](#footnote-ref-17)
18. «*Por la cual se transforma el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Mariano Ospina Pérez, Icetex, en una entidad financiera de naturaleza especial y se dictan otras disposiciones*». [↑](#footnote-ref-18)
19. Sentencia T-1044 de 14 de diciembre de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-19)
20. «*Por la cual se organiza el servicio público de la educación superior*». [↑](#footnote-ref-20)
21. «*Por el cual se reorganiza el Instituto Colombiano de Especialización Técnica en el Exterior*». [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil, concepto de 3 de abril de 1997, exp.: 962, C. P. Javier Henao Hidrón. [↑](#footnote-ref-22)
23. «*Por el cual se adoptan los Estatutos del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior Mariano Ospina Pérez, Icetex*». [↑](#footnote-ref-23)
24. «*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1002 del 30 de diciembre de 2005*». [↑](#footnote-ref-24)
25. Fl. 74 c. 3 [↑](#footnote-ref-25)
26. Fl. 38 c. 3 [↑](#footnote-ref-26)
27. «*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.*

    *Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.*

    *Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.*

    *Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público* […]». [↑](#footnote-ref-27)
28. Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter. [↑](#footnote-ref-28)
29. Períodos comprendidos entre la finalización del contrato 66 (1.° de abril de 2006) y el inicio del 88 (1.º de julio de la misma anualidad), y desde la culminación del 121 (1.º de marzo de 2008) hasta el comienzo del 51 (1.º de abril de 2008). [↑](#footnote-ref-29)
30. En lo concerniente al término prescriptivo, su fundamento normativo está consagrado en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de 3 años contados a partir del momento en que el derecho se hace exigible y que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador. [↑](#footnote-ref-30)
31. Sentencia de 13 de junio de 2013, expediente: 05001-23-31-000-2003-03741-01 (42-13), C.P. Luis Rafael Vergara Quintero. [↑](#footnote-ref-31)
32. Expediente: 68001-23-31-000-2009-00636-01 (1230-14), C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. [↑](#footnote-ref-32)