

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Autonomía del contratista – Ejecución – Objeto contractual – Elemento esencial – Carácter excepcional

«La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.»

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Vínculo contractual – Situación reglamentaria – Derecho a la igualdad – Necesidad contractual – Relación de coordinación

[...] la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: Maria Zulay Ramírez Orozco, manifestó: 1. El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley. 2. No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. 3. No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, la cual se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestacional. 4. La situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo, que con la Administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas. 5. Se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico.

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Entidad pública – Relación de trabajo – Requisitos – Subordinación – Prestación personal del servicio – Remuneración – Prerrogativas prestacionales

«[...] en un plano teórico y general, cuando existe un 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. [...]»

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Relación de coordinación – Diferencia – Relación de subordinación

[...] el trabajo desempeñado por determinados contratistas no se podría considerar como generador de una relación laboral, por cuanto en el mismo se presentaban relaciones de coordinación, más no de subordinación, con el siguiente tenor literal: «[...] Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. [...]»

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil diez (2010)

Radicación número: 05001-23-31-000-1999-01714-01(0259-10)

Actor: GONZALO AGUDELO VIANA

Demandado: RED DE SOLIDARIDAD SOCIAL

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 2 de junio de 2009, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia por la cual negó las súplicas de la demanda incoada por Gonzalo Agudelo Viana contra la Red de Solidaridad Social.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad del Oficio No. 10704 de 15 de febrero de 1999, por el cual el Director Administrativo y Financiero de la Red de Solidaridad

Social le notificó el vencimiento del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre el demandante y la accionada.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene su reintegro al cargo de Asesor de la Región de Urabá a otro de igual o superior categoría, sin solución de continuidad; reconocerle y pagarle los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de la desvinculación hasta el reintegro; y dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A.

En subsidio solicitó la nulidad del Oficio No. 15131 de 6 de agosto de 1999, expedido por la Secretaría General del Programa para la Reinserción de la Red de Solidaridad Social; como consecuencia de lo anterior se le reconozcan y paguen las primas técnica, de vacaciones, navidad y semestrales, vacaciones, auxilio de cesantías, los valores descontados por concepto de retención en la fuente, indemnización moratoria o, en su lugar, indemnización compensatoria de perjuicios equivalente a las prestaciones sociales y a la indemnización moratoria.

Para fundamentar sus pretensiones, expuso los siguientes hechos:

El demandante prestó sus servicios desde el 11 de noviembre de 1994, en la Red de Solidaridad Social (antes Fondo de Solidaridad y Emergencia Social FSES) en el programa para la reinserción.

Cumplió sus labores como Asesor de Proyectos Económicos, Profesional Regional Área Económica y Asesor Regional de Urabá, en la sede de Apartadó (Antioquia), dentro del Programa para la Reinserción, adscrito a la Red de Solidaridad Social.

Cumplió las funciones en forma permanente, continua y subordinada, respetando el horario, reglamento de trabajo y órdenes de los superiores.

La Red de Solidaridad Social dio por terminada la relación laboral del actor a partir de 15 de febrero de 1999 por medio del Oficio No. 10704.

La Entidad acusada desconoció el carácter laboral de la relación que lo ligó con el demandante y adujo como motivo de terminación, el vencimiento de un Contrato de Prestación de Servicios, con el cual disimuló la relación laboral.

Afirma que siempre estuvo vinculado con la Red de Solidaridad Social, mediante sucesivos Contratos de Prestación de Servicios que fueron celebrados con la utilización de intermediarios como la Organización de Estados Iberoamericanos y Fiduciaria del Estado S.A.

La Entidad demandada desconoció la calidad de empleado público del actor y pretendió darle el tratamiento de un simple contratista, desconociendo que la labor que prestaba la realizaba bajo los mandatos y órdenes, reuniéndose los requisitos de una verdadera relación laboral.

Durante su vinculación, al demandante nunca se le pagaron prestaciones sociales a pesar de tener derecho, antes por el contrario se le efectuaron descuentos por retención en la fuente del 10% de los ingresos percibidos como consecuencia del servicio prestado.

El actor le solicitó a la Red de Solidaridad Social, que se le reconocieran los derechos salariales y prestacionales que le correspondían por su condición de empleado público y la Secretaria General mediante Oficio No. 15131 de 6 de agosto de 1999, resolvió desfavorablemente la anterior petición.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, artículos 25, 53 y 123; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 200 de 1995, artículo 39; Ley 80 de 1993, artículo 32; Decreto 165 de 1997, artículo 2º; Decreto 01 de 1984, artículo 36; Decreto 1045 de 1978, artículos 8º, 17, 24, 25, 28, 32 y 33; Decreto 1042 de 1978, artículos 58 y 59; Decreto 1950 de 1973, artículo 7º; Decreto 1848 de 1969, artículo 51; Decreto 2400 de 1968, artículos 7º y 25; Decreto 3074 de 1968; Decreto 3135 de 1968, artículos 7º y 25. (Fls. 41-51 y 57-67)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Red de Solidaridad Social de folios 75 a 82 dio contestación a la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, por las siguientes razones:

Los Contratos de Prestación de Servicios no fueron celebrados entre el actor y la Red de Solidaridad Social sino con la Organización de Estados Iberoamericanos y luego con la Fiduciaria del Estado S.A., mientras que la accionada sólo actuaba como supervisor del contrato.

Las pruebas aportadas con la demanda no demuestran la existencia de una relación laboral entre las partes, pues simplemente se trataba de circulares y memorandos generales tendientes a procurar la coordinación de las actividades de la Delegación Departamental, más nunca estuvieron dirigidos al demandante.

Finalmente propuso las excepciones de falta de agotamiento de la vía gubernativa, cobro de lo no debido, falta de integración del litisconsorcio necesario, actuación temeraria y mala fe.

LA SENTENCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, mediante sentencia de 2 de junio de 2009 negó las pretensiones de la demanda. (Fls. 227-235)

Las Entidades estatales pueden suscribir Contratos de Prestación de Servicios, cuando falten en la planta de personal empleados suficientes para desarrollar la actividad requerida, o cuando disponiendo de ellos, carezcan del grado de especialidad que se requiere, o cuando habiéndolos con la calidad de especialización necesaria no son suficientes en número, o cuando no existiendo aún empleados, se necesita de una persona que realice una función; por ello era necesario acudir a la modalidad del Contrato de Prestación de Servicios, sin que se desconociera mandato alguno, toda vez que la labor no podía ser desplegada con personal de la planta.

Para el Tribunal, la condición de que el contrato celebrado por el accionante, conllevara la inspección y guardia del contratante sobre la manera en que se ejecutaban las obligaciones contractuales, no reviste en sí misma prueba de una relación ~~ilegal o injusta, sometida~~, subordinada y dependiente que implícitamente mutara el Contrato de Prestación de Servicios en una relación laboral.

Además no se observa que en procura del cumplimiento de los objetivos de la Entidad, la Administración le haya impuesto al demandante reglamento alguno relativo a la manera como éste debía realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, ni tampoco se observa que se haya ejercido el poder disciplinario sobre él, para asegurar un comportamiento y una disciplina con los propósitos de la accionada.

En cuanto a los principios mínimos y garantías constitucionales consagradas en los artículos 13 y 53 de la Constitución, que según el señor Agudelo Viana, fueron ignorados por la Entidad accionada, advirtió que ellos son propios de la relación laboral, de donde se deriva que en el sub-examine su estudio escapa al contenido y finalidad del Contrato de Prestación de Servicios.

El Consejo de Estado ha indicado que la sola circunstancia de que en la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios se den algunas circunstancias similares a las que se dan de ordinario en las relaciones funcionales administrativas de los empleados públicos, no permite concluir por sí sola que se oculte una relación legal reglamentaria, bajo la modalidad del Contrato de Prestación de Servicios.

En conclusión, al no demostrarse la existencia de una relación laboral que como tal implica una actividad personal, subordinada y dependiente, mal podría pretenderse que los referidos Contratos de Prestación de Servicios, se transformen en forma instantánea en una relación de ese linaje, vale decir, laboral, pues quien solemniza con una Entidad Estatal un Contrato de Prestación de Servicios, sólo consigue como autor de ese acuerdo de voluntades el carácter de titular de una relación contractual.

La Entidad demandada, suscribió los Contratos de Prestación de Servicios amparada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no pudiendo derivar de esa norma a favor del contratista, contraprestación laboral o prestacional alguna, toda vez que el régimen laboral, prestacional, salarial y disciplinario del funcionario público, se encuentra determinado en forma precisa, clara y diamantina en la Ley y no es objeto de estipulación contractual.

EL RECURSO

La parte actora interpuso recurso de apelación, cuya sustentación obra de folios 267 a 278, en que manifiesta las razones de su inconformidad, así.

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas determina que la relación jurídica que liga a dos o más partes debe ser calificada por las condiciones reales en que la misma se ejecutó y no por el nombre o denominación que se haya pretendido dar.

El referido principio constitucional implica que cuando se presta un servicio bajo condiciones de subordinación (sujeción a horarios, órdenes y directrices) la relación jurídica debe calificarse como de orden laboral, sin que se pueda sostener que la misma estuvo regida por verdaderos contratos de prestación de servicios, por tal motivo no existe razón para que se limite la aplicación del principio de la primacía de la realidad al ámbito del contrato de trabajo.

De la prueba testimonial se infiere que la actividad contratada no requería de conocimientos especializados y que podía ser desarrollada por personal de planta de la Entidad.

Bajo estas premisas se encuentran dados los presupuestos fácticos y jurídicos para que se declare la nulidad de los actos acusados y, a título de restablecimiento del

derecho, se condene a la Entidad demandada a reconocer al actor la totalidad de los derechos salariales y prestacionales asignados a un empleado público.

Como no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si el demandante tiene derecho a ser reintegrado al cargo de Asesor de la Región de Uraba, por haberse dado por terminado el Contrato de Prestación de Servicios, con el pago de los respectivos salarios y prestaciones sociales; o si subsidiariamente tiene derecho al reconocimiento del “contrato realidad” por los períodos laborados bajo la modalidad de Contratos u Órdenes de Prestación de Servicios, así como a las prestaciones sociales correspondientes.

ACTOS ACUSADOS

Oficio No. 10704 de 15 de febrero de 1999, suscrito por el Director Administrativo y Financiero de la Red de Solidaridad Social, mediante el cual le comunica al demandante, que por decisión de la Dirección Nacional del Programa de Reinserción, el contrato tendrá vigencia hasta el 15 de febrero de 1999. (Fls. 2)

Oficio No. 15131 de 6 de agosto de 1999, suscrito por la Secretaria General, Programa para la Reinserción, Red de Solidaridad Social, por el cual negó el reintegro del actor y la liquidación y pago de prestaciones sociales, por haber prestado sus servicios bajo la modalidad de Contratos de Prestación de Servicios. (Fls. 69-72)

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

Conforme a la certificación expedida por la Coordinación Administrativa, Convenios PNUD, del Ministerio del Interior y de Justicia (Fls. 112), quedó acreditado que el demandante suscribió los siguientes contratos:

- **Organización de Estados Iberoamericanos**, Contrato No. 320, por el periodo de 1° de enero a 31 de diciembre de 1995, cuyo objeto fue la prestación de servicios profesionales, en el cargo de Profesional Regional en el Área Económica.
- **Organización de Estados Iberoamericanos**, Contrato 10496, por el periodo de 1° de enero a 31 de diciembre de 1996, cuyo objeto fue la prestación de servicios profesionales por parte del contratista, por sus propios medios, con plena autonomía técnica y administrativa, en las funciones de Profesional Regional, con sede en la ciudad de Apartadó.
- **Fiduciaria del Estado S.A.**, Contrato 0038, por el periodo de 1° de enero a 31 de diciembre de 1997, cuyo objeto fue la prestación de servicios profesionales por parte del contratista, por sus propios medios, con plena autonomía técnica y administrativa, en las funciones de Asesor Regional Uraba, con sede en la ciudad de Apartadó.
- **Fiduciaria del Estado S.A.**, Contrato 0048, por el periodo de 1° de enero a 31 de diciembre de 1998, cuyo objeto fue la prestación de servicios profesionales por parte del contratista, por sus propios medios, con plena autonomía técnica y administrativa, en las funciones de Asesor Regional Uraba, con sede en la ciudad de Apartadó.
- **Fiduciaria del Estado S.A.**, Orden de Prestación de Servicios 0048, por el periodo de 1° de enero a 15 de febrero de 1999, cuyo objeto fue la prestación de servicios profesionales por parte del contratista, por sus propios medios, con plena autonomía técnica y administrativa, en las funciones de Asesor Regional Uraba, con sede en la ciudad de Apartadó.

Al proceso se allegaron los siguientes Contratos de Prestación de Servicios:

De folios 3 a 4 obra el Contrato de Prestación de Servicios No. 937-94, suscrito entre la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura O.E.I., y el demandante, por el periodo comprendido entre el 1° de enero al 31 de diciembre de 1994, por un valor total de \$3'500.000, cuyo objeto consistió en *“la prestación de Servicios Profesionales, como Asesor de Proyectos Económicos adelantados por los desmovilizados de los diferentes grupos ubicados en la zona de Urabá.”*

Contrato de Prestación de Servicios No. 320, suscrito entre la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura O.E.I., y el actor, por el periodo comprendido entre el 1° de enero al 31 de diciembre de 1995, por un valor total de \$10'800.000, cuyo objeto consistió en *“la prestación de Servicios Profesionales, en el cargo de PROFESIONAL REGIONAL ÁREA ECONÓMICA.”* (Fls. 5-8)

Contrato de Prestación de Servicios No. 10406, suscrito entre la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura O.E.I., y el demandante, por el periodo comprendido entre el 1° de enero al 31 de diciembre de 1996, por un valor total de \$15'400.000, cuyo objeto consistió en *“la prestación de servicios personales por parte del contratista, por sus propios medios, con plena autonomía técnica y administrativa, en las funciones de PROFESIONAL REGIONAL, con sede en la Ciudad de Apartadó.”* (Fls. 9-12)

Contrato de Prestación de Servicios No. 0038-97, suscrito entre la Fiduciaria del Estado S.A. y el accionante, por el periodo comprendido entre el 1° de enero al 31 de diciembre de 1997, por un valor total de \$18'900.000, cuyo objeto consistió en *“la prestación de servicios personales por parte del contratista, por sus propios medios, con plena autonomía técnica y administrativa, en las actividades de ASESOR REGIONAL URABA, con sede en la Ciudad de Apartadó.”* (Fls. 14-17)

Contrato de Prestación de Servicios No. 048-98, suscrito entre la Fiduciaria del Estado S.A. y el demandante, por el periodo comprendido entre el 1° de enero al 31 de diciembre de 1998, por un valor total de \$18'900.000, cuyo objeto consistió en *“la prestación de servicios personales por parte del contratista, por sus propios medios, con plena autonomía técnica y administrativa, en las actividades de ASESOR REGIONAL URABA, con sede en la Ciudad de Apartadó.”* (Fls. 19-22)

Orden de Prestación de Servicios No. 0082-99, suscrito entre la Fiduciaria del Estado S.A. y el accionante, por el periodo comprendido entre el 1° de enero al 15 de febrero de 1999, por un valor total de \$2'400.000, cuyo objeto consistió en *“la prestación de servicios personales por parte del contratista, por sus propios medios, con plena autonomía técnica y administrativa, en las actividades de ASESOR REGIONAL URABA, con sede en la Ciudad de Apartadó.”* (Fls. 23-24)

De folios 26 a 39, 101 a 105 obran diferentes Circulares suscritas por la Dirección Nacional y dirigidas a los Asesores del Nivel Nacional y Regional, recordándoles el horario de atención en las Oficinas, que en el Nivel Regional sería de 8.30 a.m. a 12 m y de 2 pm a 6 pm.; insistiéndoles en la necesidad de rendir informes; haciendo precisión sobre el pago de viáticos, entre otros.

Por Oficio No. 10704 de 15 de febrero de 1999, el Director Administrativo y Financiero de la Red de Solidaridad Social, le comunicó al demandante, que por decisión de la Dirección Nacional del Programa de Reinserción, el contrato tendrá vigencia hasta el 15 de febrero de 1999. (Fls. 2)

El demandante elevó petición ante la accionada, que le fue resuelta mediante Oficio No. 15131 de 6 de agosto de 1999, con el siguiente contenido literal:

“(…) por tratarse de un contrato de prestación de servicio, por medio del cual la administración ejerce algunas de las actividades propias es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:

En efecto, el Ordinal 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de prestación de servicios en los siguientes términos:

(...) En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebran por el término estrictamente indispensable.’

Es importante mencionar que el señor GONZALO AGUDELO VIANA nunca perteneció a la Red de Solidaridad Social, sino que estuvo vinculado a la Organización de Estados Iberoamericanos – O.E.I. por contratos Nos. 320/95 y 10496/96 y a la Fiduciaria del Estado – Fiduestado por contratos Nos. 038/97, 048/98 y 082/99 según consta en los archivos del P.P.R.” (Fis. 69-72)

ANÁLISIS DE LA SALA

Jurisprudencia Relacionada con el Contrato de Prestación de Servicios

La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y aquel de prestación de servicios, así:

“b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.”

Lo anterior significa, que el Contrato de Prestación de Servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.

La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.

Es pertinente destacar 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.”¹

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, M.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: Maria Zulay Ramírez Orozco, manifestó:

“6. Es inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la litis, consistente en la prestación de servicios bajo la forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad desplegada por empleados públicos, dado que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen ordenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada.

Y lo es, en primer término, porque por mandato legal, tal convención no tiene otro propósito que el desarrollo de labores “relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”; lo que significa que la circunstancia de lugar en que se apoya la pretendida identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, carece de fundamento válido. Son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b.) que requiera de conocimientos especializados la labor (art. 32 L. 80/93).

¹ Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, M.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.

Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.

En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.”

En dicho fallo se concluyó lo siguiente:

1. El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.
2. No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.
3. No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, la cual se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestacional.
4. La situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo, que con la Administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.

5. Se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico.

Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo (Art. 53 C.P.).

Tal posición ha sido adoptada por la Sala en los siguientes términos:¹

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un 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. (...)

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los periodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público: (...)

Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad.”

¹ Expedientes Nos. 0245 y 2161 de 2005, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

Cuestión Previa

Advierte la Sala que sobre éste tema específico, la Sección Segunda ya se ha pronunciado en los procesos adelantados por los actores Lorena María Mejía Gallego y Jhon Jairo Muñoz, ambos como Técnico Regional de la Red de Solidaridad Social, quienes demandaron a la misma Entidad porque les negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a las que según ellos tenían derecho.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante sentencia de 7 de septiembre de 2006, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante²; confirmó el fallo de 14 de febrero de 2005, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda, con el siguiente argumento:

“(…) De acuerdo con lo señalado resulta claro que la actora cumplía una jornada de trabajo. Sin embargo esta no implicó relación de subordinación sino que hacía parte de la coordinación que la contratista de prestación de servicios debía efectuar para que fueron fructíferas sus actividades pues, se entiende, que las mismas estaban relacionadas con la actividad cumplida por otros contratistas de prestación de servicios, vinculados de esa forma a la accionada, y con los empleados públicos de la misma. Si no se precisaran horarios para el despliegue de las actividades difícilmente podrían lograrse resultados exitosos en el cumplimiento del objeto contractual. (…)

De acuerdo con los razonamientos precedentes la Sala concluye que no hubo una relación de carácter laboral durante el tiempo en el que la demandante se desempeñó como Técnico Regional de la Red de Solidaridad Social. (…)”

² Expediente: 8302-2005, actora: Lorena María Mejía Gallego.

Más adelante, mediante sentencia de 21 de mayo de 2009, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve³, confirmó el fallo de 4 de diciembre de 2007, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que le negó las súplicas de la demanda, con fundamento en lo transcrito a continuación:

“(…) Igualmente, incorporó varias circulares informativas de cumplimiento de normas de austeridad del gasto público y del horario de atención al público en las oficinas, así como memorandos de programación de reuniones para la evaluación y programación de funciones (fls. 3 al 43). Todas estas pruebas demuestran solamente que el actor prestó sus servicios en la Red de Solidaridad Social y que periódicamente debía asistir a reuniones para verificar el cumplimiento del objeto del contrato dentro del Programa para la reinserción.

Para la Sala, de tal acervo probatorio no se puede llegar al pleno convencimiento de que entre el actor y la Red de Solidaridad Social existió un grado de dependencia o subordinación, por cuanto no se evidencia en los contratos de prestación de servicios ni en el testimonio rendido dentro del curso del proceso, el permanente cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, vale decir, el elemento subordinación, requisito necesario para establecer si bajo la apariencia de contratos de prestación de servicios se ocultó una relación laboral entre las partes, de modo que no quedara duda acerca del desempeño del actor en las mismas condiciones que lo efectuaría un empleado del planta al servicio de la entidad demandada. (…)

La ausencia de pruebas pertinentes y conducentes en el expediente impide colegir la permanencia del servicio, la igualdad de trato frente a los empleados de planta y la subordinación, puesto que únicamente se concluye la prestación personal del servicio en la forma y condiciones que debe llevar a cabo toda persona vinculada mediante contrato de prestación de servicios y que no supone el reconocimiento ni pago de prestaciones sociales. (…)”

Si bien los casos en cita se asimilan al sub-examine, en tanto que se trató de Técnicos Regionales vinculados mediante Contratos de Prestación de Servicios a la Red de Solidaridad Social, y que al finalizar su vinculación solicitaron el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, negadas mediante Comunicaciones de septiembre de 1999, que fueron demandadas en Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho; la diferencia sustancial y determinante es

³ Expediente: 0986-08, actor: Jhon Jairo Muñoz.

la subordinación, que a diferencia de los referenciados, en el presente caso se halló probada, como se pasa a demostrar.

Nulidad del Oficio No. 10704 de 15 de febrero de 1999

El actor sostiene que de las pruebas allegadas al proceso puede concluirse que entre él y la Entidad hubo una vinculación legal y reglamentaria, razón por la cual solicita la nulidad del Oficio No. 10704 de 15 de febrero de 1999, mediante el cual el Director Administrativo y Financiero de la Red de Solidaridad Social, le comunicó, que por decisión de la Dirección Nacional del Programa de Reinserción, el contrato tendría vigencia hasta el 15 de febrero de 1999.

Expresa la Sala en reiteradas ocasiones ha afirmado que el Oficio por medio del cual se comunica la decisión asumida por una determinada Autoridad Pública no tiene el carácter de acto administrativo, con mayor razón en este caso cuando se le está comunicando al demandante la terminación del Contrato de Prestación de Servicios.

En tal sentido se expresó este Despacho, en sentencia de 15 de marzo de 2007, expediente 3020-04, actora Sara Rodríguez Ospina, indicó lo siguiente:

“Como bien se observa la comunicación de supresión del cargo se limitó a informarle a la actora que fue desvinculada del servicio a partir del 3 de abril de 2000 como consecuencia de la supresión del cargo de Jefe de Programas dispuesta por el Decreto 411 de 2000, oficio que no crea, extingue o modifica una situación jurídica.”

En esas condiciones, el citado Oficio no es enjuiciable, debido a que esta Jurisdicción está facultada para juzgar actos administrativos; y si en gracia de discusión pudiera anularse la comunicación, ello resultaría infructuoso, pues no tendría ningún efecto jurídico respecto a la existencia o no de la relación laboral entre el actor y la accionada, toda vez que continuarían vigentes, de tal manera que no procede emitir pronunciamiento de mérito en relación con el Oficio impugnado, y en consecuencia la Sala se inhibirá al respecto.

De la Subcontratación

La Entidad demandada afirma a folio 75 del expediente afirma que el demandante *“nunca tuvo relación laboral con la entidad que represento, habida cuenta que mediante Contratos de Prestación de Servicios CPS, estuvo vinculado con la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura O.E.I. y con La Fiduciaria del Estado S.A.”*

Al respecto es preciso tener en cuenta que el Contrato de Prestación de Servicios No. 937-94, suscrito entre la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura O.E.I. y el demandante en la cláusula primera, prevé: *“El contratista dependerá del Coordinador Nacional del Programa de Reinserción; y en Subsidio del Coordinador Regional de Urabá y en lo administrativo del Jefe de la Unidad Administrativa y Financiera del Programa de Reinserción.” (Fl. 3)*

A su turno el Contrato de Prestación de Servicios No. 320-95, suscrito entre la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura O.E.I. y el demandante en la cláusula primera, en las consideraciones previas, prevé: *“1) Que entre la Organización de Estados Iberoamericanos O.E.I. y el FONDO DE SOLIDARIDAD Y EMERGENCIA SOCIAL FSES el día 2 de mayo de 1994 se celebró el Convenio de Cooperación Técnica No. 110-94 el cual fue adicionando en valor y tiempo el día 16 de diciembre de 1994. 2) Que en virtud del mencionado contrato, la O.E.I. se obligó ‘Previa indicación por escrito del FSES’ hoy Res de Solidaridad Social a celebrar los contratos necesarios para el desarrollo del objeto del presente Convenio, mediante la presentación de una solicitud suscrita por el Gerente General de la Red. (...)” (Fl. 5)*

El Contrato de Prestación de Servicios No. 10496-96, suscrito entre la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura O.E.I. y el demandante en la cláusula primera, en las consideraciones previas, prevé: *“1) Que entre la Organización de Estados Iberoamericanos O.E.I. y*

el FONDO DE SOLIDARIDAD Y EMERGENCIA SOCIAL FSES el día 2 de mayo de 1994 se celebró el Convenio de Cooperación Técnica No. 110-94 el cual fue adicionado en valor y tiempo con los Adicionales 01, 02 y 03 el día 16 de diciembre de 1994, 23 de mayo de 1995 y el 18 de enero de 1996, respectivamente. 2) Que en virtud del mencionado contrato, la O.E.I. se obligó 'Previa indicación por escrito del FSES' hoy Res de Solidaridad Social a celebrar los contratos necesarios para el desarrollo del objeto del presente Convenio, mediante la presentación de una solicitud suscrita por el Gerente General de la Red. (...)” (Fl. 9)

A folio 13 obra el Acta de Liquidación del Contrato de Prestación de Servicios No. 038-97 suscrita entre La Fiduciaria del Estado S.A. en desarrollo del encargo fiduciario No. 0001/97 suscrito entre la Red de Solidaridad Social – Programa para la Reinserción y el demandante, con el siguiente contenido literal: “(...) *por ende Representante Legal de la FIDUCIARIA DEL ESTADO S.A., entidad ésta que obra a su vez como Administradora de los recursos entregados, según Encargo Fiduciario No. 001/97, con la Red de Solidaridad Social – Programa para la Reinserción, (...)”*

En el análisis realizado, quedó demostrado que el señor Agudelo Viana estuvo vinculado mediante Contratos de Prestación de Servicios con la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura O.E.I. y La Fiduciaria del Estado S.A., quienes lo enviaron a prestar sus servicios a la Red de Solidaridad Social como Asesor de Proyectos.

Según las probanzas visibles a folio 13 La Fiduciaria del Estado S.A. en Representación de la Red de Solidaridad Social, el 31 de diciembre de 1997, dio por terminado el Contrato de Prestación de Servicios.

Así las cosas, se observa que, de acuerdo con la información rendida a la Sala, el demandante se vinculó mediante Contratos de Prestación de Servicios a la Entidad acusada y aunque la Red de Solidaridad Social pretenda desligarse de

cualquier responsabilidad al contratar con el demandante, no puede desvirtuar la relación laboral que existe con éste.

En efecto, el accionante prestó los servicios como Asesor de Proyectos desde 1994 hasta 1999 bajo la modalidad de Contrato de Prestación de Servicios, de lo cual se deduce un reconocimiento del vínculo laboral, al haber una subordinación, pues desarrolló actividades en el Programa para la Reinserción de Urabá y en sus instalaciones.

La Sala considera, que la Red de Solidaridad Social, infringió el ordenamiento jurídico, al simular un vínculo con el actor y del acervo probatorio se deduce que el señor Agudelo Viana, se subordinó a la Entidad accionada al cumplir horario, recibir órdenes y recibir un salario.

En esas condiciones la Red de Solidaridad Social, es la Entidad llamada a responder por las obligaciones que se puedan derivar de los diferentes Contratos de Prestación de Servicios suscritos con el demandante.

Caso Concreto

El demandante controvierte, de forma subsidiaria, la legalidad del Oficio No. 15131 de 6 de agosto de 1999, mediante el cual la Entidad acusada le negó el derecho pretendido a gozar de prestaciones sociales con motivo de los Contratos de Prestación de Servicios que se allegaron al proceso.

De las pruebas que fueron arrimadas al plenario para determinar la existencia de una relación laboral entre el actor y la Red de Solidaridad Social (hoy Acción Social), se destacan las Órdenes de Trabajo indicadas anteriormente, cuyo objeto contractual fue *“la prestación de servicios profesionales por parte del contratista, por sus propios medios, con plena autonomía técnica y administrativa, en las actividades de **ASESOR DE LA REGIÓN DE URABA**, con sede en la ciudad de Apartadó”* pactándose expresamente la: **“EXCLUSIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL:** *Queda*

*expresamente entendido que no habrá vínculo laboral alguno entre la O.E.I. y el **CONTRATISTA** o el personal que éste contrate para la realización de las actividades que constituyan el objeto del presente contrato.”*

Para desvirtuar lo anterior, es necesario analizar los tres elementos existentes en la relación laboral, ello es, la prestación personal del servicio, remuneración y subordinación.

Sobre el primero y segundo, (prestación personal del servicio y remuneración), la Sala dirá que en efecto se presentaron, pues de las órdenes de trabajo se concluye que el servicio fue prestado y pagado exclusivamente al demandante, como se desprende de las órdenes de pago debidamente discriminadas de folios 152 a 203 del plenario.

Ahora bien, para demostrar los hechos de la presente acción, el actor solicitó la práctica de varias testimoniales que afirmaron lo siguiente:

El señor Juan Bertulfo Correa Mejía (Fls. 89-93), quien para la época de los hechos, se desempeñó como Coordinador del Programa Presidencial de Reinserción, sobre la obligatoriedad en el cumplimiento de las funciones asignadas por su Jefe inmediato, al ser interrogado indicó: *“REGUNTA: Indique si conoció la circular que obra a folios 26 del expediente y señale si la misma era apenas una recomendación? (se exhibe al testigo el documento) CONTESTO: No recuerdo ahora esa circular y la circular anterior deben corresponder a eso. Como está establecida esta circular se exige de su obligatorio cumplimiento.”*

Con relación a las herramientas de trabajo y sitio donde se prestaba los servicios, contestó: *“En las Oficinas del Programa de Reinserción de Apartadó, edificio apartacentro, su escritorio, el computador, archivo, fundamentalmente eran los elementos y eran de propiedad del inventario del Programa de Reinserción.”*

En cuanto al cumplimiento del horario de trabajo, respondió: *“Nosotros siempre llegábamos a las 8 a la Oficina, nos íbamos a las 12m para almorzar y regresábamos a las 2pm y salíamos a las 6pm, la demanda de actividades nos*

exigía permanecer en la Oficina permanentemente. La demanda de atención de los usuarios o beneficiarios del programa, que eran 600, obligaba a estar muy atento permanentemente allí, ya pues en lo contractual era más de producto pero no recuerdo bien el contrato.”

Por su parte **el señor Miguel Antonio Galeano Vélez** (Fls. 94-100), quien para la época de los hechos, se desempeñó como Coordinador del Programa Presidencial de Reinserción, sobre la obligatoriedad en el cumplimiento de las funciones asignadas por su Jefe inmediato, al ser interrogado indicó: *“PREGUNTA. Manifieste quien fue el Jefe inmediato del Sr. Gonzalo Agudelo y qué cargo tenía? CONTESTÓ: Estuvo Juan Correa Mejía y era Delegado Regional para la Reinserción (Urabá), Darío Mejía (Delegado Regional Medellín) y en 1998 estuve yo como Delegado para la Región de Urabá. PREGUNTA: A quien correspondía la evaluación del desempeño del Sr. Gonzalo Agudelo? CONTESTÓ: Había unos formatos de evaluación de la Dirección Nacional de Reinserción para informar de todas las actividades de cada Asesor, éstos informes eran con el visto bueno del superior inmediato, o Delegado Regional y este remitía a la Dirección Nacional de Bogotá.”*

Con relación a las funciones específicas, que debía ejecutar el demandante, indicó: *“Estaba la asesoría de formulación y elaboración de proyectos para los reinsertados, le tocaba asesorar a los Reinsertados en su ejecución, elaborar estudios e investigaciones en el campo de reinsertados y afectados por la violencia, trabajó como Asesor Económico en los Fondos de Paz y acompañaba a las comunidades en la formulación de los proyectos. Sistematización de datos en sistemas, había unas funciones específicas en los contratos, y las demás que el superior le imponga y a él le tocó hacer reemplazar a otros Asesores, por disposición del superior inmediato.”*

Respecto al sitio donde prestaba los servicios, manifestó: *“PREGUNTA: ¿Para cumplir el contrato, necesariamente tenía que ser en Urabá o podía prestar la asesoría desde Medellín? CONTESTÓ: No necesariamente se daban las firmas de los contratos en cada Regional, lo afirmo por dos razones de experiencia personal, en el momento que me desempeñaba como Delegado Regional de Urabá yo mismo le autoricé el traslado para Medellín con el visto bueno de la Dirección Nacional en Julio de 1998.”*

Al hacer alusión al cumplimiento de manera obligatoria de horario de trabajo, destacó que: *“Ahora hablábamos de unas circulares para el funcionamiento de las Oficinas Regionales emitidas por la Dirección Nacional, existieron algunas que establecían horario de 8am a 12m y de 2pm a 6pm, que fueron replicadas en cada*

Oficina Regional y lo que mostré ahora del horario decembrino también era autorizado por la Dirección Nacional, el lugar específico para la ejecución del trabajo era ubicada en una Oficina en cada Regional con implementos y elementos e infraestructura cuyo propietario era el Programa de Reinserción.”

Analizadas las anteriores testimoniales, se advierte uniformidad en cuanto al lugar y jornada que cumplía el actor durante la prestación de sus servicios, así como descripciones someras sobre el elemento de subordinación de la relación laboral.

Empero dichos testimonios, por sí solos, no llevan al convencimiento de la subordinación que el actor tenía dentro de su relación laboral, por cuanto dicho elemento se concreta al interior de la Institución, en la interacción cotidiana con los compañeros de trabajo y el Jefe jerárquico.

Si bien es cierto que dentro del plenario no existen pruebas documentales ni testimoniales que demuestren claramente el elemento de subordinación, vr.gr., llamados de atención, memorandos, sanciones, felicitaciones, investigaciones disciplinarias etcétera, que permitan afirmar que dependía del superior jerárquico recibiendo órdenes continuas y realmente subordinadas, también lo es, que tal elemento debe ser apreciado con el conjunto de las pruebas obrantes como uno de los indicios que contribuyen a la convicción del Juez sobre la situación fáctica materia de conocimiento.

Es así, como al encontrarse plenamente establecida la función de asesoría del actor, como se desprende de cada uno de los Contratos y Órdenes de Prestación de Servicios, no puede dejarse a un lado lo que reiteradamente ha dicho la Sala respecto de la subordinación, con el siguiente tenor literal:

“(…) La función de celador subsiste y puede subsistir bajo una relación legal y reglamentaria y por ello puede derivarse el reconocimiento de la existencia de una relación laboral.

La labor de vigilancia no puede considerarse prestada de forma autónoma pues el celador no puede decidir en qué lugares presta el servicio ni en qué horario. Es más ni siquiera puede ausentarse del trabajo sin causa previa y debidamente justificada pues pondría en

riesgo los bienes confiados a su cuidado, en otras palabras, existe una relación de subordinación.

De acuerdo con los razonamientos precedentes la Sala concluye que en el asunto conciliado puede haber una relación de carácter laboral durante el tiempo en que el demandante se desempeñó como vigilante de las instalaciones del colegio Francisco de Paula Santander del Municipio de Duitama. (...).” (Negrilla fuera del texto)⁴

En el sub-judice, se suscribieron con el demandante diferentes Contratos y Órdenes de Prestación de Servicios dada la imposibilidad de suplirlos con personal de planta. No se trató, entonces, de una relación o vínculo de tipo esporádico u ocasional sino de una verdadera relación de trabajo que, por ello, requirió de la continuidad durante alrededor de 6 años, constituyéndose en un indicio claro de que bajo la figura del Contrato de Prestación de Servicios se dio en realidad una relación de tipo laboral.

Si bien es cierto que la Administración estaba facultada para celebrar los Contratos de Prestación de Servicio con el actor, según lo estipulado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y el cambio Jurisprudencial que sobre la materia incluyó la sentencia de Sala Plena de esta Corporación, adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, M.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, también lo es que la citada sentencia indicó que el trabajo desempeñado por determinados contratistas no se podría considerar como generador de una relación laboral, por cuanto en el mismo se presentaban relaciones de coordinación, más no de subordinación, con el siguiente tenor literal:

“(...) Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.

Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados,

⁴ M.P. Jesús María Lemos Bustamante, Auto de 3 de mayo de 2007, Exp. No. 4583-2004, actor Martín Galo Galo.

laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales. (...)"

Sin embargo, el presente caso se diferencia de las razones y situaciones expuestas en la sentencia de Sala Plena, en la medida en que entre el actor y la Entidad demandada no hubo relación de coordinación, pues aquel cumplió su actividad de manera subordinada conforme se ha expuesto anteriormente, sin independencia sobre la actividad desarrollada, llevándose a efecto de conformidad con las orientaciones emanadas por su superior y no de otra forma, o bajo su propia dirección y gobierno.²

Por las razones expuestas, se revocará la decisión impugnada, que negó las pretensiones de la demanda, en consideración a la demostración de los elementos de subordinación, remuneración y prestación personal del servicio del demandante con la Red de Solidaridad Social.

De las Prestaciones Sociales

Una de las consecuencias de la relación laboral es precisamente otorgar al trabajador los derechos, obligaciones y beneficios inherentes a su condición, siendo la justificación principal para reconocer dicho status.

Este tema no ha sido ajeno a la Sección Segunda de esta Corporación, que se ha pronunciado en reiteradas sentencias sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

² Esta posición ha sido sostenida por esta Sección en sentencia del 24 de noviembre de 2005, Expediente No. 760012331000200105512-01, Referencia No.4058-2004, demandante: Edinson Sánchez Castro. }

Mediante providencia de 16 de febrero de 2005, M. P. Tarsicio Cáceres Toro, Exp. 3130-04, reconoció el pago de una indemnización equivalente a las prestaciones sociales ordinarias liquidadas, de la siguiente manera:

“En esas condiciones, aunque realmente **no se trata de una relación legal y reglamentaria, no es menos cierto que la persona que labora en esas condiciones lo hace en forma similar al empleado público con funciones administrativas de apoyo para el personal de salud, que si es esencial para el objeto del Ente. No obstante lo anterior, teniendo en cuenta los **principios de equidad e igualdad, hasta donde es posible admitir**, la Jurisdicción ha aceptado que es procedente **reconocer al contratista unos derechos consistentes en el reconocimiento y pago de INDEMNIZACION por lo que ha dejado de percibir en forma equivalente a las prestaciones sociales ordinarias** que reciben esa clase de empleados de la entidad pero **liquidables teniendo en cuenta los “honorarios” pactados en los contratos.**”(Negrilla del texto)**

En sentencia de 15 de junio de 2006, M. P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, la Sala sostuvo:

“Los simulados contratos de prestación de servicios docentes suscritos con la demandante, pretendieron esconder una vinculación de derecho laboral público, a pesar de que, como se explicó, la actora no puede ser considerada empleada pública docente. Al no tener entonces esa calidad, mal puede esta Sala decretar las prestaciones que reclama, por la sencilla razón de que tales prestaciones sociales nacen en favor de quienes, por cumplir todas las formalidades sustanciales de derecho público, para el acceso al servicio público, alcanzan la condición de servidor, cuestión que no es el caso de la demandante.

Sin embargo, como se dijo anteriormente, la administración desconoció el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, y con ello ocasionó unos perjuicios que deben ser resarcidos a la luz del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo. (...)”

La Indemnización en el Contrato Realidad

La tesis que actualmente maneja esta Corporación al momento de indemnizar este tipo de controversias, se limita a condenar al pago de las prestaciones sociales

ordinarias que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios.

Dicho argumento es justificado, en que como quien pretende demostrar el contrato realidad, no ostenta la calidad legal de empleado público, carece del derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que tendría derecho un servidor en estas condiciones, tal como se desprende de la siguiente providencia:

“La condena al pago de prestaciones sociales en favor de la parte actora, en igualdad de condiciones a un educador oficial.

En la sentencia de nov. 30/00 se expresó que **no es de recibo** porque, como ya se dijo, el régimen prestacional tiene unos destinatarios que son los empleados públicos y trabajadores oficiales, calidad que en verdad la Parte demandante no tenía en el lapso discutido.

Agregó, que no obstante, en aras de preservar la equidad hasta donde es posible, **la Jurisdicción ha accedido a reconocer a título de INDEMNIZACIÓN, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los docentes oficiales (de la respectiva Entidad Contratante), tomando el valor de lo pactado en el contrato de prestación de servicios, como base para la liquidación de la indemnización, tal como se expresó claramente en la Sentencia de marzo 18/98 del Exp. No. 11722 – 1198/98, de la Sección 2ª de esta Corporación, con ponencia del Dr. Flavio Rodríguez.**

Y para tal efecto, se deben determinar inicialmente cuáles son esas prestaciones ordinarias a que tienen derecho los educadores oficiales (v.gr. prima de navidad, cesantía, etc.) y la forma de su liquidación (v.gr. número de días y valores, etc.), para después calcular, teniendo en cuenta esos parámetros y el valor de esas prestaciones que no pudieron devengar, conforme a los honorarios pactados.”⁵ (Negrilla del Texto)

No existe discusión en cuanto a que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Adicionalmente se deben cumplir los presupuestos de Ley: Nombramiento y Posesión.

⁵ Sentencia de 28 de junio de 2001, M.P. Dr. TARSICIO CÁCERES TORO, expediente 2324-00.

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.

El artículo 53 de la Constitución que establece la prevalencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no puede ser escindido, si no concordado con la *“irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”*, por lo que una vez declarada la situación irregular del contrato de prestación de servicios, la lógica jurídica y la interpretación gramatical de la norma superior no debe ser otra que reconocer las garantías establecidas en las normas jurídicas.

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda de ordenar la indemnización reparatoria 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 la indemnización de 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.

LA SEGURIDAD SOCIAL

Régimen Pensional y Sistema Integral de Salud

Esta Sección con el cambio Jurisprudencial⁶ prohíja la aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, respecto de una reparación integral de los daños causados por la Administración al momento de celebrar el contrato realidad, indicando que es apenas lógico que la condena ordene producir plenos efectos, ello es, que el tiempo laborado sea útil para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación.

Asimismo, debe tenerse en cuenta el Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993, aplicable al sub-lite, el cual garantiza el cubrimiento de las contingencias, tales como Pensión y Salud; por su parte, el Decreto 1295 de 1994, dispuso la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Riesgos Profesionales y la Ley 21 de 1982 previó la afiliación a las Cajas de Compensación Familiar y el pago del subsidio familiar.

Sobre el tema de las prestaciones sociales, han sido clasificadas, en general, dependiendo a cargo de quien está la obligación de efectuar el aporte, así, unas son a cargo del empleador (vr.gr. prestaciones comunes u ordinarias como primas, cesantías, riesgos profesionales, caja de compensación etc.) y otras compartidas con el trabajador (vr.gr. pensión y salud). Las vacaciones en cambio, no tienen la connotación de prestación salarial porque son un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios.

En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, esta 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.

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones sociales referentes a pensión y salud son cubiertas por las partes que integran la relación laboral, así por

⁶ Sentencia de 19 de febrero de 2009, expediente 3074-2005, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

ejemplo, en materia pensional durante la ejecución de las órdenes de servicio del actor, se destinaba el equivalente al 10% de la tasa de cotización, monto cubierto por el empleador con un 75% y el trabajador con un 25% (artículo 20 de Ley 100 de 1993 sin sus modificaciones posteriores), y en materia de salud la base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es la misma contemplada en el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 (parágrafo primero Art. 204).

Por tanto, la reparación del daño en el sub-judice no podrá ser la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la Entidad demandada no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones o Empresa Prestadora de Salud, debiéndose pagar al actor quien finalmente tenía la obligación de efectuar dichos aportes como contratista o trabajador independiente (Artículos 15 y 157 de la Ley 100 de 1993).

Sobre el tema pensional, la Sección Segunda de esta Corporación, ya había reconocido tal prestación ordenando computar el tiempo laborado para efectos pensionales, explicando que una vez demostrada la relación laboral, el verdadero principio de la realidad sobre las formalidades permite el otorgamiento de los derechos implícitos, con el siguiente tenor literal:

“Así las cosas, el Estado infractor no puede entonces beneficiarse de su conducta irregular y pretender trasladar la responsabilidad de su actuación a quien ha sido de esa manera contratado, pues el verdadero sentido del principio de la realidad sobre la formalidad lo que impone es que se le reconozca con certeza y efectivamente todo derecho que deviene del despliegue de su actividad laboral. (...)

Por lo anterior, los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación. (...)⁷

⁷ Consejo de Estado, sentencia de 17 de abril de 2008, expediente No. 2776-05, M.P. Jaime Moreno García.

De las Cajas de Compensación

La Ley 21 de 1982 estableció la regulación de las Cajas de Compensación Familiar para cumplir las funciones propias de la Seguridad Social, hallándose sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la Ley; así como el subsidio familiar como aquella prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, para aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.

De conformidad con esta normativa el demandante no disfrutó, mientras duró su relación contractual desnaturalizada, de los beneficios que otorgan las Cajas de Compensación como son, percibir el subsidio familiar y acceder a los centros de recreación, educación y cultura, entre otros, presentándose la imposibilidad de percibirlos por el transcurso del tiempo, por lo que los dineros que la Administración debió sufragar a ese ente deben ser pagados, a título de indemnización por tratarse de una carga prestacional del empleador y por existir la imposibilidad de ordenar su disfrute en especie, debiéndose ordenar su reconocimiento.

En cuanto al subsidio familiar y al vestido y calzado de labor, la parte demandante no demostró estar dentro de los presupuestos para ser beneficiario de la prestación debiéndose negar tal reconocimiento.

De la Prescripción

La prescripción se encuentra regulada en el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público. El artículo 102, prescribe:

“PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, **contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.**

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

Esta Sala en anteriores oportunidades, ha declarado la prescripción trienal de los derechos que surgen del contrato realidad, aceptando que dicho fenómeno se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la Entidad demandada. Sin embargo, mediante sentencia de 19 de febrero de 2009, expediente 3074-2005, actora: Ana Reinalda Triana Viuchi, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, la Sala Plena de la Sección Segunda replanteó este criterio por las razones que a continuación se explican:

“De conformidad con algunos estatutos que han regido esta materia, los derechos prescriben al cabo de determinado tiempo o plazo contado a partir de la fecha en que ellos se hacen exigibles, decisión que se adopta con base en el estatuto que consagra dicho fenómeno. (Vr. Gr. Dto. 3135/68 art. 41)

En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria. (...)

Por lo tanto, entendiendo que el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, es justamente a partir de este momento que se contarían los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacía el futuro, situación que operaría en caso de que continuara la relación laboral, empero como el sub-lite se contrae al reconocimiento de una situación anterior no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia, tesis que la Sala en esta oportunidad acoge en su integridad.”

En consecuencia, se revocará la sentencia impugnada, que negó las suplicas de la demanda, y en su lugar se declarará la nulidad del Oficio No. 15131 de 6 de agosto de 1999 -acto acusado, que negó el reconocimiento de una relación laboral de hecho entre el actor y la Red de Solidaridad Social, condenando a la Entidad a título de reparación del daño, al pago de las prestaciones sociales que devengue un Asesor Oficial de la misma categoría del actor, liquidada con base en los honorarios pactados en el contrato.

Al liquidar las sumas dinerarias en favor del demandante, los valores serán ajustados en los términos del artículo 178 del C.C.A., utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada prestacional.

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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

1°. **REVÓCASE** la sentencia de 2 de junio de 2009, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda incoada por Gonzalo Agudelo Viana contra la Red de Solidaridad Social. En su lugar se dispone.

2°. **DECLÁRASE** inhibida la Sala para conocer de la nulidad del Oficio No. 10704 de 15 de febrero de 1999 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

3°. **DECLÁRASE** la nulidad del Oficio No. 15131 de 6 de agosto de 1999, suscrito por el Secretario General del Programa para la Reinserción, de la Red de Solidaridad Social, que negó la solicitud del actor respecto al reconocimiento de una relación laboral de hecho y el pago de las prestaciones por haber laborado del 1° de enero de 1994 hasta el 15 de febrero de 1999 como Asesor de la Regional Urabá - Antioquia.

4°. **CONDÉNASE** a la Red de Solidaridad Social (hoy Acción Social) a pagar al actor, a título de Reparación del Daño, el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados vinculados a dicha Entidad, durante el periodo que prestó sus servicios, liquidadas conforme al valor pactado en el Contrato de Prestación de Servicios, sumas que serán ajustadas conforme quedó expuesto en la motiva de la presente providencia.

5°. **CONDÉNASE** a la Red de Solidaridad Social (hoy Acción Social) a pagarle al señor Gonzalo Agudelo Viana a título de Reparación del Daño, los porcentajes de cotización correspondientes a Pensión y Salud que debió trasladar a los Fondos

correspondientes durante el periodo acreditado que prestó sus servicios, dichas sumas serán ajustadas conforme quedó expuesto.

6°. **DECLÁRASE** que el tiempo laborado por el señor Gonzalo Agudelo Viana, bajo la modalidad de Contratos u Órdenes de Prestación de Servicios, se debe computar para efectos pensionales.

7°. **CONDÉNASE** la Red de Solidaridad Social (hoy Acción Social) a pagar al demandante a título de Indemnización, las cotizaciones de Caja de Compensación durante el periodo acreditado que prestó sus servicios conforme a la parte motiva, dichas sumas igualmente serán ajustadas conforme quedó descrito.

8°. La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

9°. **NIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA