

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Principio de primacía de la realidad sobre las formalidades

La Sala ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P. que contemplan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas del mismo carácter, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLITICA - ARTICULO 53

VINCULACION CON EL ESTADO - Clases / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - No cumplimiento de elementos esenciales

De acuerdo con las citadas normas, artículos 122 y 125 de la Constitución Política, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificados, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal). Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA -ARTÍCULO 122 /
CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 125

CALIDAD DE EMPLEADO PUBLICO – Requisitos

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

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Límites Regulación legal

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

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / DECRETO 1950 DE 1973 - ARTICULO 7 / DECRETO LEY 1042 DE 1978 / LEY 909 DE 2004 – ARTICULO 19 / LEY 790 DE 2002 - ARTICULO 17 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 29

RELACION LABORAL – Elementos. Prueba. Efectos. Antecedente jurisprudencial / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Desvirtuado

da lugar a indemnización por reparación del daño. Principio de la realidad sobre las formalidades

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral. Recientemente, esta Sección modificó la tesis que reconocía al contratista que lograba demostrar los elementos de la relación laboral las prestaciones sociales dejadas de percibir a "título de indemnización", considerando que las mismas se otorgan a título de "reparación del daño", sin que por ello se convierta automáticamente en un empleado público

NOTA DE RELATORIA : Sobre el contrato de prestación de servicios, se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, de 15 de junio de 2006, expediente 2603-05, ponente: Jesús María Lemus Bustamante; sentencia de 19 de febrero 2009, expediente 3074-05, ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez

PRESCRIPCION DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD - No aplicación. Antecedente jurisprudencial

NOTA DE RELATORIA: Sobre la prescripción de los derechos derivados del contrato realidad, se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, de 19 de febrero 2009, expediente 3074-05, ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

INDEMNIZACION DEL CONTRATO REALIDAD - Alcance / PRESTACIONES SOCIALES - Clasificación

Las prestaciones sociales han sido clasificadas, en general, dependiendo a cargo de quien está en 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. cotizaciones a 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, la Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones sociales referentes a pensión y salud son cubiertas por las partes que integran la relación laboral. Por tanto, la reparación del daño en el presente caso no podrá ser la

totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el actor.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., primero (1o) de julio de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08)

Actor: JOSE DOLORES OROZCO ALTAMAR

Demandado: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION Y CORPES

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 7 de febrero de 2007, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Magdalena declaró probada de oficio la excepción de prescripción, con fundamento en lo previsto en el Decreto Ley 3135 de 1968.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. JOSÉ DOLORES OROZCO ALTAMAR, a través de apoderado, acudió a la jurisdicción en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo y solicitó que se declare la nulidad de los oficios O.J. No. 0499 de 22 de julio de 1999 del D.N.P. y 034407 de 12 de agosto de 1999 del CORPES, por medio de los cuales le negaron el reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a las entidades demandadas a reconocer y pagar al actor las prestaciones sociales causadas entre el 1o de febrero de 1991 y el 26 de septiembre de 1994, junto con los respectivos intereses de mora.

Los hechos de la demanda se resumen así:

El actor fue vinculado al Departamento Nacional de Planeación-Consejo Regional de Planificación de la Costa Atlántica, CORPES, F.I.R., a través de contratos de prestación de servicios celebrados entre el 1º de febrero de 1991 y el 26 de septiembre de 1994, como digitalizador del Sistema de Información Geográfica del CORPES.

Dichos contratos fueron suscritos inicialmente por el representante legal del CORPES y con posterioridad por intermedio de la Fiduciaria del Estado S.A., entidad que obró como administradora fiduciaria de los recursos del Fondo de Inversiones para el Desarrollo Regional de la Costa Atlántica, F.I.R.

Durante el tiempo de servicio, cumplió con un horario de entrada y salida, realizó su labor de manera personal y directa, acatando las órdenes de los Directores y del Jefe de la División sectorial del CORPES y recibió oportunamente el pago por sus servicios.

Mediante petición de 24 de junio de 1997, solicitó al Director del CORPES Costa Atlántica el reconocimiento y pago de los derechos laborales a que cree tener derecho; igualmente, mediante escrito de 13 de julio de 1999 efectuó tal reclamación ante el Director Nacional de Planeación, petición que fue negada mediante los actos demandados, interrumpiendo además la prescripción.

Como normas vulneradas invocó los artículos 2, 6, 13, 23, 25, 53, 122, 123, 150, 189, 208 y 209 de la Constitución Política; 98 y 99 de la Ley 50 de 1990; 1 y 2 de la Ley 244 de 1995; Ley 6 de 1945; Decretos 2127 de 1945; 3135 de 1968; 1848 de 1969; 3118 de 1968; 1045 de 1978; 1113 de 1992; 2114 de 1987; 1494, artículos 1568 y 1987 del Código Civil; 2, 13, 186 a 192, 230 a 235, 249 a 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo. El concepto de violación desarrolló de la siguiente manera:

Manifiesta que el acto acusado viola los principios constitucionales al desconocer, entre otros, el derecho a la igualdad, ya que a varios trabajadores del CORPES sí se les reconocieron los derechos laborales que a él se le adeudan.

En consonancia con lo anterior, sostiene que al proferir las entidades demandadas los actos administrativos impugnados vulneraron los derechos que la Constitución consagra a favor de los trabajadores en materia de prestaciones sociales, las cuales deben ser proporcionales al tiempo servido y canceladas oportunamente.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. El Departamento Nacional de Planeación se opuso a las pretensiones (fls. 96 a 101) por las siguientes razones:

Señala que entre el D.N.P y el demandante no ha existido ningún vínculo contractual ni de otra naturaleza, dado que el CORPES COSTA ATLÁNTICA creado por el artículo 1º de la Ley 76 de 1985, no estaba adscrito ni vinculado al D.N.P. A su vez, el artículo 3º creó el F.I.R. para el desarrollo de la costa atlántica como un fondo cuenta del Banco de la República y el artículo 7º estableció que la dirección del CORPES estaría a cargo de un Coordinador Regional nombrado por el Presidente de la República de una terna presentada por los miembros del CORPES.

Igualmente, a la luz del artículo 15 del Decreto 1113 de 1992, el Coordinador Regional era el encargado de seleccionar el personal de la Unidad Técnica.

Por último, indica que el Gobierno Nacional ordenó el desmonte de los CORPES y la Nación a través del Departamento Nacional de Planeación los sustituyó en sus derechos y obligaciones aunque, en su criterio, Planeación Nacional es ajena a la relación contractual entre el demandante y el CORPES.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, caducidad de la acción, prescripción de derechos, inepta demanda y finalmente afirma que la reclamación atenta contra el principio de la buena fe.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Magdalena negó las pretensiones de la demanda (fls. 290 a 305) por los motivos que se resumen así:

En primer lugar desestimó las excepciones propuestas por cuanto el Código Sustantivo del Trabajo resulta aplicable a los trabajadores oficiales y a los particulares pero no a los empleados públicos.

Sostuvo que de las pruebas recaudadas en el proceso se desprende que aunque no se estipuló horario en el contrato de prestación de servicios, éste se presume de las obligaciones a cargo del actor, pues “sus actividades se concatenan a las normales de cualquier funcionario, circunstancia que no alcanza a desvirtuarse con los testimonios de (sic) recaudados”.

Por otra parte, declaró de oficio la prescripción en los términos del artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 1968, en razón a que revisados los contratos se encontró que el último de ellos se celebró el 26 de enero de 1994 con una vigencia de once meses, lo que demuestra con claridad la operancia de la prescripción de los derechos del actor.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora interpuso recurso de apelación (fl. 307) manifestando que en el proceso se demostró la configuración de los hechos que violaron el acuerdo contractual por cuanto se dio la existencia de una relación laboral que implicó una actividad subordinada y dependiente, desvirtuándose la presunción que consagra la Ley 80 de 1993. Así mismo, la prueba documental y testimonial demuestra la subordinación y dependencia del actor en la prestación del servicio, por lo cual se debe acceder a las pretensiones de la demanda.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ninguna de las partes se pronunció en esta etapa procesal.

V. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO. En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, debe la Sala precisar si se ajustan o no a derecho los actos administrativos por medio de los cuales el Departamento Nacional de Planeación y el CORPES negaron al actor el pago de prestaciones sociales por su vinculación mediante contratos de prestación de servicios.

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL. Sea lo primero advertir, que la Sala ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios no puede

constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P. que contemplan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas del mismo carácter, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

2.1 El contrato de prestación de servicios y la teoría de la relación laboral. La Constitución Política de 1991, contempló en el Capítulo II, de la función pública, lo siguiente:

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

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

De acuerdo con las citadas normas, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificados, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).

Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.

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

“Es verdad que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la presunción de que toda relación de trabajo personal se entiende regida por un contrato de trabajo, frente a la cual la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido del criterio de que quien la alegue en su favor tiene que demostrar la prestación personal del servicio para entenderse cobijada por ella, mientras que al beneficiario de dicha prestación es a quien le corresponde desvirtuar que en la misma no existe el elemento de la subordinación (subrayas de la Sala).

2.2. Del contrato de prestación de servicios

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

“3. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

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

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

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

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de

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

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

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

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

El artículo 7º. del Decreto 1950 de 1973 prevé que “(...), **en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto.**

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad” (resaltado fuera de texto).

En este sentido, el Decreto Ley No. 1042 de 1978 expedido por el Presidente de la Republica, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 5ª de 1978, en lo pertinente, previó:

“Art. 2º De la Noción de empleo. *Se entiende por empleo el conjunto de funciones, deberes y responsabilidades que han de ser atendidos por una persona natural, para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública.*

Los deberes, funciones y responsabilidades de los diferentes empleos son establecidos por la Constitución, la ley o el reglamento, o asignados por la autoridad competente.”

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

“Art. 19 El Empleo Público.

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

2. El diseño de cada empleo debe contener:

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

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

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

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

Otra limitación fijada en la ley para evitar el uso indebido del contrato de prestación de servicios, se encuentra prevista en la Ley 790 de 2002, por medio de la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República, la cual consagra en su capítulo de disposiciones finales lo siguiente:

“ARTÍCULO 17. PLANTAS DE PERSONAL. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos

Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.

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

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

Por su parte, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el estatuto único disciplinario, establece como falta gravísima:

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

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

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

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

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

de la existencia de la vinculación laboral y, por consiguiente, el pago de las prestaciones sociales a que haya lugar.

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado. ²

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que **el trabajo es un derecho fundamental** que goza "*...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.*". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003³, la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad negó las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento "*coordinación*". No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento "*subordinación*" aspecto trascendente que como se anotó requiere ser acreditado fehacientemente, en la tarea de desentrañar la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la

² *Ibíd.*

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

entidad haya sido **personal** y que por dicha labor haya recibido una **remuneración** o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista **subordinación** o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

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

Posteriormente, en sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, con ponencia del doctor Tarcisio Cáceres Toro, se efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, precisando que *“para que una persona natural desempeñe un **EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA)** que se realice su **ingreso al servicio público** en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, **requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión**, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la **persona nombrada y posesionada** es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente. Ahora, muy excepcionalmente se da el caso de los **FUNCIONARIOS DE HECHO**, donde estos requisitos para el ingreso al empleo no se cumplen satisfactoriamente y cuyas repercusiones en diferentes campos del derecho han sido analizadas; para esta figura es indispensable la **EXISTENCIA DEL EMPLEO**, lo cual implica que esté previsto en la respectiva **PLANTA DE PERSONAL**”* (negrilla y subrayados originales del texto).

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarcisio Cáceres Toro.

Y en sentencia de 15 de junio de 2006⁵, esta Subsección precisó que *“cuando existe contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional”*.

(...)

*“En consecuencia, **se reconocerá una indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir**, para cuya liquidación se tomará como base el valor del respectivo contrato u orden de prestación de servicios”* (resaltado de la Sala).

Recientemente, esta Sección modificó la tesis que reconocía al contratista que lograba demostrar los elementos de la relación laboral las prestaciones sociales dejadas de percibir a “título de indemnización”, considerando que las mismas se otorgan a título de “reparación del daño”, sin que por ello se convierta automáticamente en un empleado público:

“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.

(...)

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

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, radicación No. 2603-05, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación...⁶.

3. EL CASO EN ESTUDIO.

3.1 Configuración de los elementos de la relación laboral

La Sala observa que el actor prestó sus servicios al CORPES de manera personal y que por dicha actividad recibió como contraprestación un pago en calidad de honorarios, tal y como se desprende de los diferentes contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes.

La parte actora solicitó anexar al expediente los comprobantes de pago (fls. 204 a 221), así como los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes (folios 74 a 83); pruebas que demuestran que prestó sus servicios en la Unidad Técnica del CORPES COSTA ATLÁNTICA-Sistemas de Información Regional como operador y digitalizador del sistema de información geográfica y que recibió un pago por dichos servicios. Dentro de las obligaciones cumplidas por el contratista estaban:

“1º prestar servicio a la Unidad a la Unidad Técnica del CORPES Costa Atlántica como operador y digitalizador del Sistema de Información Geográfica Regional. 2º Prestar apoyo logístico y técnico en la Unidad de Sistemas del Corpes Costa Atlántica, cuando este lo requiera. 3º Procesar información concerniente a los diferentes insumos de las diversas unidades operativas del Corpes Costa Atlántica. 4º Velar por el mantenimiento y correcto funcionamiento de los equipos de computación de la Unidad Técnica del Corpes Costa Atlántica. 5º Prestar servicio técnico en Sistemas al Corpes Costa Atlántica en los demás puntos que estime conveniente el Coordinador de Sistemas del Corpes Costa Atlántica. 6º El funcionario por la razón de la prestación del servicio podrá ser trasladado a la Unidad de Sistemas de Información Geográfica para adelantar el proceso de digitalización”.

Adicionalmente, en el testimonio rendido por la señora NATACHA TAYLOR (fls. 269 a 273), quien, según el demandante, era su superior, manifestó ante el *a quo*

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

que la oficina donde trabajaba el actor tenía un coordinador o jefe de sistemas, con quien ella “*se entendía para cualquier solicitud de apoyo de la Unidad de Sistema que uno necesitara*”.

Así mismo, el testimonio del señor LUIS MANUEL DEL CASTILLO YEPES (fls. 159 a 163) indica “*(...) este funcionario Orozco laboraba las ocho (8) horas diarias reglamentarias y horas extras no compensadas. En ningún momento se le reconoció prestaciones sociales. En el caso de Orozco como otros funcionarios era comisionado a las distintas capitales de la Costa Atlántica para la realización de implantación de programas , como el sistema de información de administración municipal y el PROMAP, los viáticos se los pagaban pero no se si le quedaron debiendo. Es decir, existía una relación contractual absoluta y permanente como fuera funcionario de planta.*

Por su parte, el señor GENY ALFREDO GUERRERO URIELES (fls. 149 a 152) declaró que las actividades cumplidas por el actor eran permanentes y que tenía un horario de trabajo y que tenía un jefe directo que era Natacha Taylor, que le asignaban otras funciones a su cargo, le mandaban memorandos y viajaba en comisión a Bogotá para capacitarse en el manejo del SIG (Sistema de Información Geográfica).

El anterior recuento probatorio permite afirmar a la Sala que la situación del actor se enmarca en una relación laboral y no de prestación de servicios, por cuanto se evidenciaron dentro de las obligaciones previstas en los contratos de prestación de servicios, en las constancias de pago y en los testimonios rendidos dentro del curso del proceso, los elementos constitutivos de la relación laboral, dado que además aparece demostrado que existieron funcionarios de la entidad que, en calidad de superiores, le impartieron 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 del CORPES.

3.2 De la prescripción de los derechos derivados del contrato realidad

Si bien en anteriores oportunidades se ha aplicado la prescripción trienal sobre los derechos que surgen de la declaratoria de existencia del contrato realidad, aceptando que dicho fenómeno se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la entidad demandada teniendo en consideración que los derechos prescriben al cabo de determinado tiempo o plazo contado a partir de la fecha en que ellos se hacen exigibles (Dto. 3135/68 art. 41), la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia del 19 de febrero de 2009, ya reiterada, modificó este criterio por las razones que a continuación se explican:

“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” (subrayado de la Sala).

En conclusión y atendiendo el anterior precedente, para este evento y dado que se está declarando la existencia del contrato realidad, no aplica el término prescriptivo trienal.

3.3 Prestaciones sociales

Las prestaciones sociales han sido clasificadas, en general, dependiendo a cargo de quien está en 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. cotizaciones a 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, la Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización.

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones sociales referentes a pensión y salud son cubiertas por las partes que integran la relación laboral. Por tanto, la reparación del daño en el presente caso no podrá ser la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el actor.

3.4 Situación de fondo

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se revocará sentencia impugnada, declarando la nulidad de los oficios O.J. No. 0499 de 22 de julio de 1999 del Departamento Nacional de Planeación y 034407 de 12 de agosto de 1999 del CORPES, 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, liquidada con base en los honorarios contractuales por todo el tiempo que prestó sus servicios a la entidad.

En el escrito de contestación de la demanda, Planeación Nacional indica (fl. 98) que es ajena a la relación contractual entre el demandante y el CORPES Costa Atlántica, aunque está legitimada para pronunciarse sobre los hechos conforme a lo establecido en el Decreto 1234 de 29 de junio de 2000, que fijó las pautas para adelantar el desmonte de la estructura administrativa y financiera de los CORPES.

Sin embargo, observa la Sala que el inciso 2º del artículo 6º del Decreto 1234 de 2000, citado, preceptúa (fl. 107):

*“(...) la Nación, a través del Departamento Nacional de Planeación, sustituirá a los Comités Técnicos Regionales de Planificación, las Unidades Técnicas Regionales y a los Fondos de Inversión Regional, en la titularidad de sus derechos y en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo. **El pago de tales obligaciones se aplicará con cargo a la cuenta especial que para el efecto se constituya**” (se resalta).*

Por consiguiente, y a pesar de que el Departamento Nacional de Planeación no celebró ningún tipo de contrato con el actor, teniendo en cuenta la norma transcrita, dicha entidad sustituyó a los CORPES en sus derechos y obligaciones y, por tanto, es la obligada al pago de la condena con cargo a la cuenta especial que debió ser constituida para el efecto.

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.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia de 7 de febrero de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, por medio de la cual se declaró probada de oficio la excepción de prescripción con fundamento en lo estipulado en el Decreto 3135 de 1968, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

En su lugar,

DECLÁRASE la nulidad de los oficios O.J. No. 0499 de 22 de julio de 1999 del D.N.P. y 034407 de 12 de agosto de 1999 del CORPES, por medio de los cuales le negaron el reconocimiento y pago de prestaciones sociales al actor.

CONDÉNASE al Departamento Nacional de Planeación a pagar al actor, a título de reparación del daño y con cargo a la cuenta especial constituida para el pago de obligaciones de los CORPES, el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes que devengaban los funcionarios del CORPES Costa Atlántica, durante el período que prestó sus servicios, liquidadas conforme al valor pactado en cada uno de los contratos. Sumas que serán ajustadas conforme quedó establecido en la parte motiva de la presente providencia.

CONDÉNASE al Departamento Nacional de Planeación a pagar al actor a título de reparación del daño y con cargo a la cuenta especial constituida para el pago de obligaciones de los CORPES, los porcentajes de cotización correspondientes a salud y pensiones que debió trasladar a las entidades de seguridad social correspondientes durante el período que prestó sus servicios. Dichas sumas serán ajustadas conforme quedó expuesto.

NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

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

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

