

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Marco normativo – Características - Elementos

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 más recientemente 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 sentencia C-154-97 la Corte Constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita, determinó, entre otros, las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, concluyendo: «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».

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.

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Limitaciones al uso

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 previstos 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 pasa a verse: 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».

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SUBSECCION "B"

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil trece (2013).

Radicación número: 18001-23-31-000-2001-00087-01(1622-12)

Actor: MARIA AGUEDA CUBILLOS DE RUEDA

Demandado: MUNICIPIO DE BELEN DE LOS ANDAQUIES - CAQUETA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 10 de noviembre de 2011, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Caquetá, que accedió a las pretensiones de la demanda instaurada por María Águeda Cubillos de Rueda contra el municipio de Belén de Los Andaquíes, Caquetá.

ANTECEDENTES

La demanda. La señora Maria Águeda Cubillos de Rueda, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C. C. A., solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 222 de 29 de diciembre de 2000, por medio de la cual se negó la reclamación referida al reconocimiento y cancelación de los emolumentos prestacionales, debidos por su vinculación laboral con el municipio de Belén de Los Andaquíes, Caquetá, como Enfermera Auxiliar del Hospital San Roque de dicho lugar, originada en contratos sucesivos de prestación de servicios celebrados entre la demandante y la entidad demandada, por el periodo comprendido de 1 de marzo de 1994 al 30 de octubre de 2000.

Como consecuencia de lo anterior solicitó que se declare que existió una relación laboral de carácter legal y reglamentaria entre la entidad territorial demandada y la

señora María Águeda Cubillos de Rueda, por el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de octubre de 2000, lapso en el que se desempeñó como auxiliar de enfermería al servicio del Hospital San Roque del municipio.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene al municipio demandado, el reconocimiento y pago de los emolumentos prestacionales derivados de esa relación laboral reclamados a favor de la demandante conforme a la liquidación realizada en la demandada.

De igual forma, pidió la accionante que las anteriores sumas sean actualizadas desde que su pago se hizo exigible hasta la fecha de la sentencia, de acuerdo con la variación del índice de precios al consumidor - I.P.C.- que certifique el DANE.

Finalmente, solicitó la demandante que se condene al municipio de Belén de Los Andaquíes, Caquetá, a pagar a su favor , la indemnización moratoria de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 y que se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A..

Como fundamentos fácticos de las pretensiones, se adujo por la demandante los que la Sala resume así:

La demandante se vinculó al municipio demandado para desempeñar el cargo de auxiliar de enfermería en el Hospital San Roque de esa municipalidad mediante contrato de prestación de servicios, los cuales se suscribieron de forma sucesiva del 1 de marzo de 1994 al 20 de octubre de 2000.

Afirmó la señora Cubillos de Rueda que durante su vinculación sólo percibió como asignación los honorarios fijados en los contratos suscritos, sin que se le pagará ninguna prestación social, como cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, primas de navidad, vacaciones, dotaciones de labor y subsidio de alimentación.

Manifestó que las labores que desarrollaba en el hospital, las realizaba cumpliendo horarios de trabajo por turnos, bajo continua subordinación y dependencia, acatando las órdenes del Director del Hospital.

Adujó la actora, que por mandato de la Ley 10 de 1990, el municipio de Belén de Los Andaquíes, Caquetá, como entidad territorial responsable por la atención del sistema de seguridad social en salud en primer nivel, apoyaba al Hospital San Roque de ese municipio con personal vinculado por contrato de prestación de servicios.

Expuso que presentó reclamación directa ante el municipio de Belén de Los Andaquíes, Caquetá, para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, petición que fue negada a través de la Resolución No. 222 de 29 de diciembre de 2000 expedida por ese municipio.

Normas violadas y concepto de violación. En la demanda se enlistan como vulnerados los artículos: 1º, 2º, 25, 29, 53, 122, 123, 125, 150 numeral 19, 189 y 210 de la Constitución Política; la Ley 72 de 1931, la Ley 6 de 1945; la Ley 65 de 1946; la Ley 72 de 1947, la Ley 48 de 1962, la Ley 5 de 1969, la Ley 4 de 1976; la Ley 21 de 1982, la Ley 33 de 1985, la Ley 3 de 1986, Ley 4 de 1990 y la Ley 100 de 1993; el artículo 8º del Decreto 1250 de 1970; los artículos 5 y 71 del Decreto 1660 de 1978; artículos 26 inc. 2º, 40, 46, y 61 del Decreto 2400 de 1968; artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242 del Decreto 1950 de 1973, el Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 3148 de 1968. .

El demandante realizó una exposición del contrato estatal a la luz de la Constitución Política, transcribió apartes de la sentencia C-1534 de 1997, resaltó la relevancia que tiene para su caso la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre la forma en las relaciones de trabajo.

Sustentó los cargos anteriores afirmando que siendo el cargo desempeñado, un cargo de planta del Hospital, su vinculación debió efectuarse directamente y no a través de contratos de prestación de servicios. Adicionalmente afirma que en su vinculación están reunidos la totalidad de los elementos que conforman la relación

laboral y por ende debe declararse su existencia y disponerse el consecuente pago de las acreencias laborales a que tiene derecho.

Contestación a la demanda. A folios 60 y 61 el municipio de Belén de Los Andaquíes, Caquetá, a través de su apoderado judicial, contestó la demanda afirmando que se reconocerá y pagará lo que resulte probado en el proceso.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Caquetá el 20 de noviembre de 2011, accedió a las pretensiones de la demanda (fls. 123 a 143).

El A quo anotó que en relación con la prestación de salud, ha sido abundante la jurisprudencia que ha afirmado que en el caso de quienes prestan estos servicios, es válida la suscripción de ordenes de prestación de servicios, en tanto estos servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que prescribe la posibilidad de celebrar esta clase de contratos con personas naturales cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la entidad respectiva o cuando para tal efecto, se requiere un conocimiento especializado. Ello se debe a que en consideración a este último aspecto, se excluye la posibilidad de que se realice en condiciones de subordinación y por ende la existencia de derechos laborales originados en los servicios prestados.

Señaló que si bien es cierto que de conformidad con la Ley 10 de 1990 “ Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”, resulta válida la celebración de contratos de prestación de servicios con las personas naturales para atender las necesidades del servicio público de salud de las entidades territoriales, no se descarta la eventualidad que en ciertos casos se configure una verdadera relación laboral con el Estado al extralimitar el contenido real y la naturaleza de un contrato de prestación de servicios.

El Tribunal Administrativo de Caquetá al verificar si en el presente caso se configuraban los elementos de la relación laboral, anotó que las pruebas recaudadas dan cuenta que la demandante celebró sucesivos contratos de prestación de servicios con el municipio de Belén de Los Andaquíes, Caquetá, para prestar sus servicios como auxiliar de enfermería en el Hospital de San Roque de ese municipio, en el horario denominado “cuadro de rotación de turnos”, cumpliendo las funciones en iguales condiciones que el personal de planta, bajo las ordenes de sus inmediatos superiores; siendo calificada periódicamente por su desempeño como si fuera una empleada de carrera, percibiendo la remuneración establecida en los respectivos contratos.

Por lo anterior, el Tribunal declaró la nulidad de la Resolución acusada, y a título de restablecimiento del derecho ordenó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, con base en el valor de los contratos pactados entre el municipio de Belén de Los Andaquíes, Caquetá, y la demandante, en el período comprendido entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de octubre de 2000, debidamente indexadas sin que opere el fenómeno de la prescripción de las pretensiones causadas con ocasión del contrato realidad .

EL RECURSO DE APELACIÓN

En escrito anexo a folios 146 a 150, la entidad demandada aduce que la sentencia debe ser revocada porque la entidad demandada manifiesta que no comparte el fallo proferido, por cuanto insiste no se configuró una relación laboral entre la demandante y la entidad.

Manifiesta que los contratos de prestación de servicios se suscribieron por necesidad del servicio y que es posible estipular en ellos a quien corresponde la supervisión del mismo, con el fin de constatar la observancia de las obligaciones contraídas por las partes intervinientes y ello no conlleva una necesaria y obligatoria subordinación o dependencia del contratista al supervisor o interventor, máxime si son contratos de tracto sucesivo en los que permanentemente se debe inspeccionar la labor realizada por el contratista.

Plantea que tratándose del sector salud, deben atenerse las E.S.E. territoriales a las normas especiales, tales como el Decreto 1335 de 1990, por el cual se reglamentó el manual de funciones y requisitos del subsector de salud.

Insistió el recurrente en que los contratos se aportaron por la parte demandante, en copia simple y por ende no podían ser tenidos en cuenta para demostrar el tenor literal de los mismos, las funciones allí consignadas y lo que percibía por el servicio prestado, reiterándose que no se configuraron los elementos de un vínculo laboral entre el municipio y la demandante.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico. Conforme a los argumentos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, debe la Sala precisar si entre la señora María Águeda Cubillos de Rueda y la entidad demandada existió una relación laboral que de lugar al reconocimiento y pago de acreencias laborales en el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 1994 al 30 de octubre de 2000.

Marco normativo y jurisprudencial del contrato realidad. Sea lo primero advertir, que la Sala 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 triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales 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 a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

Así las cosas, se reitera lo expuesto por la Sala en sentencia del 16 de julio de 2009, C.P. Gerardo Arenas Monsalve (1258-07), en relación con los elementos y

características propias del contrato de prestación de servicios y su distinción con las relaciones de carácter laboral:

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, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: 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, ya sea 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.

Respecto a la carga probatoria que tiene quien pretenda obtener a su favor los beneficios del contrato de trabajo, vale la pena, destacar las orientaciones señaladas por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 1º de junio de 2004, con radicación 21554:

“Es verdad que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la presunción de que toda relación de trabajo personal se entiende regida por un contrato de trabajo, frente a la cual la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido del criterio de que quien la alegue en su favor tiene que

demostrar la prestación personal del servicio para entenderse cobijada por ella, mientras que al beneficiario de dicha prestación es a quien le corresponde desvirtuar que en la misma no existe el elemento de la subordinación (subrayas de la Sala).

Del contrato de prestación de servicios

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 más recientemente 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 sentencia C-154-97¹ la Corte Constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita, determinó, entre otros, las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, concluyendo:

“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

¹ Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

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 nuestro).

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 quien 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.

Limitaciones legales a la utilización del contrato de prestación de servicios.

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 previstos 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 pasa a verse:

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).

Solución judicial a la utilización fraudulenta del contrato de prestación de servicios.

La jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de esta Corporación han acudido a principios constitucionales en la solución de controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

En la práctica, cuando el Legislador utilizó la expresión *"En ningún caso... generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales"* no consagró una presunción *de iure* o de derecho, que no admite prueba en contrario, puesto que el afectado, como ya se vio, podrá demandar por la vía judicial competente el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y, por consiguiente, el pago de las prestaciones sociales a que haya lugar.

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 normativo y garantizador 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 lo cual agota su cometido al desentrañar y 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.²

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 2003³, 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 fehacientemente, en la tarea de desentrañar 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 el actor 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

² *Ibídem.*

³ Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, M.P.: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco.

cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la *permanencia*, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la *equidad o similitud*, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia,⁴ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

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, se insiste en este punto que **por el hecho de haber estado 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 el siguiente:

De otra parte, esta Sala destaca que al tenerse elementos de juicio para que se declare una relación laboral, entre quien presto el servicio y la entidad en que se ejecutó el mismo, se debe reconocer el derecho a obtener las prerrogativas de orden prestacional⁵. Sobre el punto es dable destacar lo reiterado en diversos pronunciamientos de esta Sección, referente al **reconocimiento a título de**

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación No. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

⁵ Sentencia de 15 de Junio de 2006, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", radicación No. 2603-05, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, en esta ocasión se expuso que: "cuando existe contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional".
(...)

"En consecuencia, se reconocerá una indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir, para cuya liquidación se tomará como base el valor del respectivo contrato u orden de prestación de servicios".

indemnización reparatoria de las prestaciones sociales dejadas de percibir,
en los siguientes términos:

“El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas...

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia”.⁶

Ahora bien, en este punto con el fin de determinar cuáles son **las prestaciones sociales** que se deberán reconocer a título de reparación del daño integral al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.

En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral.

Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas, las cesantías; y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sent. del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.

Así, que en caso de que existe un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.

Teniendo claro lo anterior, se advierte que la Sección Segunda de esta Corporación ha sostenido que no existe problema para condenar y liquidar las prestaciones ordinarias, pero que no sucede lo mismo con las prestaciones que se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social en los siguientes términos:

“En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, la Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización”.

Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la reparación del daño no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista.

Del empleo público y del funcionario de hecho. Del Empleo Público. Tal como se señaló por esta Sala en la sentencia de 5 de agosto de 2010⁷ la regulación del empleo está inspirada, actualmente, por los principios contenidos en las siguientes disposiciones de la Constitución Política de 1991:

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

“Artículo 123. (...) Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.”.

De ellas se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- (i) No hay empleo público sin funciones;
- (ii) Todo empleo público debe estar contemplado en la respectiva planta de personal;
- (iii) Sus emolumentos deben estar previstos en el presupuesto correspondiente⁸;
- (iv) La titularidad para ejercer el empleo se adquirirá sólo a partir de la posesión del mismo.

De la consagración del empleo como una de las instituciones sin las cuales no se materializa un Estado participativo, eficiente y democrático surge la necesidad de la existencia de otros elementos para su estructuración y determinación, como aquellos que hacen relación a la clasificación⁹ y nomenclatura¹⁰, y a la fijación de las calidades que deben ser acreditarse por los interesados para su desempeño.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia de 5 de agosto de 2010, Exp. 50001233100020054052601, No. Interno. 2079-2009.

⁸ Característica concordante con lo dispuesto en los numerales 14 del artículo 189, 7 del artículo 305, y 7 del artículo 315 de la Constitución Política.

⁹ En sentencia C-1174 de 2005, M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño se hizo referencia a la clasificación del empleo público en los siguientes términos: *“La clasificación hace alusión a la forma de organización de los empleos públicos en diferentes grupos. Dicha clasificación tiene su origen en la Constitución o en la ley. Con fundamento en la Carta, cuya clasificación atiende a la naturaleza del cargo, los empleos son de carrera -la regla general-, de elección popular, de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

Una manera de clasificación tradicional que contempla la ley es por niveles jerárquicos que tiene en cuenta la naturaleza de las funciones asignadas, los requisitos exigidos para el empleo y el grado de responsabilidad. Con base en la clasificación se adoptan otras medidas como la determinación del régimen salarial, el sistema de selección y el régimen de competencia y responsabilidades de los servidores públicos.”

¹⁰ En la misma sentencia, la Corte Constitucional se refirió a la nomenclatura en los siguientes términos: *“La nomenclatura se refiere a los vocablos (denominación) y/o dígitos (código numérico) que se le asignan a un empleo para identificarlo e individualizarlo de los demás.”.*

El Decreto 2503 de 1998¹¹ define el empleo de la siguiente manera:

“ARTICULO 2o. DE LA NOCION DE EMPLEO. Se entiende por empleo el conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar 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.

Las funciones y los requisitos específicos para su ejercicio serán fijados por las respectivas entidades, con sujeción a los generales que establezca el Gobierno Nacional de acuerdo con los parámetros señalados en el artículo 5º de este decreto, salvo para aquellos empleos cuyas funciones y requisitos estén señalados en la Constitución Política o en leyes especiales”.

Así mismo, la Ley 909 de septiembre 23 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, en materia de empleo público dispuso:

“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

¹¹ Por el cual se establece la naturaleza general de las funciones y los requisitos generales para los diferentes empleos públicos de las entidades del Orden Nacional a las cuales se aplica la Ley 443 de 1998 y se dictan otras disposiciones, publicado en el Diario Oficial No. 43.449 del 11 de diciembre de 1998.

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” (...)”

En este punto se debe destacar que se permiten por el ordenamiento jurídico tres clases de vinculaciones con entidades públicas, a saber: i) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); ii) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y iii) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).

Del funcionario de hecho. Según la doctrina se denomina habitualmente funcionario de hecho a la persona que, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario¹².

Estas situaciones, pueden originarse de muy distintas maneras, pero cabe distinguir dos series de casos:

a) En los períodos de normalidad institucional pueden surgir funcionarios de hecho. Se da esta situación cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública pero por causas anteriores o supervivientes resulta inválido o deja de surtir efectos. Esto ocurre en hipótesis muy variadas: designación de una persona que no reunía las condiciones legales exigidas, por lo cual más tarde es revocada; funcionario que posteriormente a su designación se inhabilita para el ejercicio del cargo y que, no obstante, continúa ejerciéndolo, o que permanece en funciones luego de vencido el término de su mandato, etc.

b) En épocas de anormalidad institucional, producida por guerras, revoluciones, grandes calamidades, etc., el panorama es distinto.

¹²SAYAGUES LASO. Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Cuarta Edición, Montevideo 1974, páginas 300 a 302.*

En tales casos es frecuente que asuman el ejercicio de funciones públicas quienes no tienen título legal alguno. A veces son personas de buena voluntad que, frente a la desaparición de las autoridades constituidas, toman a su cargo ciertas funciones públicas.

Entonces los **requisitos esenciales** para que se configure el funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional son, **que existan de jure el cargo y la función ejercidas irregularmente y que el cargo se ejerza en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente**¹³.

Esta tesis doctrinal ha sido acogida de tiempo atrás por el Consejo de Estado. La Sección Segunda, Subsección "A" en sentencia del 8 de marzo de 2001, sostuvo¹⁴:

“Para la Sala es indudable que el nombramiento del actor, como Auditor del Grupo de Auditoría Interna, por ser de nivel profesional, conforme a los Estatutos del ente demandado (f.11), requería de la previa aprobación por la Junta Directiva, lo cual no ocurrió, según se deduce del respectivo acto (f.3) y frente a la inexistencia de ella en el expediente, como lo alegó el Hospital en la contestación de la demanda.

Según la jurisprudencia de la Corporación (ver sentencia 16 agosto/63, Anales 2º semestre 1963, tomo 67, pag. 57), el funcionario de hecho “es aquel que desempeña un cargo en virtud de una investidura irregular.”; como es el caso del actor, que ingresó al servicio sin que la Junta Directiva hubiera aprobado su nombramiento (f.3).

Ahora bien, como es requisito para que esta jurisdicción ordene el reintegro de un funcionario, que el nombramiento que recobraría vigencia por la nulidad del acto que lo declaró insubsistente, se acomode a derecho, y ya se vio que el del demandante no lo está, es evidente que la Sala, aun partiendo de la nulidad del acto de remoción acusado, por la misma razón

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla, sentencia de 15 de marzo de 2007, Exp. No: 25000-23-25-000-1996-41885-01(6267-05)

¹⁴Expediente No. 08001-23-31-000-1995-9370-01 (417-00). Actor. Edmundo Drago M. Magistrado Ponente. Nicolás Pájaro Peñaranda.

de faltarle la previa aprobación de la Junta Directiva, no podría ordenar su reintegro y la consecuente orden del pago de los haberes dejados de percibir, porque ello implicaría revivir una situación jurídica contraria a derecho.

Por consiguiente, sin necesidad de mas argumentaciones, la Sala revocará la sentencia apelada y, en su lugar denegará las pretensiones de la demanda”.

En conclusión, los requisitos esenciales para la configuración del funcionario de hecho son que existan de jure el cargo y la función ejercidas irregularmente y que el cargo ha de haberse ejercido en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado un empleado vinculado en debida forma. Además, para que una persona natural desempeñe un empleo 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, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones propias de dicho empleo.

Posteriormente, la Sección Segunda Subsección B en sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, con ponencia del doctor Tarcisio Cáceres Toro, se 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. Ahora, muy excepcionalmente se da el caso de los **FUNCIONARIOS DE HECHO**, donde estos requisitos para el ingreso al empleo no se cumplen satisfactoriamente y cuyas repercusiones en diferentes campos del derecho han sido analizadas; para esta figura es indispensable la **EXISTENCIA DEL EMPLEO**, lo cual implica que esté previsto en la respectiva **PLANTA DE PERSONAL**” (negrilla y subrayados originales del texto).*

Así es dable concluir, que no por el hecho de haber laborado para el Estado se adquiere la calidad de empleado público, dada las condiciones especiales que se predicán de dicha vinculación establecidas en la Constitución y la Ley.

Hechos probados y relevantes. Con la prueba documental recaudada dentro del trámite procesal, se lograron demostrar los siguientes supuestos relevantes, para desatar los planteamientos del problema jurídico propuesto:

La señora Cubillos de Rueda estuvo vinculada por más de 6 años a la Entidad demandada, mediante contrato de prestación de servicios, ejerciendo las funciones del cargo de Auxiliar de Enfermería de forma sucesiva. Este hecho lo reconoce la entidad demandada en el escrito de contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión presentados en primera instancia.

De igual manera, se allegaron al expediente en copia autentica los contratos Nos. 003 de 1 de marzo de 1994 (fls. 73 a 74 del cuaderno de pruebas); 003 de enero 6 de 1995 (fls. 63 a 65 del cuaderno de pruebas); 002 de 15 de enero de 1996 (fls. 66 a 68 del cuaderno de pruebas); 001 de 2 de enero de 1997 (fls. 56 a 59 del cuaderno de pruebas) y 001 de enero de 1998 (fls. 50 a 53 del cuaderno de pruebas).

Se aproximaron como anexos de la demanda, copia simple de los contratos de prestación de servicios: sin número de 29 de septiembre de 2000; números 001 de 1 de enero de 1999; 023 de 1 de mayo de 1999; 034 de 1 de agosto de 1999; 041 de 1 de septiembre de 1999; 050 de 7 de julio de 2000 y 055 de 1 de septiembre de 2000.

Debe anotarse respecto de los contratos aportados en copia simple, como lo afirmó el Tribunal en la sentencia apelada y ahora lo manifiesta el recurrente, que estos documentos no reúnen las exigencias de la ley para tenerlos como prueba, sin embargo dentro del plenario obran otras pruebas documentales como las certificaciones expedidas por la entidad territorial en las que se hace constar que

la demandante estuvo vinculada en forma consecutiva desde el 1 de marzo de 1994 y 30 de octubre de 2000 y pruebas testimoniales, las cuales podrán ser tenidos en cuenta para demostrar lo que se pretendía corroborar con las copias simples atrás referidas.

En este orden de ideas y analizado en conjunto el material probatorio allegado, se infiere que entre la demandante y la entidad territorial se suscribieron las órdenes de prestación de servicios en las que se consagran los términos y condiciones para ejercer el cargo, indicándose que se obligaba la contratista, esto es la señora Cubillos de Rueda, a desempeñar funciones de Auxiliar de Enfermería.

En punto de las funciones se estipuló en los contratos que se obligaba la contratista a seguir el plan de acción de enfermería de la Institución.

Consecuente con lo anterior, la prestación personal del servicio a favor del Hospital San Roque del municipio de Belén de Los Andaquies, se dio en virtud de los contratos de prestación de servicios de salud antes referidos, los cuales firmó de forma directa con el Alcalde municipal.

Es importante destacar que la entidad demandada no desconoce la existencia de los contratos de prestación de servicios suscritos entre ella y la demandante de forma sucesiva, pues así lo afirmó en los certificados expedidos en cumplimiento de la orden dada por el Juez conductor del proceso, en el auto 9 de octubre de 2003, visibles a folio 39 a 43 del cuaderno de pruebas.

La entidad demandada también señaló que los contratos no constituye vínculo laboral entre el municipio y la contratista, ni genera emolumentos distintos del previsto en el contrato; tal y como quedo consignado en el texto literal de las clausulas contractuales.

No obstante la afirmación anterior, las labores realizadas por la señora Cubillos de Rueda se desarrollaron bajo la supervisión y en el horario establecido por sus superiores inmediatos, el Médico Director y la Jefe de Enfermeras del Hospital San Roque, así lo informan las declaraciones de los testigos, según consta en las actas obrantes a folios 17 a 20 del cuaderno de pruebas, de las cuales se infiere:

(i) La prestación del servicio como Auxiliar de Enfermería en el Hospital San Roque, (ii) la existencia de superiores jerárquicos para el cumplimiento de las funciones, (iii) el respeto de un horario establecido, (iv), el cumplimiento de las mismas funciones que los empleados de planta.

De la petición en sede gubernativa y su respuesta.

La actora el 27 de noviembre de 2000, en ejercicio del derecho de petición elevó la solicitud ante el municipio demandado, con el fin de que se reconociera la relación laboral que existió entre ella y la entidad territorial (fls. 54 a 56 del cuaderno de pruebas).

El 29 de diciembre de 2000, mediante la Resolución No. 222 proferida por el Alcalde del municipio de Belén de los Andaquies, por medio de la cual le negó la solicitud referida al reconocimiento y cancelación de los emolumentos prestacionales debido a su “vinculación laboral” con el municipio (fls. 58 a 59 del cuaderno de pruebas).¹⁵

Por lo anterior se debe reiterar que el presente caso se debate la legalidad del la Resolución No. 222 de 2000 mediante el cual se negó la existencia de una relación laboral y el reconocimiento y pago de derechos prestacionales a la señora Cubillos de Rueda durante el tiempo que estuvo vinculada irregularmente a la entidad demandada.

¹⁵ Lo cual fue corroborado desde el auto de 26 de octubre de 2001, proferido por esta Subsección al resolver el recurso de apelación contra la providencia que rechazó la demanda, obrante a folios 33 a38 del cuaderno principal.

Ahora bien para resolver el problema jurídico, el cual se circunscribe a determinar si existió entre las partes una verdadera relación laboral, se debe determinar si se configuran sus elementos esenciales, a saber: la prestación personal del servicio, la subordinación y dependencia, y la contraprestación.

De la prestación personal del servicio. Como ya se anotó la entidad demandada, remitió en esta instancia las órdenes de prestación de servicios suscritas entre ella y la demandante de forma sucesiva, lo que se corrobora en las órdenes remitidas y que se encuentran anexas a folios 50 a 74 del cuaderno anexo de pruebas.

De igual forma obran en el expediente pruebas testimoniales que permiten corroborar la prestación personal del servicio, tal y como quedo precisado en el acápite de hechos probados y relevantes de esta providencia.

De las funciones desempeñadas por la actora en desarrollo del objeto contractual.

Sobre este punto se tiene como probado lo que sigue:

La demandante prestó sus servicios a la entidad demandada como Auxiliar de Enfermería en atención a pacientes, turnos rotativos. Estas funciones son propias de la entidad de salud y se realizaron hasta la fecha en que se dejó de reanudar el contrato de prestación de servicios, según se corrobora con la prueba testimonial recaudada en el curso del proceso, se deduce del el texto de los contratos de prestación de servicios y de los certificados expedidos y aportados por el Hospital San Roque en los cuales se enuncia cada una de las funciones (fls. 43 a 45 del cuaderno de pruebas).

Del cumplimiento del horario de Trabajo.

De las declaraciones rendidas por los testigos, quienes también eran Auxiliares de Enfermería en el Hospital, del contenido de las órdenes de prestación de servicios, se desprende que la actora tenía que realizar turnos en la jornada nocturna, dominicales y festivos de conformidad con el horario que le fijaba su superior jerárquico, la Jefe de Enfermeras.

Se afirmó en el libelo de la demanda que los servicios como Auxiliar de Enfermería se prestaron entre el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 1994 al 30 de octubre de 2000, afirmación que corroboró la entidad demandada con las certificaciones expedidas y se infiere de las declaraciones recepcionadas en el curso del proceso.

También está claro y no admite discusión, que las funciones que la actora desempeñaba eran asignadas a empleados de planta y por esto debía seguir con el cronograma de turnos establecidos por sus Jefes Inmediatos a saber: la Jefe de Enfermeras y el Director del Hospital.

Respecto al horario, se tiene lo consignado en las certificaciones expedidas por el municipio en las cuales se anotó que a la actora se le exigía como a todas las Auxiliares de Enfermería cumplir con la jornada laboral de ocho horas (7 a 12 a.m y 1 a 5 p.m.); y que tuvieran disponibilidad para realizar turnos de Hospital siguiendo el cronograma establecido para ello, fijado en los “cuadros de rotación” obrantes a folios 77 a 92 del cuaderno de pruebas.

Queda demostrada hasta aquí la vinculación permanente de la actora, el cumplimiento de funciones propias de la entidad de salud, el horario que debía cumplir y la subordinación al Director del Hospital y al Jefe de Enfermeras.

De la contraprestación

La actora percibía la remuneración o contraprestación económica por la labor personal que realizaba en el Hospital y que afirma se estipulaba en cada uno de los contratos que suscribió con la entidad.

De otra parte se corrobora en las certificaciones proferidas por el municipio visibles a folios 39 a 41 que a la señora Cubillos se le reconoció la suma de dinero estipulada en los contratos de prestación de servicios por el desempeño de las funciones como Auxiliar de Enfermería.

Conclusiones sobre los elementos de la relación laboral. Conforme a lo destacado en precedencia es evidente que la situación de la actora se enmarca en una relación laboral y no de prestación de servicios, por cuanto se acreditaron todos los elementos constitutivos de la relación laboral.

Aparece demostrado que la señora Cubillos de Rueda prestaba personalmente el servicio cumpliendo funciones de los empleados públicos que ostentaban el mismo cargo y que de igual forma seguía órdenes impartidas por su superior jerárquico inmediato, en cuanto al modo, tiempo y lugar (áreas del Hospital), con lo cual queda demostrado, el elemento subordinación, requisito necesario para establecer si bajo la apariencia de contratos de prestación de servicios se ocultó una verdadera relación laboral entre las partes, de tal manera que no queda duda acerca del desempeño laboral de la demandante en las mismas condiciones que lo realizaban los empleados de planta de la entidad demandada, pues incluso debía cumplir un horario de trabajo para realizar las labores encomendadas en las diferentes áreas del Hospital.

En el *sub exámine* se pudo verificar efectivamente que las labores adelantadas por la actora no fueron transitorias ni ocasionales, sino que, por el contrario, las funciones que le fueron asignadas como Auxiliar de Enfermería en la entidad de salud eran de carácter permanente por más de seis años, y que existió continuidad en la contratación.

Así las cosas, para la Sala no resulta acertado lo expuesto por el apelante cuando afirma que el contratista no estaba subordinado ni dependía de la entidad demandada, sino que ejercía sobre su actividad una supervisión o un control en el cumplimiento del objeto contractual. Lo anterior, por que como quedo visto las pruebas allegadas demuestran lo contrario, esto es, que la actora sí se encontraba bajo la dependencia y subordinación no sólo respecto al cumplimiento del horario, sino de las órdenes y actividades que se le asignaban, sin que de ninguno de estos elementos probatorios se pueda concluir la independencia y autonomía del contratista en el ejercicio de sus funciones, como lo establece claramente el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, para concluir que se trataba de simples ordenes de prestación de servicios, como lo sostiene el recurrente.

En este punto de la providencia, se advierte por la Sala que las entidades estatales no deben recurrir a la práctica de vincular personal bajo la modalidad de prestación de servicios para cumplir actividades permanentes propias de la administración y de esta manera evitar el pago de prestaciones sociales y de aportes parafiscales, entre otros, pues con dicha conducta, como se lo ha reiterado tanto esta Corporación como la Corte Constitucional, no sólo se vulneran los derechos de los trabajadores sino que además dicha nómina paralela desvirtúa la razón de ser del artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal. En consecuencia, a los contratistas de prestación de servicios que logren demostrar que en realidad en su vinculación con una entidad, se configuraron los tres elementos propios de la relación laboral, se les debe reconocer y pagar como reparación del daño, los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad en la cual prestaron los servicios bajo la apariencia de un contrato administrativo.

Finalmente, para la Sala esta demostrado que la actora ejerció las funciones en iguales condiciones a los servidores de planta de la entidad y que estas funciones forman parte del “giro ordinario de su objeto” como es la prestación del servicio de salud, criterios que como lo ha expuesto recientemente la Corte Constitucional, se trata del cumplimiento de funciones de carácter permanente para las cuales, por expresa disposición legal, está prohibida la celebración de contratos de prestación

de servicios con la administración, lo que contradice el carácter temporal propio de este tipo de acuerdos.

Así las cosas, queda demostrado para el presente caso,, la existencia de los elementos de la relación laboral, las cuales son prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación; y por tal razón, la actora tiene derecho al pago de los salarios y prestaciones sociales.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, la Sala confirmará la sentencia impugnada en razón a que aparecen debidamente probados los elementos integrantes de la relación laboral, lo que da lugar al pago de la indemnización reparatoria a favor de la actora con base en los valores pactados dentro de los diferentes contratos de prestación de servicio y por el tiempo de duración de los mismos, así como los porcentajes de cotización correspondientes a salud y a pensiones que la entidad demandada debió trasladar a las entidades correspondientes, puesto que dichos pagos son consecuencia del vínculo laboral que existió entre las partes.

Finalmente, insiste la Sala en que la existencia de los contratos de prestación de servicios en virtud de los cuales la actora desempeñó el cargo de Auxiliar de Enfermería, no le dan el derecho a la actora de adquirir la calidad de empleada pública o de funcionaria de hecho como lo concluyó el Tribunal, pues para que ello ocurra se requiere como quedo visto en el acápite “marco normativo y jurisprudencial” la existencia jurídica del cargo, las funciones ejercidas irregularmente, y que el cargo se haya ejercido en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente, situación que, en el presente caso no se cumple.

De otra parte vale la pena precisar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”¹⁶

En conclusión y de acuerdo con todo lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, adicionándose la misma en el sentido de declarar la existencia de una relación laboral entre la demandante y la demandada en las fechas en que se probó que existió un vínculo laboral, es decir a partir de 1 de marzo de 1994 a 30 de octubre de 2000, con las consecuencias prestacionales que corresponden a la labor desarrollada y el pago de los aportes por dicho período a las entidades de Seguridad Social en la debida proporción.

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

ADICIONASE la sentencia de 10 de noviembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá, dentro del proceso instaurado por la señora María Águeda Cubillos de Rueda contra el municipio de Belén de los Andaquíes, Caquetá. en el siguiente sentido:

DECLÁRASE la existencia del vínculo laboral entre la demandante y la entidad demandada a partir de 1 de marzo de 1994 a 30 de octubre de 2000, con las consecuencias prestacionales que corresponden a la labor desarrollada y el pago de los aportes por dicho período a las entidades de Seguridad Social en la debida proporción.

¹⁶ Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda.

CONFIRMASE en lo demás, la sentencia de 10 de noviembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá.

Notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

JORM/Lmr.