

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. [...]»

[...]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.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación número: 05001-23-31-000-2000-04729-01(0821-09)

Actor: CARLOS MARIO LOAIZA MEJIA

Demandado: POLITECNICO COLOMBIANO JAIME ISAZA CADAVID

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 27 de marzo de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las súplicas de la demanda incoada por Carlos Mario Loaiza Mejía contra el Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de la Comunicación No. 14108-00057412 de 9 de octubre de 2000, proferida por el Director de Talento Humano del Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, que negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales al actor.

Como consecuencia de lo anterior solicitó que se declare que entre él y la Entidad existió una relación laboral; el reconocimiento y pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas legales y extralegales, afiliación a un fondo de cesantías y salud, aportes a pensión de jubilación, vacaciones, vestido y calzado de labor, auxilio de transporte y reembolso de las sumas retenidas por concepto de Retención en la Fuente y Ley Cuarta; junto con la indemnización por el retraso en el pago; los valores deberán pagarse debidamente indexados.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

El demandante se vinculó con el Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid el 22 de enero de 1996, mediante Orden de Prestación de Servicios como obrero - electricista, de acuerdo a la cual no es funcionario o empleado público, por lo que no hay lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales por sus servicios.

Bajo iguales condiciones laboró en la Entidad hasta el 30 de junio de 1998, de forma continua e ininterrumpida mediante diferentes Órdenes de Prestación de Servicios, firmadas periódicamente.

Durante la vinculación, prestó sus servicios en la dependencia de mantenimiento, bajo la subordinación del Jefe del Área, cumplió horario y las funciones propias de los trabajadores vinculados a la Entidad por contrato laboral.

Generalmente suspendían labores el 20 de diciembre de cada año y regresaban el 20 de enero del siguiente, sin recibir ninguna prestación social, pues solamente recibía el salario estipulado en los contratos.

Por no estar afiliado por cuenta de la demandada a ningún tipo de Entidad prestadora de servicios, cuando lo incapacitaban se lo descontaban del salario, sin tener derecho a reembolso.

Siempre le descontaron por Retención en la Fuente y Ley "Cuarta".

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, artículos 1, 2, 6, 11, 12, 13, 16, 20, 25, 29, 37, 38, 53, 90, 93, 95, 122 a 125, 365 y 366; Declaración Universal de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; Convenios Nos. 87, 98, 100 y 111 de la OIT; Código Sustantivo del Trabajo, artículos 10, 27, 74, 127, 143 y siguientes; y Decreto Reglamentario 1469 de 1978.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid contestó la demanda (fls. 24 a 37), y se opuso a las pretensiones con la siguiente argumentación:

El Politécnico Jaime Isaza Cadavid es una Institución Universitaria del Orden Departamental, cuyos servidores públicos se rigen por el Decreto 3135 de 1968 y está facultada por la Ley 80 de 1993 para suscribir contratos de prestación de servicios.

Si bien el demandante en desarrollo del contrato se desempeñó como electricista, de ninguna manera puede entenderse que cumplió labores de construcción o mantenimiento de obra pública, como si fuera trabajador oficial con un horario específico, ya que su deber era cumplir con el objeto del contrato en consideración a sus especiales conocimientos en electricidad, para lo cual era necesario cumplir con un cronograma de actividades, sin que por este hecho pueda pregonarse subordinación, máxime si en el mismo contrato quedó establecido que el contratista no se consideraba ni empleado público ni trabajador oficial, tenía honorarios y no tendría subordinación o dependencia respecto de la Entidad.

Los servicios prestados fueron en calidad de contratista independiente, con interrupciones entre periodos académicos, de lo cual era informado por escrito, además se le hicieron las retenciones que deben hacerse por mandato legal en este tipo de contratos y no hay prueba de que él hubiese cotizado a seguridad social.

Formuló las excepciones de:

Caducidad de la acción, fundamentado en el artículo 136 del C.C.A., para que opere éste fenómeno basta que transcurra el tiempo sin haber hecho uso de la acción, lo cual ocurrió en el sub lite, pues entre la fecha de comunicación de terminación del contrato - 28 de septiembre de 1998 - y la presentación de la demanda transcurrieron más de 4 meses.

Buena fe, la Institución actuó conforme a la Ley 80 de 1993, reconociendo la vinculación del actor como contratista independiente, en labores que no podían desarrollar con personal de planta, por lo que actuó de buena fe.

Inexistencia de la obligación, porque la Entidad pagó todos los honorarios que fueron fijados como asignación en las órdenes de servicio suscritas, y de acuerdo al numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no generan relación laboral ni prestaciones sociales.

Pago, de acuerdo con la naturaleza del contrato de prestación de servicios, el desarrollo del objeto y las cláusulas pactadas, las obligaciones que se generaron fueron canceladas en su totalidad.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia negó las pretensiones de la demanda (fls. 116 a 125), con la siguiente argumentación:

Para el A quo se está frente a un típico caso de contrato de prestación de servicios, el cual no genera ninguna obligación de índole laboral a cargo del Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, tal como se desprende de las cláusulas contractuales y de la naturaleza del contrato, pues de acuerdo al artículo 32 de la Ley 80 de 1993, las Entidades Públicas pueden celebrar contratos de prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con su administración o funcionamiento, en los casos en que éstas no puedan realizarse con personal de planta o cuando se requiera un especial conocimiento técnico.

De la comparación del contrato de prestación de servicios con el laboral puede concluirse que sus elementos estructurales son distintos, ya que cada uno reviste singularidades propias y visibles, que los hacen inconfundibles tanto en la naturaleza, objeto y fines de los mismos¹. En ese sentido, fuerza concluir que entre el demandante y la Entidad no existió una relación laboral de carácter reglamentario, porque la actividad se realizó en ejecución de sucesivos contratos de prestación de servicios.

Según las normas que regulan la naturaleza jurídica en la vinculación de los funcionarios públicos, no es posible que exista una relación de carácter estatutario en el sub judice, toda vez que el ingreso y permanencia en estos cargos solo es posible mediante concurso de méritos y examen periódico, requisitos que el demandante no cumple, porque la calidad de empleado público no se adquiere por el hecho de prestar un servicio a la Administración, la cual sí está autorizada para celebrar estos contratos en aras de mejorar la prestación del servicio².

Finalmente manifestó que el actor no solicitó la revisión, ni el incumplimiento del contrato (sic), para que como consecuencia se declarase su vinculación como empleado público, falencia que el Juez de lo Contencioso Administrativo no puede sustituir por tratarse de una jurisdicción rogada, ahora si quería demostrar el contrato de trabajo individual con sus elementos y singularidades propias, debió acudir a la Jurisdicción Ordinaria.

EL RECURSO

La parte actora interpuso recurso de apelación, con la sustentación visible a folios 127 a 129. Manifestó que a lo largo del debate probatorio quedó acreditado que fue contratado para prestar sus servicios como obrero de campo, realizando las mismas labores de los vinculados mediante contrato de trabajo, razón por la cual tiene derecho al pago de las prestaciones sociales que los otros recibían.

Además está probado que la actividad desarrollada durante años no fue temporal e independiente, pues se dieron los supuestos para demostrar la relación laboral entre las partes, ya que la prestación del servicio fue personal, recibió una remuneración y hubo subordinación, entendida como la facultad que tiene el nominador para exigirle al servidor el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle un reglamento, lo cual se evidenció durante la ejecución del contrato.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 1997, declaró exequibles las expresiones “...no puedan realizarse con personal de planta...” y “En ningún caso... generan relación laboral ni prestaciones sociales...”. contenida en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada, esto con el fin de proteger el derecho a la igualdad de los contratistas frente a los empleados de planta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, pues dichas prácticas vulneran la Constitución Política y los Convenios de la OIT ratificados por Colombia.

Para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, la función pública ejerce sus actividades a través de los servidores públicos, ya sea como empleado público o

¹ Corte Constitucional, sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997.

² Corte Constitucional, sentencia C-555 de 1994.

trabajador oficial, que en todo caso prestan sus servicios en la forma prevista en la Carta Política, la Ley y los Reglamentos.

Por su parte, el contrato de trabajo tiene elementos esencialmente diferentes a los del contrato de prestación de servicios, pues el primero supone la existencia de la prestación personal del servicio, continuada subordinación y su respectiva remuneración; y el segundo, es el desarrollo de una actividad de manera independiente, sin subordinación, entendida como la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada, pues “no debe olvidarse que el contrato de trabajo es un contrato realidad”.

CONCEPTO FISCAL

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado emitió Concepto (fls. 138 a 143), en el que solicitó revocar la sentencia apelada y acceder a las súplicas de la demanda.

La Ley 80 de 1993, autoriza la celebración de contratos de prestación de servicios, para cumplir una labor completamente diferente a la que realizan los servidores de planta o cuando no se cuenta con el personal suficiente para realizarla, sin embargo su utilización debe ser excepcional y transitoria, pues de lo contrario se desdibujaría la figura contractual, dando paso a la relación laboral, para lo cual es necesario demostrar que la función que cumplió el contratista corresponde a las que desarrollan los servidores de planta, bajo subordinación o dependencia, ciñéndose a un horario de trabajo y recibiendo un salario.

Las órdenes de prestación de servicios celebradas entre el actor y la Entidad, para desempeñarse como electricista, adscrito a la sección de mantenimiento y los testimonios, evidencian la subordinación, porque las actividades fueron desarrolladas bajo la directa supervisión del Jefe de la Sección, cumpliendo un horario de lunes a sábado, configurándose entonces los elementos de una relación laboral y por ello, debe declararse la nulidad del acto acusado.

Como para tener la calidad de empleado público se requiere ser nombrado en un cargo de planta de la Entidad, aceptar y posesionarse en el mismo, cumpliendo los requisitos de Ley, sometiéndose a una vinculación legal y reglamentaria, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades no es posible asignar tal calidad, de manera que el restablecimiento del derecho será la indemnización por las prestaciones sociales, que deberá liquidarse con base en lo devengado por los empleados de su mismo cargo y rango, según el manual de funciones, como una aplicación integral del mencionado postulado.

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 señor Carlos Mario Loaiza Mejía tiene derecho a que el Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid le pague las prestaciones que le adeuda como consecuencia del contrato realidad suscrito para el desempeño del cargo de Electricista, o si por el contrario se celebraron contratos de prestación de servicio ajustados a la Ley.

ACTO ACUSADO

Comunicación No. 14108-00057412 de 9 de octubre de 2000, suscrita por el Director del Talento Humano del Politécnico Jaime Isaza Cadavid, que negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales solicitadas por el actor, en razón a que la modalidad bajo la cual fue vinculado - contrato de prestación de servicios - no le otorgó la calidad de empleado público o trabajador oficial, y las prestaciones que se le pagaron fueron a título de honorarios, no de salarios, tal y como consta en los respectivos contratos (fls. 1-2).

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

Vinculación con la Entidad demandada

De acuerdo con el certificado de tiempo de servicio (fl. 4), expedido por el Director del Talento Humano de la Entidad, el demandante prestó sus servicios por honorarios como Electricista adscrito a la sección de mantenimiento, vinculado mediante Órdenes de Servicios a término fijo y renovadas, así:

- O.S No. 45 de 22 de enero a 30 de junio de 1996.
- O.S. No. 369 de 2 de julio a 30 de septiembre de 1996.
- O.S. No. 671 de 1º de octubre a 20 de diciembre de 1996.
- O.S. No. 89 de 13 de enero a 30 de junio de 1997.
- O.S. No. 350 de 1º de agosto a 30 de septiembre de 1997.
- O.S. No. 660 de 1º de octubre a 12 de diciembre de 1997.
- O.S. No. 61 de 19 de enero a 30 de junio de 1998, con unos honorarios mensuales promedio de \$410.406.

Seguridad Social

A folio 74, la Jefe Jurídica Regional de Coomeva E.P.S., certificó que el demandante estuvo afiliado durante el periodo comprendido entre el 22 de enero de 1996 y el 30 de junio de 1998.

A folios 84 a 87, obran los desprendibles de pago al Sistema de Seguridad Social Integral durante los años de 1996, 1997 y 1998.

A folio 100, el Coordinador de Afiliación y Registro del Seguro Social, certificó que en las bases de datos de afiliados y cotizantes se encontró que el demandante entre el 3 de mayo de 1995 y el 30 de abril de 2001, estuvo afiliado a pensión, salud y riesgos profesionales, por intermedio del empleador Alberto Castaño. Adjuntó los formularios de pago (fls. 101-103).

Vía gubernativa

Mediante petición radicada el 20 de septiembre de 2000, dirigida al Rector del Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, el actor solicitó que se declare que su vinculación con la Entidad fue mediante contrato laboral y no como contrato de prestación de servicios y en consecuencia, le reconozca y pague las prestaciones sociales legales y extralegales a que tiene derecho, debidamente indexadas (fl. 3).

La Comunicación No. 14108-00057412 de 9 de octubre de 2000, suscrita por el Director del Talento Humano de la Entidad, resolvió la petición anterior, negándole las prestaciones sociales reclamadas (fls. 1-2).

JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La Corte Constitucional, en sentencia C- 154 de 1.997, con ponencia del 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.”³.

Al respecto, 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:

“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.

³ Consejo de Estado, Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Consejero ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

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 términos⁴:

“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.”

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Expedientes Nos. 0245 y 2161 de 2005, Consejero Ponente 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.

CASO CONCRETO

El demandante en la sustentación del recurso de apelación manifestó que de las pruebas allegadas al proceso puede concluirse que entre él y la Entidad hubo una relación laboral, porque la prestación del servicio fue personal, recibió a cambio una contraprestación y estaba subordinado a su empleador durante la ejecución de los contratos, así como la similitud o equidad como parámetro de comparación con los demás empleados de planta.

De las pruebas que fueron arrimadas al plenario para determinar la existencia de una relación laboral entre el actor y el Politécnico Jaime Isaza Cadavid, se destaca el certificado de tiempo de servicio expedido por el Jefe del Talento Humano (fl. 4), en donde se establece que el actor presta sus servicios por honorarios como Electricista, mediante órdenes de servicios.

En la Orden de Servicio No. 437, cuyo objeto es el desempeño del actor como electricista adscrito a la sección de mantenimiento, para el periodo comprendido entre el 13 de julio y el 3 de noviembre de 1998, se obligó a: “a. realizar los trabajos de instalación, mantenimiento y reparación al sistema eléctrico de la Institución que le sean asignadas por el responsable del área; b. realizar los trabajos de instalación, mantenimiento y reparación de los equipos eléctricos de la Institución que le sean asignados por el responsable del área; c. solicitar los materiales y herramientas necesarias para la realización de los trabajos; d. revisar y determinar las causas del mal funcionamiento del sistema eléctrico de la Institución y solicitar la orden de trabajo para su reparación; e. revisar y reparar, si es posible, los equipos eléctricos de la Institución que se encuentren dañados, para su recuperación; f. las demás que sean inherentes al cargo que le sean asignadas por el responsable del área”, con una asignación de honorarios de \$410.407, pago que se autorizaba mediante resolución motivada, previa certificación del jefe del área de la prestación efectiva del servicio.

Además, en la cláusula sexta, se pactó: “Situación jurídica del ejecutor. De conformidad con lo dispuesto en el aparte III de la Ley 80 de 1993, el ejecutor para los efectos de la presente orden no se considera empleado público ni trabajador oficial. Razón por la cual no se genera relación laboral alguna. Ni pago de prestaciones sociales por sus servicios. En tal virtud el cumplimiento de la presente orden de servicio no estará sometido a subordinación alguna. Solo se limitará al cumplimiento de las obligaciones pactadas en la cláusula décimo cuarta. Sin que sea menester el condicionamiento de horario habitual definido para los empleados de la Institución”.

Para desvirtuar lo anterior, es necesario analizar los tres elementos existentes en la relación laboral, o sea, como ya se indicó, 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 actor, como se desprende de la precitada Orden de Servicio No. 437 de 1998 y del desprendible de pago visible a folio 5 del expediente.

Ahora bien, respecto de la subordinación, en la testimonial rendida por los señores Lázaro Enrique González (fls. 96-97) y Rigoberto Álvarez Acevedo (fls. 97-99), una vez analizadas, encuentra ésta Instancia que advierten uniformidad en cuanto al lugar y jornada que el actor cumplía durante la prestación de sus servicios “... El horario era de 7 de la mañana a 12 del día y de 2 de la tarde a cinco (5) de la tarde, de lunes a viernes, o

mejor, era de lunes a sábado, pero yo creo que el sábado salía al medio día...”⁵, así como descripciones sobre el elemento de subordinación de la relación laboral, pues “... era el señor JORGE ARISTIZABAL, Jefe de mantenimiento, ese era el jefe inmediato de Carlos Mario...él dependía de los jefes inmediatos, a lo que lo mandaran. También fue jefe de Carlos Mario, el señor Federico Acevedo”⁶.

Si bien es cierto que dentro del plenario no existen pruebas documentales 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 (testimonios) 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 Electricista del actor, como se desprende de cada una de las órdenes de servicio, no puede dejarse a un lado lo dicho por la Sala en reciente providencia:

“En el presente caso la Sala encuentra probada la existencia de un vínculo de carácter laboral entre el Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid y el demandante, el cual quedó demostrado con las órdenes de servicios arriadas al proceso, en las que se evidencia que las funciones desempeñadas por el actor, no se cumplían en forma autónoma o independiente, sino que se trataba de verdaderas órdenes que implican subordinación”⁷⁸.

En el caso de autos, según obra en el plenario, se suscribieron con el demandante órdenes de prestación de servicios, con algunas interrupciones en su ejecución, sin que ello evidencie la ausencia de un genuino interés de la Administración por emplear sus 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 24 meses, 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.

Mal podría sostenerse, entonces, que existió una relación de coordinación, cuando la actividad del actor se cumplió de conformidad con las orientaciones emanadas por el Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, prestando sus servicios de manera subordinada y no bajo su propia dirección y gobierno³.

En este orden de ideas, no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas, pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a este.

⁵ Tomado del testimonio del Señor Lázaro Enrique González (fl. 96 reverso).

⁶ Tomado del testimonio del señor Rigoberto Álvarez Acevedo (fl. 98).

⁷ Ver entre otros: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de septiembre de 2006, Consejero Ponente Dr. Alberto Arango Mantilla, expediente No. 7979-05, actor: Lázaro Enrique González; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 16 de noviembre de 2006, Consejero Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante, expediente No. 4718-05, actor: Fredy de Jesús Zapata Tejada; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de julio de 2008, Consejero Ponente Dr. Alfonso Vargas Rincón, expediente No. 9978-05, actor: Manuel Urrutia Perea.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 30 de julio de 2009, expediente: 1129-2008, actor: Jesús Antonio López Arias, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

³ Esta posición ha sido sostenida por fallo de esta Subsección del 4 de noviembre de 2004, Expediente No. 150012331000199902561-01, Referencia No.3661-2003, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, demandante: Marlen Fúquene Ramos.

En estas condiciones queda desvirtuada la vinculación como contratista para dar lugar a una de carácter laboral, que si bien es cierto no puede tener la misma connotación del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, no es menos cierto que este tipo de personas laboran en forma similar al empleado público con funciones administrativas.

LA CONDENA EN EL CONTRATO REALIDAD

La tesis que manejaba esta Corporación al momento de indemnizar este tipo de controversias, se limitaba 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 INDEMNIZACION, 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.”⁹ (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.

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 ordenando el reintegro y el pago de los emolumentos dejados de percibir, dada su inexistencia en la Planta de Personal imposibilitando retrotraer las cosas a su estado anterior, pero sí, el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.

⁹ Sentencia de 28 de junio de 2001, M.P. TARSICIO CÁCERES TORO, Exp. 2324-00, Actora: MARÌA BERTHA DÍAZ CORREA.

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, sino 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.¹⁰

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 Jurisprudencial¹¹ 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 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

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, M.P. DRA. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ, sentencia de 19 de febrero de 2009, EXP. No. 730012331000200003449-01 (3074-2005), ACTORA: ANA REINALDA TRIANA VIUCHI.

¹¹ Sentencia de 19 de febrero de 2009, EXP. No. 730012331000200003449-01 (3074-2005), ACTORA: ANA REINALDA TRIANA VIUCHI.

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-lite* 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 ordenado 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...”¹²

No se puede acceder a lo pretendido por el actor en cuanto a su afiliación a un fondo de cesantías y a una entidad prestadora de salud, pues la relación laboral reconocida ya no está vigente, por lo que resultaría infructuoso. De la misma manera, no hay lugar a reconocer una indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones, pues como lo indicó esta Sección¹³, la sentencia que reconoce la relación laboral tiene carácter constitutivo, por lo que es a partir de ella que nacen a la vida las prestaciones correspondientes, de esta manera es imposible que se presente mora en el reconocimiento y pago de las prestaciones, cuando ni siquiera existían¹⁴.

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

¹² El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, había ordenado el reconocimiento de estos efectos, en sentencia del 17 de abril de 2008, Radicación número: 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05), Actor: JOSE NELSON SANDOVAL CÁRDENAS, Demandado: INSTITUTO FINANCIERO PARA EL DESARROLLO DE NORTE DE SANTANDER – IFINORTE, Magistrado Ponente Dr. JAIME MORENO GARCIA.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 30 de julio de 2009, expediente: 1129-2008, actor: Jesús Antonio López Arias, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila

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.

En consecuencia, se revocará la sentencia impugnada, declarando la nulidad de la Comunicación No. 14108-00057412 de 9 de octubre de 2000 proferida por la Entidad demandada, que negó las prestaciones sociales adeudas; condenando a título de reparación del daño, al pago de las prestaciones sociales que devengue un empleado público en el mismo o similar cargo desempeñado por el actor, liquidadas con base en los honorarios contractuales, pagando a título de indemnización las cotizaciones por concepto de Caja de Compensación, se ordenará pagar los montos pensionales adeudados por la entidad y se tendrá en cuenta el tiempo laborado para los mismos efectos, por último se negaran las demás pretensiones.

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, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

REVÓCASE la sentencia de 27 de marzo de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda incoada por Mario Loaiza Mejía contra el Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid.

En su lugar,

DECLÁRASE la nulidad de la Comunicación No. 14108-00057412 de 9 de octubre de 2000, proferida por el Director del Talento Humano del Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CONDÉNASE al Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid a pagar al demandante, 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 las órdenes de servicios, sumas que serán ajustadas conforme quedó expuesto en la motiva de la presente providencia.

CONDÉNASE a la Entidad Demandada a pagar al demandante 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.

DECLÁRASE que el tiempo laborado por el señor Carlos Mario Loaiza Mejía, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios se debe computar para efectos pensionales.

CONDÉNASE al Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid a pagar al actor 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.

NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE