

El Reconocimiento de Empleado Público a los Contratistas por Prestación de
Servicios de la Administración Pública en el Territorio Colombiano

Diego León Hoyos Álzate

Eliana Orozco Ramírez

Yaneth Cecilia Salas López

Correo electrónico: yaneth.salas@campusucc.edu.co

Universidad Cooperativa de Colombia
Campus Cartago, Valle del Cauca.
Diplomado Derecho Laboral Administrativo

Cohorte I 2021



El Reconocimiento de Empleado Público a los Contratistas por Prestación de
Servicios de la Administración Pública en el Territorio Colombiano

Diego León Hoyos Álzate

Eliana Orozco Ramírez

Yaneth Cecilia Salas López

Correo electrónico: yaneth.salas@campusucc.edu.co

Universidad Cooperativa de Colombia

Campus Cartago, Valle del Cauca.

Diplomado Derecho Laboral Administrativo

Cohorte I 2021

Coordinación de investigación

Luisa Fernanda Zuluaga Marin

Abogada, Mg. en Derecho

Correo electrónico: luisa.zuluagam@campusucc.edu.co

Julio 26 de 2021

Contenido

| | |
|--|-----------|
| Resumen | 4 |
| Palabras Claves: | 4 |
| Abstract | 4 |
| Keywords: | 5 |
| Introducción..... | 6 |
| Delimitación:..... | 6 |
| Pregunta de investigación | 7 |
| Justificación Metodológica | 8 |
| Objetivo General | 10 |
| Objetivos Específicos..... | 10 |
| Hipótesis de Primer Grado..... | 10 |
| Capítulo I | 11 |
| Capítulo II..... | 17 |
| Conclusiones | 24 |
| Referencias | 27 |
| Anexos | 29 |
| Tabla No.1 <i>Rejilla de observación normativa – componente Constitucional</i> | 29 |
| Tabla No.2 <i>Rejilla de observación normativa – componente normativo</i> | 29 |
| Tabla No. 3 <i>Matriz de análisis jurisprudencial</i> | 32 |

Resumen

El reconocimiento de empleado público al contratista del Estado por parte del Consejo de Estado es el tema a desarrollar en esta monografía jurídica, que nos ha llevado a entender que la Jurisprudencia de esta Corte declara en su fallos la primacía de la realidad sobre las formalidades en los contratos de prestación de servicios de la administración pública, yendo en contravía de la Constitucionalización del derecho laboral administrativo, al negar el principio de igualdad en las relaciones laborales; el elemento diferenciador de este tema radica en la connotación Constitucional que posee el derecho laboral administrativo a través del Estado Social de Derecho, que hace que se cumplan los derechos de los trabajadores y el respeto de sus condiciones como lo predicen los artículos de la Constitución Política de Colombia 1, 13, 25, 53, y 122, los cuales, en algunos casos han sido vulnerados por el Consejo de Estado, creando el famoso choque de trenes con la Corte Constitucional, estudiado bajo un enfoque dogmático documental desarrollado en la justificación metodológica de este trabajo, de tipo descriptivo, en los cuales se pudo determinar fallos disimiles de dicha Corte con circunstancias fácticas y probatorias similares, que se pronuncian en contravía de los intereses económicos y legales de los prestadores de servicio.

Palabras Claves: Contratistas del Estado, Empleado Público, Constitución Política de Colombia, Consejo de Estado.

Abstract

The recognition of the public employer to the contractor of the state by the Council of State, is the subject to be developed in this legal monograph. Which has led us to understand that the jurisprudence of this Court declares in their presentation of judgments, the primacy of reality over formalities in contracts for the provision of public services, contrary to the Constitution of administrative labor law, by denying the principle of The equality in the labor relationships; distinguishing feature of this issue is the constitutional connotation of administrative labor law through the social rule of law, which ensures the observance of workers' rights and respect for their conditions, as set out in articles 1, 13, 25, 53 and 122 of the Political Constitution of Colombia, some of which have been violated by the Constitution. Council of State, creating the famous train crashes with the Constitutional Court, studied from a dogmatic developed in the methodological justification of this work, descriptive type, in which it was possible to identify dissimilar rulings of the Constitutional Court with similar factual and evidentiary circumstances, which are pronounced contrary to the economic and legal interests of service providers.

Keywords: State Contractors, Public Employee, Political Constitution of Colombia, Council of State.

Introducción

Existen diversas modalidades hoy en día para contratar a los trabajadores al servicio del Estado, tales como las órdenes de servicios, los contratos de prestación de servicios, las empresas temporales, las cooperativas, o incluso son vinculado mediante un acto administrativo, entre muchas otras, en las cuales el Estado, catalogado como uno de los mayores empleadores del país, vulnera presuntamente los derechos laborales de los contratistas en situaciones donde se identifica claramente las características esenciales del contrato de trabajo.

Como consecuencia, las controversias de orden laboral en donde se revela el principio de la primacía de la realidad sobre la forma causan que en el derecho laboral administrativo no se les esté otorgando el estatus de empleado público a todos aquellos que han laborado por largos periodos, subordinados a un cargo público, atendiendo órdenes directas, realizando de manera personal las labores encomendadas y cumpliendo estrictamente con horarios de trabajo; no obstante, el Consejo de Estado ordena dentro de sus fallos el pago de prestaciones sociales, negando el reconocimiento y pago de indemnizaciones, desconociendo el principio de igualdad a estos supuestos contratistas de la Administración Pública, que en realidad deberían atender a la categoría de servidores públicos.

Con todo lo anterior, podemos determinar que la importancia de este tema radica en que el derecho laboral administrativo debe mirarse desde la óptica Constitucional, a través de la creación de reglas y subreglas determinadas por esta alta Corte, la cual interpreta su alcance, lo sustancial y demás derechos en el ámbito laboral administrativo, creando a su vez un choque con el Consejo del Estado quien interpreta normas favoreciendo más el presupuesto del Estado y pensando menos en el subordinando, generando consecuencias sobre aquellos contratos realidad, los cuales son imperceptibles en el sector público.

Delimitación:

La Constitución Política de 1991 entregó a la Administración Pública la guía Constitucional para el control del derecho laboral público, la cual se ha venido desarrollando tanto en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional como en la del Consejo de Estado referenciada en el contenido de esta monografía jurídica.

Por tanto, la muestra estará basada entre otras en la Constitución Política de Colombia de 1991 y en la sentencia C-154 de la Corte Constitucional del 19 de marzo de 1997, por considerarse vitales para el desarrollo del tema; el muestreo en la investigación cualitativa

puede seguir lógicas diferentes. Podemos distinguir un muestreo más formalizado de las formas más intencionales y flexibles de hacerlo (...) (Flick, 2015, pág. 48).

Según explican Hernández, Fernández y Baptista (2010):

(...) en los estudios cualitativos el tamaño de la muestra no es importante desde una perspectiva probabilística, pues el interés del investigador no es generalizar los resultados de su estudio a una población más amplia. Lo que se busca en la indagación cualitativa es profundidad. Nos conciernen casos (participantes, personas, organizaciones, eventos, animales, hechos, etc.) que nos ayuden a entender el fenómeno de estudio y a responder a las preguntas de investigación (...) (pág. 394).

Por lo anterior, se realizó una selectiva revisión bibliográfica de las sentencias del Consejo de Estado desde los años 2001 hasta el año 2018, recolectando de estas la información necesaria, pertinente e importante para el objeto de estudio, obteniendo una muestra jurisprudencial basada en las coincidencias fácticas y probatorias aplicadas al mayor número de casos con que se pueda responder el planteamiento del problema de investigación.

Pregunta de investigación

¿Cómo se aplica el principio de igualdad para el reconocimiento de empleado público a los contratistas por prestación de servicios de la administración pública del territorio colombiano?

Justificación Metodológica

Para el desarrollo de este trabajo se utiliza un enfoque de investigación cualitativa, desde lo dogmático documental con base en diez sentencias emanadas del máximo organismo de cierre en materia administrativa y una sentencia de la Corte Constitucional, relacionadas directamente por coincidencias fácticas y probatorias del objeto de estudio (reconocimiento de empleado público a los contratistas por prestación de servicios del estado), sin que ello implique ninguna pérdida de rigurosidad científica, teniendo como marco de referencia el estudio detallado de la normatividad, la jurisprudencia del Consejo de Estado principalmente y algunos elementos característicos del derecho privado relativos al contrato de prestación de servicios y al contrato realidad (dogmática documental), es decir la realidad sobre las formas entre otros derechos, creando el contexto necesario para la investigación, apoyados en los pronunciamientos del Consejo de Estado, que es donde finalmente ocurre el fenómeno del objeto de estudio a desarrollar, con el fin de generar un resultado que nos permita dar respuesta al problema planteado.

El método utilizado es el método deductivo, ya que para el trabajo aplica una investigación más abierta con enfoque conceptual, relevante y promisorio, el cual guiará la ruta de investigación para comprender el fenómeno o responder el planteamiento basados en el razonamiento y las leyes de la lógica; este método es más utilizado en las investigaciones jurídicas.

En ese orden de ideas, la estrategia a seguir es documental, a través de la construcción y obtención del conocimiento hallada en los documentos, desde las perspectivas jurisprudenciales del Consejo de Estado hasta la legislación en materia laboral administrativa como fuente bibliográfica principal. Es un hecho que la investigación es parte fundamental en la construcción del conocimiento, de modo tal que deberá ser un proceso cuidadoso, ya que ordena las ideas y las centra en objetivos específicos (Páez, 2006. p.255).

La técnica de recolección de información será mediante la revisión de documentos, principios y especialmente jurisprudencia, fuentes secundarias (documentales) de interpretación para soportar positiva o negativamente la hipótesis planteada más adelante, para con ello elaborar los resultados del análisis e interpretación de la información. Las investigaciones cualitativas suelen producir preguntas antes, durante o después de la recolección y análisis de los datos. La acción indagatoria se mueve de manera dinámica entre los hechos y su interpretación, y resulta un proceso más bien “circular” en el que la secuencia

no siempre es la misma, puede variar en cada estudio. (Hernández-Sampieri, R. y Mendoza, C. 2018, p. 47).

El resultado de estudio será de orden interpretativo, sin manipulación, ni estimulación de la realidad, la cual será plasmada de manera clara, concisa, incluyendo un análisis temático e interpretación de las narrativas de dichas sentencias y la normatividad, encaminado a responder la pregunta de investigación.

Objetivo General

Analizar la aplicación del principio de igualdad para el reconocimiento de empleado público a los contratistas por prestación de servicios de la administración pública en el territorio colombiano.

Objetivos Específicos

1. Identificar en la Jurisprudencia del Consejo de Estado, la declaración de primacía de la realidad sobre las formalidades en los contratos de prestación de servicios de la administración pública, a partir de la ley 80 de 1993.
2. Examinar el principio de igualdad en las relaciones laborales por prestación de servicio en la administración pública en los fallos jurisprudenciales del Consejo de Estado

Hipótesis de Primer Grado

La aplicación del principio de igualdad juega un papel preponderante para el reconocimiento de empleado público a los contratistas por prestación de servicios de la administración pública del territorio colombiano, “verbigracia” al desarrollo jurisprudencial en el que se ha venido protegiendo al trabajador bajo los postulados de la realidad sobre las formas, tomados de la jurisdicción ordinaria laboral y de los convenios internacionales.

Capítulo I

La declaración de primacía de la realidad sobre las formalidades en los contratos de prestación de servicios de la administración pública tiene su origen en las normas laborales privadas, pero fundamentalmente se encuentra normatizado en la ley 80 de 1993; no obstante, para lograr un entendimiento de este concepto, debemos referirnos a la noción de servidor público que nos trae La Constitución Política de Colombia de 1991, la cual define en el artículo 123 a todas las personas que están al servicio del Estado y que ejercen una función pública, así:

ARTICULO 123º—Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

El derecho laboral administrativo se concentra en quienes tienen un vínculo laboral con el Estado, no obstante, una gran cantidad de servidores públicos tienen vínculos laborales indirectos y otros carecen de toda relación laboral, como quienes solo prestan un servicio profesional. (Martinez y Ramirez. 2008).

El servidor o funcionario público es la persona natural que ejerce funciones a cargo del Estado (funciones públicas) para el cumplimiento de los fines del Estado; en Colombia, se dan diferentes tipos de vinculación al sector laboral con el Estado colombiano; el Decreto Ley 3135 de 1968, define en el artículo 5 a los empleados Públicos y Trabajadores Oficiales, esta definición se encuentra referenciada en el anexo Tabla No.2 Rejilla de observación normativa, componente normativo #1; del análisis de la precitada norma, se entiende que los Empleados Públicos son servidores vinculados de manera legal y reglamentaria mediante un acto administrativo de nombramiento y con una posterior posesión en el cargo que va a desempeñar; los requisitos de este cargo están establecidos por la ley y por los reglamentos de cada entidad donde se especifican las jornadas laborales, las remuneraciones económicas y las prestaciones sociales, además cuentan con evaluaciones periódicas de desempeño, tienen estímulos y responsabilidades disciplinarias. Son empleados públicos los de carrera administrativa, los de libre nombramiento y remoción, los miembros de Corporaciones Públicas, los representantes legales de entidades públicas electos popularmente y los empleados públicos de periodo fijo.

Por otro lado, están los trabajadores oficiales, los cuales se rigen por el derecho privado y son aquellos que ingresan a la administración pública por medio de un contrato de trabajo y los regula las normas del código sustantivo del trabajo; por esta razón y en virtud de la jurisprudencia este tipo de vinculación estatal tienen diversas garantías para concertar sus condiciones laborales, como realizar negociaciones colectivas y pactos sindicales.

Existe otro tipo de vinculación al Estado como los supernumerarios, quienes tienen el derecho de recibir las prestaciones sociales por el tiempo de labores y puede ser desvinculados en cualquier momento. Este tipo de relación permite hacer prácticos los ejercicios de eficacia y celeridad administrativa, impidiendo la paralización del servicio (Ámbito Jurídico, 2016. <https://www.ambitojuridico.com/laboral/administrativo/>). La Sentencia C-725 del 2000 de la Corte Constitucional, recalca que las actividades que desarrollen los supernumerarios siempre deben corresponder a necesidades extraordinarias del servicio, la planta de personal debe ser previamente delimitada, el tiempo de vinculación transitoria y previa apropiación y disponibilidad presupuestal.

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, el cual delimita claramente los fines de la contratación estatal (ver análisis del precitado artículo en el anexo Tabla 2 Rejilla de observación normativa, Componente normativo #3) y los intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. La Ley 1150 de 2007, establece en su artículo segundo las modalidades de selección para la escogencia de los contratistas, dando cumplimiento al principio de eficiencia y transparencia en la contratación directa en el proceso de licitación pública, modalidades analizadas en el Anexo Tabla 2 Rejilla de observación normativa, componente normativo #7.

El contrato de Prestación de Servicios es el contrato más controversial, se refiere a los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, está regulado dentro de nuestra legislación en el Decreto Ley 222 de 1983, la ley 80 de 1993 en su artículo 32 #3 y en la ley 190 de 1995 y se adelanta por entidades estatales o entidades particulares que prestan servicios públicos con el objetivo de suplir las necesidades requeridas por el servicio y funcionamiento de dicha entidad y en los casos en los cuales la labor no se puede suplir con el personal vinculado de planta. En el anexo Tabla No.2 Rejilla de observación normativa, componente normativo #3, #5 y #6 se desarrolla claramente la definición del contrato de prestación de servicios.

Los contratistas, como sujetos particulares no pierden su calidad porque no se le confiere investidura pública, puesto que el propósito no es el de transferir funciones públicas, si no de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar

materialmente los cometidos públicos a ellos asignados, por tanto, se convierte en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no es un legatario o depositario de sus funciones (Rios.J.2021). El contrato de prestación de servicios también se puede desarrollar cuando el proceso contractual requiera de conocimientos muy especializados con funciones específicas que el talento humano de planta no pueda satisfacer.

Los contratos de prestación de servicios se caracterizan por la independencia y la autonomía de la prestación del servicio, por la duración y delimitación en el tiempo; es decir, se celebrarán por el termino estrictamente indispensable, y en ningún caso estos contratos generarán relación laboral ni prestaciones sociales, impidiendo que un contratista alegue subordinación, remuneración y prestación personal del servicio, evitando que nazca a la vida jurídica un contrato laboral.

Entre el contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios encontramos elementos y características diferenciales, puesto que en el contrato de trabajo se hace necesaria la prestación personal del servicio, la subordinación laboral y la remuneración como compensación por el desarrollo de este, teniendo garantías constitucionales y legales como las prestaciones sociales pagadas por el empleador, las cesantías, vacaciones y primas; diferente ocurre con el contrato de prestación de servicios, dentro del cual el desarrollo de las actividades contratadas se realiza independientemente, puede emanar de una persona natural con la que no se configure el elemento de la subordinación, ni genere órdenes en la ejecución de la función para lo cual se contrató, y donde no existen las prestaciones sociales.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la aplicación del principio fundamental de igualdad, presenta una clara vulneración de los derechos para los contratistas Estatales frente a los artículos 1, 2, 25 y 53 Constitucionales y el artículo 32 en el numeral 3 de la ley 80 de 1993, en cuanto a que se desdibuja el contrato de prestación de servicios con la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas entre los sujetos de la relación laboral, el cual goza de protección constitucional en el artículo 25.

Según decisión del Consejo de Estado en sentencia 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14) del 2016, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, en donde se aplica el principio de igualdad en el contrato de prestación de servicios al reconocer el estatus de empleado público, se les están violando derechos fundamentales a los contratistas, puesto que determinaron reconocer una reparación integral del daño por la vinculación laboral probada correspondiente al pago de prestaciones sociales, pero no están generando el reconocimiento

de la indemnizaciones legales a las cuales tendrían derecho (tema propicio para futuras investigaciones donde se pueda aplicar la recolección de información en trabajo de campo).

En la sentencia C-154 de 1.997 de la Corte Constitucional, del Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara, se declaró la exequibilidad del artículo 32, numeral 3 ley 80 de 1.993, se expresó que:

..... en el evento de que la administración deforme la esencia y contenido natural del contrato de prestación de servicios y se dé paso al nacimiento disfrazado de una relación laboral en una especie de transformación sin sustento jurídico con interpretaciones y aplicaciones erradas, y con lo cual se vulneren derechos de los particulares “se estará frente un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del contratista convertido en trabajador en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”.

En la misma sentencia C-154 de 1997 de la Corte Constitucional, también se establece que:

... “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”

El Consejo de Estado como órgano de cierre en controversias suscitadas entre una entidad pública y un particular, dentro de la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Rad. No.: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14), para el caso concreto un contratista de prestación de servicios ha señalado respecto al contrato realidad lo siguiente:

2...En este orden de ideas, a la presente controversia le es aplicable el principio de “la primacía de la realidad sobre formalidades”, pues es indudable que el demandante se encontraba en las mismas condiciones de los empleados de planta, en tanto desempeñaba personalmente la labor, en un cargo que revestía la característica de permanente, y aun cuando no se estipulaba horario ni turnos dentro del contrato, dentro del objeto del mismo se indicó que sus servicios profesionales debían ser prestados de lunes a viernes así como el desarrollo de “actividades extramurales de

los programas de promoción y prevención”, aspectos que dan cuenta que el actor estaba sujeto a subordinación y dependencia.

Para este punto es importante aclarar como lo ha dicho de manera reiterada esta Sección, que la figura del contrato realidad, se aplica cuando se logra probar la continua prestación de los servicios personales remunerados, “propios de la actividad misional de la entidad contratante”, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.

Adicional a lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que: cuando el objeto del contrato versa sobre el desempeño de funciones de carácter permanente y en el proceso se demuestra que hubo subordinación o dependencia respecto del empleador, surge el derecho al pago de prestaciones, porque de lo contrario se afectan los derechos del trabajador. (...)

En este punto de la providencia, se advierte que las entidades estatales no deben recurrir a la práctica de vincular personal bajo la modalidad de prestación de servicios para cumplir actividades permanentes propias de la administración como la cumplida por el demandante y de esta manera evitar el pago de prestaciones sociales y de aportes parafiscales, entre otros, pues con dicha conducta, como lo ha reiterado, tanto, esta Corporación como la Corte Constitucional, no sólo se vulneran los derechos de los trabajadores sino que además dicha nómina paralela desvirtúa la razón de ser del artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993, que indica la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal.

La precitada sentencia, falla confirmando parcialmente las pretensiones de la demanda y reconoce la Honorable Corte la vulneración a los artículos constitucionales 25, 53, 122 y 125, considerando que las funciones desarrolladas por la actora atendían a los criterios que la identificaban como permanentes y propias de la entidad, toda vez que correspondían al giro ordinario de la actividad misional, y debieron ejercerse por el personal del planta, se desarrollaron en forma habitual y no se trataba de tareas transitorias que no pudieran desarrollarse con el personal de planta o que requerían conocimientos especializados. A pesar de lo anterior dicha providencia reconoce el pago de algunas prestaciones sociales, pero niega entre otras indemnizaciones de ley.

En el mismo sentido la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A”, Consejero Ponente: Gabriel Valbuena

Hernández del dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017), Radicación No. 52001-23-31-000-2010-00505-02, referencia: 4066-14, Asunto: Fallo Ordinario – Contrato Realidad, vulnera el principio de igualdad a la parte actora al reconocer parcialmente la relación laboral a pesar de que la misma Corte reconoce la existencia del contrato realidad.

En esta sentencia se reconoce el fuero de maternidad y parcialmente el pago de las prestaciones sociales, pero no reconoce las indemnizaciones legales, así:

FALLA TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho a la entidad accionada se le ORDENARÁ lo siguiente: PAGAR el valor correspondiente a las prestaciones sociales, derivadas de la relación laboral reconocida en esta sentencia por el período comprendido entre el primero de febrero de 2007 hasta el 7 de septiembre de 2008, tomando como base para liquidar las citadas prestaciones el valor de los honorarios percibidos en el último contrato de prestación de servicios.

Por otro lado, en algunas sentencias de la Consejo de Estado, los fallos en contra de los contratistas se dan por la falta de un requisito esencial en la conformación de la relación laboral que es el ser un “funcionario de hecho”. La Sala Plena, en sentencia de 18 de septiembre de 2001, Rad. S-472, M.P., Olga Inés Navarrete, define como requisito esencial para la conformación del principio de la realidad sobre las formas, la configuración de la existencia de una relación de hecho, en la cual es necesario que el cargo esté creado de conformidad con la normatividad y la función sea ejercida irregularmente, pero, también puede darse cuando el empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso, debe ser objeto de protección a través del principio de la realidad frente a las formas previsto en el artículo 53 Constitucional; además, de que el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado designado regularmente.

Capítulo II

Los pronunciamientos por parte del Consejo de Estado frente al principio de igualdad en las relaciones laborales por prestación de servicio en la administración pública producen una gran contradicción frente al principio de igualdad, teniendo en cuenta que reconoce el pago de prestaciones sociales, pero niega el estatus de empleado público por la falta del requisito, tal y como lo expresan la siguiente sentencia:

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B, consejero Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez, Nueve (9) de Junio de dos mil once (2011). Radicación Número: 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08):

(...) FALLA: CONFÍRMASE la sentencia de 3 de abril de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, que declaró no probada la excepción propuesta y accedió parcialmente las súplicas de la demanda incoada por Ruth Dorys Rodríguez Naranjo contra el Municipio de Támara, Casanare; pero se aclara que el reconocimiento y pago de las prestaciones demandadas se hace a título indemnizatorio o de reparación del daño.

El Consejo de Estado basa el reconocimiento otorgado, no solo en la clara existencia de la aplicación del principio de la realidad frente a las formas, sino que se ampara en el derecho a la igualdad (artículo 13 de la Constitución Política), la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales (artículo 53), el principio de remuneración proporcional a la cantidad y calidad del trabajo y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, en cuanto consagra que "Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas", encontrando precedente amparar el derecho reclamado por los demandantes, para efectos de garantizar el pago de su labor, a partir de su reconocimiento como funcionario o servidor de hecho y a partir de ahí reconocer y pagar salarios y prestaciones, tratando de reparar parte del daño que la administración le causó sin justa causa, de las funciones que indebidamente se le asignaron a la demandante, reconociendo unos derechos y negando otros como los son las indemnizaciones.

Por otro lado, en la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero Ponente: William Hernández Gómez, cinco (05) de mayo de dos mil dieciséis (2016) sentencia 044 Radicación Número: 85001-23-31-000-2012-00032-02 (2119-14), en donde el fallo niega las pretensiones de la

demanda interpuesta por el señor Luis Alberto Arias contra el Departamento de Casanare, por no lograr demostrar la existencia del cargo, así:

.... FUNCIONARIO DE HECHO – No logró demostrar los requisitos para su configuración, afirmó que ejerció las funciones propias del cargo denominado “escolta conductor”, Código 482, grado 08, nivel asistencial, descritas en la resolución núm. 0089 del año 2006, a través de la cual se adoptó el manual de funciones de la Gobernación del Departamento de Casanare. Al respecto, es menester precisar que dentro del expediente no se encontró copia de la resolución mencionada por el demandante que acredite que el cargo enunciado efectivamente existía en la planta de personal de la entidad. Tampoco evidenció que se hubiera solicitado tal documento como prueba en el escrito de la demanda. De esta manera, la Subsección no cuenta con elementos probatorios que le permitan inferir que dentro de la planta de personal de la Gobernación de Casanare para los años 2008 a 2011 existiera el cargo denominado “conductor escolta”, que afirma el accionante ocupó al servicio del Departamento.

No hay una consistencia entre los fallos, las sentencias 044 Radicación Número: 85001-23-31-0 00-2012-00032-02(2119-14) y la radicada bajo el Número: 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08), desarrollan fundamentos facticos similares pero desencadenan fallos totalmente diferentes, violando el principio de igualdad de diferentes maneras para los accionantes, donde en la primera sentencia, se reconoce el pago de prestaciones sociales y licencia de maternidad, pero se le niegan las indemnizaciones y en la siguiente sentencia se niega el estatus de servidor público y como consecuencia el no reconocimiento y pago de prestaciones sociales e indemnizaciones, teniendo en cuenta que los dos cargos no estaban creados y por ende no existían en las plantas de personal de sus entidades.

En la sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado número 23001-23-33-000-2013-00260-018 (0088-15) CE-SUJ2-005-16 del 2016 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter y según el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, y por decisiones trascendentales económicas y sociales, además de las reiteradas reclamaciones que existen sobre relaciones laborales existentes entre particulares y el Estado a través del contrato de prestación de servicios, donde se evidencian las diversas formas de desfiguración constitucional legal y reglamentaria en la que se inmiscuye las entidades estatales para no realizar contratos de trabajo o crear puestos de carrera administrativa generando una violación a los artículos 53 de la carta magna, así como jurisprudencia constitucional y

normas que reglan la carrera administrativa solo por la figura de la vinculación del artículo 32 numeral 3 de la ley 80 de 1993, desde esta última citada muchas entidades estatales resuelven su necesidad misional con estos tipos de relaciones contractuales y que para la presente son relaciones laborales.

La presente sentencia advierte que no es constitucionalmente viable la generación de estos empleos desdibujados con la vocación del servicio, la subordinación y la remuneración, sea llamada cual sea ésta última honorarios o salarios.

Es debido al análisis de los diferentes consejeros en cuanto a la aplicación de la prescripción derivada del contrato realidad donde opera el fenómeno del trienio en las prestaciones sociales comunes, que no se aplica este derecho de prescripción extintiva para los derechos pensionales aun cuando se configura contratos de prestación de servicio de forma interrumpida.

Las entidades estatales que han suscrito contratos de prestación de servicios y que sus contratistas prueben que existió una verdadera vinculación laboral en razón a que desdibujaron la realidad, alegan en las solicitudes realizadas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo equipararse al personal de planta en cuanto a lo concerniente a las prestaciones sociales y demás derechos que le son inherentes por asumir actividades funcionales propias del cargo; por lo antes mencionado, el Consejo de Estado ha precisado que si se configura una vinculación laboral probada y con ella se acarrea la reparación del daño mas no una indemnización por todo el tiempo reclamado, opera el fenómeno de la prescripción en las prestaciones sociales de tres (3) años a partir de la culminación del contrato; ahora bien, frente a los derechos pensionales no opera el fenómeno de la prescripción.

En cuanto a la obligación de cancelar el valor correspondiente por la cotización obligatoria a seguridad social, y si las partes o alguna de ellas está en mora, deben realizar el reajuste en el porcentaje correspondiente cancelándolo al Sistema de Seguridad Social Integral.

De otra parte, frente a la nivelación laboral en esta sentencia y en otras jurisprudencias del Consejo de Estado, se ha ratificado que, a pesar de tener la configuración de relaciones laborales en virtud de la primacía de la realidad sobre las formalidades, ello no implica que se le otorgue el estatus de empleado público, debido a que no se configura lo dispuesto en el artículo 122 de la Constitución Política, el cual determina que:

...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.

Por otra parte, las controversias del contrato realidad generadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto al restablecimiento del derecho y la nulidad de los actos administrativos, están encaminadas a no negar las relaciones laborales siempre y cuando se demuestren, restableciendo el derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales desde que no aplique la prescripción trienal, pero negando en su mayoría la nulidad de los actos administrativos que solicitan el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, amparados en la existencia de un contrato de prestación de servicios.

El consejo de Estado expresa que:

... si bien en la anterior tesis se reitera el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad, solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y el juez el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama... (Consejero de Estado Luis Rafael Vergara Quintero expediente 20001-23-31-000-2011-00142-01(0131-13) 9 de abril del 2014.

Las sentencias 00117 del 1 de marzo del 2018 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso - Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección B, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter y la sentencia 04117 del 8 de marzo del 2018 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Sub Sección A, consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, Rad. No.: 25000234200020130411701, No. Interno: 2813-16, hacen referencia al contrato de prestación de servicios dentro del Estado, y la relación laboral derivada entre la persona contratada y la entidad pública contratante que nace de la desnaturalización de la contratación original.

El principio de igualdad en las relaciones laborales por prestación de servicio en la administración pública, tanto en las sentencias como en la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, señalan reiterativamente que se ha desdibujado los contratos de prestación de servicios, configurándose la relación laboral. Esta relación debe ser probada por la parte demandante, a quien le acude la obligación de demostrar la relación laboral dejando al descubierto las subordinaciones, las prestaciones personales de los servicios y la remuneración económica, bajo una continua prestación del servicio sin solución de continuidad.

Como lo indica la norma, este tipo de vinculación sólo es para un fin determinado y no puede exceder dicho fin, estos contratos se pueden suscribir al no contar con el personal de planta idóneo para prestar dicho servicio, mas no, cuando el personal de planta es insuficiente para cumplir con el objeto de la entidad pública; este tipo de contratación tiene la particularidad de no poderse extender en el tiempo, solamente se crea un contrato de prestación de servicio para un fin, sin que pueda ser renovando constantemente con el pasar del tiempo; situación que como se anuncia en ambas sentencias se prueba con la reiterada contratación de las personas, ya que dichas contrataciones se hacen continuamente por un período superior a un año y donde solo se interrumpen por días, dando lugar a que se determine un contrato realidad sobre las formas.

Por otra parte, la sentencia 00117 del 1 de marzo del 2018 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso - Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección B, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, en la cual la accionante tiene como pretensión principal que se declare la existencia de la relación laboral con el fin de que se le reconozcan las prestaciones sociales a las que tiene derecho por igualdad; en este caso, no existió un contrato de prestación de servicios con el Instituto Departamental de Indeportes Córdoba - INDERCORDOBA, donde se desempeñó como secretaria. En el particular, se necesitaba en el organigrama estuviese el cargo en cuestión, pero este nunca fue creado; la decisión administrativa fue desconfigurar el contrato de prestación de servicios por medio del cual fue vinculada como contratista a la Entidad en el cargo de secretaria, logrando la accionante probar el vínculo laboral que existió en el desempeño de las funciones de una persona en el mismo cargo, pero de planta.

Lo mismo sucede en la sentencia 04117 de fecha 8 de marzo de 2018, Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez Vargas para el caso del antiguo DAS - Departamento Administrativo de la Seguridad, cuyo sucesor procesal actual es la Unidad Nacional de Protección; en dicha sentencia se determina la relación laboral que tuvo la persona demandante, y en la cual logró demostrar los tres elementos que se constituyen en un contrato realidad sobre las formalidades, respecto a la relación laboral, logrando demostrar el desempeño de las mismas funciones de un empleado de planta. En este caso se legitimó el principio de igualdad frente a las prestaciones sociales reclamadas en virtud del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia.

Para concluir, la sentencia 39 de 2003 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, consejero Ponente: Nicolas Pájaro Peñaranda. (18) De Noviembre De Dos Mil Tres (2003). Radicación: Ij-0039, indica que la razón fáctica de la

demanda puede resumirse del siguiente modo: Que la actora, quien suscribió contrato de prestación de servicios con la Dirección Seccional de la Administración Judicial de Caldas, se comprometió, por virtud de éste a prestar servicios de mantenimiento y generales en inmuebles, de aseo y cafetería y a desarrollar otras actividades acordes con la naturaleza del referido vínculo contractual, las cuales se llevaron a cabo bajo las pautas fijadas por la demandada y bajo la dirección de la persona encomendada por ésta para ello.

Que tal contrato se prorrogó de manera sucesiva e ininterrumpida hasta el 30 de noviembre de 1996, fecha en la cual la actora presentó renuncia y se le aceptó por la administración seccional mencionada. La actora solicitaba el pago de primas semestrales y de vacaciones, cesantías e intereses, primas extralegales, salarios moratorios y demás sumas que se adeuden a la demandante en virtud del vínculo establecido con la demandada.

Que se condene a la demandada a pagar las prestaciones legales correspondientes con la debida indexación y, a título de sanción moratoria, el equivalente a un día de salario por cada día de mora en el pago de dichas prestaciones, desde oportunidad en que se hicieron exigibles hasta el momento en que efectivamente se proceda a su cancelación; como normas violadas se indican los artículos 32, numeral 3° de la Ley 80 de 1993 y los artículos 1, 2, 13, 25, 53, 122, 123 y 125 de la Constitución Política de Colombia y los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 244 de 1995. El consejo de estado considero las siguientes:

En efecto, por una parte, se sostiene que los contratos de prestación de servicios como el que se examina transgreden el mandato constitucional previsto en el artículo 53 de la primacía de la realidad sobre las formas y el principio de la igualdad consagrado en el art. 13 Ibidem...

De lo anterior se colige, que la demandante no logró efectivamente demostrar la subordinación más allá de toda duda razonable, lo que impidió que se le reconocieran los derechos que le acudían, pues no obstante la demandada logró probar el principio de coordinación que desvirtuó la subordinación.

Con todo lo anterior, podemos ir entendiendo que no existe armonía en los pronunciamientos de las altas cortes frente al reconocimiento de los derechos laborales a los contratistas del Estado, reconocimientos que son claramente parciales por parte del Consejo de Estado y que son violatorios no solo del principio de igualdad, sino además de la normatividad laboral Colombiana, pues al no reconocer en identidad de condiciones derechos a estas personas, se está creando un desequilibrio jurídico, que está encaminado a beneficiar obviamente al Estado, al protegerlo y blindarlo frente a una posible condena económica que

genere gastos cuantiosos de los presupuestos de las entidades públicas, para responder por las falencias en la aplicación correcta de las normas de contratación.

Así mismo, no es claro porque la administración sigue generando contrataciones violatorias de las normas, al vincular personas mediante modalidades de contratación que por su naturaleza están prohibidas y son generadoras de conflictos interpersonales entre el Estado y los particulares, la cual se podría evitar si se siguieran los parámetros legales establecidos para contratar.

Por último, la recurrencia en estos pronunciamientos del Consejo de Estado deja una inseguridad jurídica frente a las verdaderas intenciones del Estado y sus representantes, al desdibujar vinculaciones laborales de forma constata y que están en contravía de la función del Estado, la cual según la Constitución Política de Colombia se orientan a servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en Ella.

Conclusiones

Conforme a la metodología propuesta y frente a la aplicación del principio de igualdad para el reconocimiento de empleado público a los contratistas por prestación de servicios de la administración pública en el territorio colombiano en la Jurisprudencia del Consejo de Estado, podemos determinar que la declaración de primacía de la realidad sobre las formalidades en los contratos de prestación de servicios de la administración pública es clara, debido a que se configuran los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, los cuales pretenden ser desdibujados por las entidades públicas a través del contrato de prestación de servicios establecido en el artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, no obstante la declaración de la existencia de la relación contractual por el Consejo de Estado.

Con todo lo anterior y a pesar de reconocerse el estatus de empleado público a los contratistas del Estado en el territorio colombiano, se les niega el pago de las indemnizaciones de ley, dejando en la parte demandante una sensación de injusticia después de transcurridos cinco o hasta diez años de litigio, bien sea porque se le negó el principio de igualdad o porque resulta ineficaz la intención de reparar el daño.

En consecuencia, a los contratistas que logren demostrar que en su relación contractual con una entidad estatal se configuraron los tres elementos propios de la relación laboral, se les debería reconocer y pagar los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad en la cual prestaron los servicios bajo la apariencia de contratista, pero en estos casos no logran obtener todas las indemnizaciones pretendidas en la demanda e incluso no logran la restitución al cargo porque falta casi siempre uno de los elementos probatorios esenciales que es demostrar la equivalencia en la planta de personal del cargo ejercido como servidor de hecho; desde la perspectiva del principio de igualdad del artículo 13 Constitucional, se evidencia una inequidad entre los reclamantes, toda vez que a los empleados públicos se les reconocen todos los derechos que predica la normatividad laboral demostrados dentro del proceso, mientras que a los contratistas que llegan a vencer a la administración en franca lid, no se les reconocen sus pretensiones en igualdad de condiciones negando el pago de indemnizaciones como lo ratifica el Consejo de Estado en la providencia 00222 de 2018, estableciendo que:

El contratista deberá recibir a título de restablecimiento de derecho el total de las prestaciones sociales reconocidas a los trabajadores de la entidad pública que desempeñaban similar labor, las cuales serán liquidadas con base en el respectivo salario legalmente establecido para estos empleados, en aplicación del principio de igualdad.

Por otra parte, al examinar el principio de igualdad en las relaciones laborales por prestación de servicios en la administración pública en los fallos jurisprudenciales del Consejo de Estado, podemos determinar que, a pesar de que se reconoce la existencia de la relación laboral en las sentencias del Consejo de Estado, esta Corte no reconoce en su totalidad los derechos laborales que le acuden a los servidores públicos y esto en relación a que el Consejo de Estado amparado en el artículo 122 de la Constitución Política de Colombia, otorga parcialmente el reconocimiento de este tipo de derechos, con la intención de evitar el detrimento patrimonial del presupuesto del Estado respaldados en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, al no conceder el pago de moratorias e indemnizaciones; y es entendible, debido a que la activación del aparato judicial en lo Contencioso Administrativo por las demandas impetradas por este concepto en contra del Estado, puede derivar en altas condenas, afectando el presupuesto general de la Nación.

Del análisis de la jurisprudencia referenciada en este trabajo, comprendemos que los contratistas están en cumplimiento de funciones misionales en las entidades públicas, contrariando y apartándose del deber ser de la norma y la Constitución Política, generando un choque de trenes entre los conceptos de las dos Cortes que violenta el principio de igualdad de que trata el artículo 13 constitucional.

Así mismo, es importante destacar que las entidades públicas manejan recursos propios, los cuales están destinados en gran medida al pago de las nóminas y acreencias laborales de los empleados de planta, los cuales se reflejan en los presupuestos de funcionamiento. También estas entidades administran rubros provenientes del Sistema General de Participaciones, y parte de estos recursos son utilizados por las entidades estatales para realizar contratos de prestación de servicios sin que afecte los presupuestos de funcionamiento, permitiendo al nominador de cada Entidad, la posibilidad de mayor maniobrabilidad de los recursos propios de inversión, al disminuir el gasto de nómina en los presupuestos, cediendo esta carga al Sistema General de Participaciones, al contratar por prestación de servicio, sin cargas prestacionales.

Para finalizar, es importante referir que las sentencias analizadas son claras en restringir la celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones administrativas de carácter permanente, manifestando también que la finalidad de los empleos temporales consiste en atender necesidades administrativas que no puedan ser provistas por el personal de planta, como lo dicta la Ley 909 de 2004, la cual creó los empleos temporales dentro de la función pública como herramienta organizacional que

pueden utilizar las entidades del Estado para atender necesidades funcionales excepcionales que no pueden ser solventadas con su personal de planta.

Referencias

Constitución política de Colombia [Const.] (1991) 2da Ed. Legis.

Presidente de la República de Colombia. (26 de diciembre de 1968). “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.” [Decreto Ley 3135]. DO: No. 32.689 de 20 de enero de 1969.

Presidente de la República de Colombia, (2 de febrero de 1983). Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. [Decreto 222]. Diario Oficial 36.189. Febrero 6 de 1983.

Congreso de la Republica. (18 de enero de 2011). “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. [Ley 1437]. DO: año CXLV. No. 47956. 18 de enero de 2011. Pág. 1.

Congreso de la Republica. (28 de octubre de 1993) “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, [Ley 80]. Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.

El congreso de la Republica. (6 de junio de 1995). Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa. [Ley 190]. Diario Oficial No. 41.878, de 6 de junio de 1995.

Congreso de la Republica. (16 julio de 2007), Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. [Ley 1150]. Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007.

Hernández, R y Mendoza, C. (2018). Metodología de la Investigación: Las Rutas Cuantitativa, Cualitativa y Mixta, México: McGraw-Hill Interamericana Editores, S.A. de C. V.

Pública., F. (2018). CONTRATACIÓN PÚBLICA. Obtenido de funcionpublica.gov:
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gerentes/Modulo4/tema-1/2-regulacion.html>

Corte Constitucional. (19 de marzo de 1997). Sentencia C-154, [M.P., Hernando Herrera] Vergara].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, (4 de febrero de 2016). Sentencia Rad. No.: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14). [C.P., Gerardo Arenas Monsalve].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección “A”. (2 de marzo de 2017). Sentencia Radicación No. 52001-23-31-000-2010-00505-02. Referencia: 4066-14. [C.P., Gabriel Valbuena Hernández].

Consejo de Estado, Sala Plena, (18 de septiembre de 2001), Sentencia Rad. S-472, [M.P., Olga Inés Navarrete].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B, (9 de junio de 2011). Sentencia Radicación Número: 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08). [CP: Bertha Lucia Ramírez de Páez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, (5 de mayo de 2016). Sentencia 044 Radicación Número: 85001-23-31-000-2012-00032-02 (2119-14). [CP: William Hernández Gomez].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso - Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección B, (1 de marzo del 2018). Sentencias 00117. [CP: Carmelo Perdomo Cuéter].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Sub Sección A, (8 de marzo del 2018). Sentencia 04117, Rad. No.: 25000234200020130411701, No. Interno: 2813-16, [CP: Rafael Francisco Suárez Vargas].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (25 de agosto de 2016). Sentencia de Unificación Jurisprudencia Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, [CP: Carmelo Perdomo Cuéter].

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, (9 de abril de 2014). Sentencia 20001-23-31-000-2011-00142-01(0131-13), [CP: Luis Rafael Vergara Quintero].

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (18 de noviembre de 2003). Sentencia 39 de 2003, Radicación: IJ-0039. [CP: Nicolas Pájaro Peñaranda].

Anexos

Tabla No.1

Rejilla de observación normativa – componente Constitucional

| Componente Constitucional | |
|---------------------------|--|
| Artículo 1 | Caracteres esenciales del Estado |
| Artículo 2 | Los fines del Estado |
| Artículo 13 | Principio de igualdad |
| Artículo 25 | El derecho al trabajo |
| Artículo 53 | Estatuto del Trabajo, principios mínimos fundamentales, primacía de la realidad sobre las formalidades |
| Artículo 122 | Delimitación de la función pública, planta de personal, vinculación legal y reglamentaria |
| Artículo 123 | Clasificación de los servidores públicos |
| Artículo 125 | La carrera administrativa |

Nota. Cualificar la naturaleza de los contratos de prestación de servicio con respecto al principio de igualdad cuando se desdibuja la relación laboral entre estos y el Estado. Examinar los elementos constitutivos del contrato de trabajo conforme a la Constitución, La Ley y la Jurisprudencia

Fuente: elaboración propia

Tabla No.2

Rejilla de observación normativa – componente normativo

| Componente normativo #1 | |
|--------------------------|--|
| Decreto Ley 3135 de 1968 | Artículo 5. definición de Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. |
| Componente normativo #2 | |
| Ley 909 de 2004 | Es posible ocupar excepcionalmente cargos de carrera por un corto periodo llamados provisionalidad, cuando no se haya surtido el concurso o cuando el titular del cargo se encuentre en alguna situación administrativa que le impida el cumplimiento de sus funciones. El proceso de selección del personal está fundamentado en el mérito y orientada hacia la prestación adecuada del servicio y a la satisfacción del bien común. Esta ley establece que existen dos tipos de funcionarios: Carrera Administrativa y libre nombramiento y remoción, en estos últimos existe una subcategoría denominada de gerencia pública, de responsabilidad directiva, la ley contempla la aplicación de pruebas y la evaluación mediante acuerdos de gestión. |

 Componente normativo #3

| | |
|----------------|--|
| Ley 80 de 1993 | <p>Artículo 32 #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 conocimiento especializados. Expresiones subrayadas declaradas exequibles. Sentencia C 154/97 marzo 19 de 1997. Corte Constitucional. Ponente doctor Hernando Herrera, esta definición que dificulta establecer el tipo de contrato. Las modalidades de contratos de prestación de servicios son profesionales, de apoyo a la gestión y para la realización de actividades artísticas; desarrolla su régimen y las exigencias jurídicas de su realización. Condiciona al legislador sobre el objeto del contrato de prestación de servicios al desarrollo de las actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad sin pasar por encima de los derechos laborales amparados bajo la figura de contrato realidad.</p> <p>Artículo 3.- De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de estos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Concordancias: Artículos 4, 5, 23, 42, 43, 50; Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones. Auto Radicación 3932 96/08/09 Consejo de Estado Sección Primera. Ponente doctor Libardo Rodríguez. Ver Oficio No. 2-37837/1.12.98. Unidad de Estudios y Conceptos. Alcalde Mayor - celebración de convenios interadministrativos con sociedades de economía mixta. CJA01401998.</p> |
|----------------|--|

 Componente normativo #4

| | |
|----------------------|---|
| Decreto 1082 de 2015 | Artículo 2.2.1.2.1.4.9. Reglamenta la forma en que se debe surtir el procedimiento de contratación directa tendiente a la celebración del contrato de prestación de servicios, establece que no es necesario expedir acto administrativo de justificación de la |
|----------------------|---|

 Componente normativo #5

| | |
|---------------------|---|
| Decreto 222 de 1983 | Relativo al contrato de prestación de servicio, Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones |
|---------------------|---|

 Componente normativo #6

| | |
|-----------------|---|
| ley 190 de 1995 | El Estatuto Anticorrupción, establece unas formalidades que las personas naturales que celebren contratos de prestación de servicios, con la administración deben cumplir. Artículo 2, Parágrafo. - La inclusión de los contratistas de prestación de servicios en el Sistema Único de Información de Personal no genera vínculo laboral alguno con la administración pública ni da lugar a un régimen prestacional especial. Artículo 2 declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C 326 de 1997 Corte Constitucional. Define a los contratistas del Estado. |
|-----------------|---|

 Componente normativo #7

Artículo 2. desde la redacción originaria de la Ley 80 de 1993, el legislador consagró la contratación directa como el trámite contractual propio para la celebración de los contratos de prestación de servicios. Esta circunstancia se mantuvo con la reforma introducida por la Ley 1150 de 2007, pues conforme con su artículo 2, numeral 4°, literal h), la modalidad de selección idónea para la celebración de los contratos de prestación de servicios continúa siendo la contratación directa para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales. Ello exige diferenciar los tres tipos de contratos indicados por dicha norma, en virtud de la naturaleza de la actividad. Síntesis del artículo 2: relacionado con la escogencia del contratista, se establecen cuatro modalidades de contratación

1. **Licitación pública:** la escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública.

2. **Selección abreviada:** corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista en aquellos casos en que, por las características del objeto a contratar, la circunstancias o la cuantía puedan adelantarse por procesos simplificados para garantizar la eficiencia. Aplica para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas, uniformes y de común utilización en todas las entidades. Celebración de contratos para la prestación de servicios de salud. Licitaciones públicas desiertas. Enajenación de bienes del estado. Productos de origen o destinación agropecuarios. Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades industriales y comerciales de las empresas comerciales e industriales del estado. Contratos para ejecución de programas para desplazados o amenazados. Bienes y servicios para defensa nacional. Contratación de menor cuantía, según los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales, así: Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales. Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 850.000 salarios mínimos legales mensuales e inferiores a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 850 salarios mínimos legales mensuales. Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 400.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 850.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 650 salarios mínimos legales mensuales. Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 400.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 450 salarios mínimos legales mensuales. Las que tengan un presupuesto anual inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 280 salarios mínimos legales mensuales.

Ley 1150 de 2007

3. **Concurso de méritos:** corresponde a la selección de consultores o proyectos mediante sistemas de concursos abiertos o precalificación

4. **Contratación directa:** procede solo en los siguientes casos: Urgencia manifiesta, contratación de empréstitos, contratos interadministrativos, contratos de bienes y servicios del DAS, contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado, para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, trabajos artísticos para un artista único, arrendamiento o adquisición de inmuebles

Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras

5. **Contratación mínima cuantía:** es la contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto

| | |
|---------------------|--|
| la Ley 1437 de 2011 | Artículo 271 decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia Artículo 138 de la Nulidad y el restablecimiento del derecho. |
|---------------------|--|

Fuente: elaboración propia

Tabla No. 3

Matriz de análisis jurisprudencial

| Componente Jurisprudencial 1 | |
|------------------------------|---|
| Sentencia No. | Radicado No. 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14) del 2016. |
| Procedencia | Consejo de Estado |
| Demandante | Magda Viviana Garrido Pinzón |
| Demandado | Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca |
| Antecedentes | La demandante, <u>quien desempeñó funciones del Plan de Salud Pública de intervenciones colectivas</u> y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho solicitó al Tribunal Administrativo de Arauca la nulidad del oficio TRD: 102-26.3 de 04 de junio de 2012, mediante el cual le negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas, toda vez que su vinculación fue a través de contrato de prestación de servicios. Como consecuencia de tal declaración, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales comunes, cesantías, sanción moratoria, intereses a las cesantías, vacaciones, primas bonificaciones, horas extras, porcentaje de cotización para efectos pensionales, cotizaciones de caja de compensación, subsidio familiar y demás emolumentos derivados de la relación laboral. Igualmente, solicitó la indexación de las sumas que se reconozcan, la condena en En los términos del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, debe la Sala precisar si la vinculación de la actora con la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, a través de contratos de prestación de servicios, encubrió una verdadera relación laboral que da lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas. |
| Problema Jurídico | |
| Decisión | la sentencia del tres de octubre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por la señora MAGDA VIVIANA GARRIDO PINZON contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARAUCA, con fundamento en las razones expuestas en la presente providencia. |

Fuente: elaboración propia

| Componente Jurisprudencial 2 | |
|------------------------------|----------------|
| Sentencia No. | C-154 de 1.997 |

| | |
|---------------------------|--|
| Procedencia | Corte Constitucional |
| Demandante | Norberto Ríos Navarro, y otros |
| Demandado | Numeral 3o. -parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 "por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa |
| Fundamentos de la demanda | A juicio de los actores la norma demandada, en las expresiones que se señalan, vulnera el preámbulo y los artículos 1, 2,13, 25, 53, 93, 94, 122, 123, 125 y 366 de la Constitución Política, así como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y los Convenios 87, 98, 100 y 111 de la O.I.T. |
| Decisión | Declarar EXEQUIBLES las expresiones "no puedan realizarse con personal de planta o" y "En ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales" contenidas en el numeral 3o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada |

Fuente: elaboración propia

Componente Jurisprudencial 3

| | |
|-------------------|---|
| Sentencia No. | 52001-23-31- 000-2010-00505-02, referencia: 4066-14 |
| Procedencia | Consejo de Estado |
| Demandante | Luz Miriam Cerón Rosero |
| Demandado | Municipio de Consacá – Centro de Salud Consacá E.S.E. |
| Antecedentes | La actora en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., pidió la nulidad de los actos administrativos contenidos en el Oficio de 2 de julio de 2009, proferido por el Municipio de Consacá – Centro de Salud Consacá E.S.E., mediante el cual se le negó una solicitud de reconocimiento, liquidación y pago de unos salarios dejados de percibir y prestaciones sociales y demás emolumentos de esta naturaleza por las funciones desempeñadas de <u>auxiliar de farmacia y facturación</u> ; el Acto ficto presunto, producto del silencio administrativo que negó el recurso reposición de fecha de 10 de julio de 2009, interpuesto contra el Oficio de 2 de julio de 2009, expedido por el Gerente del Centro en el que le negó solicitud de reconocimiento de liquidación y pago de salarios y prestaciones sociales y demás emolumentos, por el despido en estado de maternidad y/o lactancia. A título de restablecimiento del derecho solicitó, que se condene a la Alcaldía Municipal de Consacá y al Centro de Salud Consacá E.S.E., para que indemnicen a la demandante, por los perjuicios materiales y morales ocasionados por su despido unilateral e injusto |
| Problema Jurídico | El problema jurídico se contrae a establecer si en el presente asunto entre la señora Luz Miriam Cerón Rocero y el Municipio de Consacá – Centro de Salud Consacá se configuró una relación laboral, legal o reglamentaria a pesar de su vinculación mediante contratos de prestación de servicios y en caso afirmativo, si tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones solicitadas. |

Decisión

La Decisión revoca la sentencia de 2 mayo de 2014, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño y declara la nulidad del Oficio de 2 de julio de 2009, proferido por el Municipio de Consacá – Centro de Salud Consacá ESE, mediante el cual se le negó la solicitud consistente en el reconocimiento y pago de salarios dejados de percibir y prestaciones sociales; al igual que el acto presunto ficto negativo, producto del silencio administrativo, que negó recurso de reposición de fecha 10 de julio de 2009, interpuesto contra el Oficio de 2 de julio aludido; a título de restablecimiento del derecho a la entidad accionada se le ordena pagar el valor correspondiente a las prestaciones sociales, derivadas de la relación laboral reconocida en esta sentencia por el período comprendido entre el primero de febrero de 2007 hasta el 7 de septiembre de 2008 y pagar la indemnización por maternidad que deberá cubrir el valor de la remuneración que dejó de percibir la actora entre la fecha del retiro efectivo del cargo (el 7 de septiembre de 2008), y los 60 días de salario posteriores al parto, es decir, hasta el 6 de noviembre de 2008. Más las 14 semanas de descanso remunerado que contempla la Ley 1468 de 2011. Falla a favor de la demandante en cuanto a la revisión del cálculo pensional cancelando o completando, según el caso, el porcentaje que le atañe como trabajadora. No hay hubo lugar a perjuicios morales reclamados por la demandante. Sin costas.

Fuente: elaboración propia

Componente Jurisprudencial 4

| | |
|--------------------|---|
| Sentencia No. | Rad. S-472, de 18 de septiembre de 2001. |
| Procedencia | Consejo de Estado |
| Notas de relatoría | <p>Sobre el funcionario de hecho, Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de 18 de septiembre de 2001, Rad. S-472, M.P., Olga Inés Navarrete sobre sentencia Radicación número: 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08) de 9 de junio de 2011</p> <p>FUNCIONARIO DE HECHO – Requisitos. Principio de la realidad sobre las formas. Para que se configure la existencia de una relación de hecho es necesario que el cargo esté creado de conformidad con la normatividad y la función sea ejercidas irregularmente, pero, también puede darse cuando en empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso, debe ser objeto de protección a través del principio de la realidad frente a las formas previsto en el artículo 53 Constitucional. Además, de que el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado designado regularmente.</p> <p>FUNCIONES DE FACTO EN CONVENIO INTERADMINISTRATIVO – Indemnización. Pago de salarios y prestaciones. Principio de enriquecimiento sin causa. Principio de igualdad. Principio de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos de las normas laborales. Principio de la realidad sobre las formalidades. Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966.</p> |

El reconocimiento otorgado también se hace en aplicación del principio de la realidad frente a las formas, al igual que el derecho a la igualdad (artículo 13 del C.P.), la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales (artículo 53 ib.), el principio de remuneración proporcional a la cantidad y calidad del trabajo y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, en cuanto consagra que "Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas", encuentra procedente amparar el derecho reclamado por la parte demandante, para efectos de garantizar el pago de su labor. Las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar, no en la forma como las ordenó el A quo, esto es, a partir de su reconocimiento como funcionario o servidor de hecho y a partir de ahí reconocer y pagar salarios y prestaciones, sino porque la administración le causó un daño antijurídico o mejor se benefició, sin justa causa, de las funciones de Enlace que indebidamente se le asignaron a la demandante. Pago de salarios y prestaciones sociales. Alcance / SANCION POR MORA EN EL PAGO DE CESANTIAS- No reconocimiento por enriquecimiento sin causa por no tener carácter indemnizatorio. Como ya se refirió la demandante tiene derecho al pago de los salario y prestaciones, tasados en el salario mínimo legal mensual, pues no se probó la equivalencia en la planta de personal del cargo ejercido como servidora de hecho, y esto no se discute en el proceso, pero estos pagos deben hacerse a título de indemnización. El haber realizado labores de facto no lo convierte automáticamente en empleado público, es más, podía decirse que, por no tener siquiera un contrato de prestación de servicios a la hora de establecer responsabilidades, resultaría difícil vincularlo con sus actuaciones, salvo la existencia de un hecho punible, por ello sólo es procedente el reconocimiento de la reparación del Daño.

Nota: En el presente asunto la demandante sólo tiene derecho al reconocimiento de los salarios y prestaciones reclamados a título de indemnización, lo que descarta la posibilidad de reconocer una situación de mora por no pago oportuno de las cesantías que son prestaciones y no indemnizaciones. Fuente formal: constitución política – artículo 122.

Fuente: elaboración propia

Componente Jurisprudencial 5

| | |
|---------------|--|
| Sentencia No. | Radicación Número 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08) del 9 de Junio de 2011. |
| Procedencia | Consejo de Estado |
| Demandante | Ruth Dorys Rodriguez Naranjo |
| Demandado | Municipio De Tamara – Casanare |

| | |
|-------------------|---|
| Antecedentes | Estuvo encaminada a obtener la nulidad del acto administrativo ficto presunto que negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales adeudadas a la actora desde el 16 de diciembre de 2001 hasta el 2 de enero de 2004, y negó la existencia de la relación laboral existente entre las partes en las funciones de <u>secretaria adscrita a la secretaria general de Tamará</u> . A título de restablecimiento del derecho, solicitó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales causadas, como primas, vacaciones, cesantías, viáticos, compensatorios, intereses a las cesantías, festivos, dominicales, horas extras, aportes en pensión y demás emolumentos que resulten probadas como servidora pública que fue en el Municipio de Támara, en el cargo de Secretaria, adscrita a la Secretaría General de Támara y de Enlace Municipal dentro del programa Familias en Acción, los cuales deberán ser liquidados con base en el salario determinado en el presupuesto de operación en el año 2003, por la Directora Regional de Familias en Acción para Casanare o en su defecto, el salario que desempeñe el actual funcionario de Enlace Municipal dentro del programa de Familias; sanción moratoria por el no pago oportuno de las acreencias laborales con sus respectivos intereses, debidamente indexados, dando aplicación a los artículos 176, 177 y 178 del C. C. A. y la Ley 244 de 1995; y que se condene en costas a la demandada. |
| Problema Jurídico | Consiste en determinar si la actora tiene derecho a que el Municipio de Támara, Casanare, le pague los salarios y prestaciones que presuntamente le adeuda como consecuencia de haber laborado como “Enlace” entre dicho ente territorial y la Nación para efectos del manejo de los recursos destinados por esta última para atender el programa “Familias en Acción” a partir del 16 de diciembre de 2001 al 2 de enero de 2004, incluyendo sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías |
| Decisión | CONFÍRMASE la sentencia de 3 de abril de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, que declaró no probada la excepción propuesta y accedió parcialmente las súplicas de la demanda incoada por Ruth Dorys Rodríguez Naranjo contra el Municipio de Támara, Casanare; pero se aclara que el reconocimiento y pago de las prestaciones demandadas se hace a título indemnizatorio o de reparación del daño y que de lo adeudado se le descontará la suma de un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000.oo) que recibió la demandante. |

Fuente: elaboración propia

Componente Jurisprudencial 6

| | |
|---------------|---|
| Sentencia No. | 20001-23-31-000-2011-00142-01 (0131-13) 9 de abril del 2014 |
| Procedencia | Consejo de Estado |
| Demandante | Rosalba Jiménez Pérez y Otros |
| Demandado | Departamento del Cesar, Apelación sentencia, Autoridades Departamentales |
| Antecedentes | Los demandantes fueron contratados como <u>docentes al servicio del Departamento del Cesar</u> , vinculados mediante contratos de prestación de servicios, laborando sin solución de continuidad hasta la fecha de su desvinculación. La entidad demandada nunca les canceló sus prestaciones sociales y salarios con base en el escalafón docente al que pertenecían y tampoco les reconoció la totalidad de factores salariales. Prestaron sus servicios directamente al departamento del Cesar en condición de docentes, lo que configura su relación laboral toda vez que trabajaron de tiempo completo, con dedicación exclusiva, cumpliendo el horario establecido y asumiendo igualdad de carga laboral y funciones que los docentes de planta; así mismo, el desempeño de su función era subordinada y cumplieron órdenes de sus superiores inmediatos. |

| | |
|-------------------|--|
| Problema Jurídico | Tratar de establecer la legalidad del Oficio de septiembre 15 de 2010 expedido por la Jefe de la Oficina de Asuntos Jurídicos del departamento del Cesar, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de los emolumentos pretendidos por los demandantes, derivados de la presunta relación laboral existente entre ellos y el ente territorial demandado. |
| Decisión | CONFÍRMASE: La sentencia de treinta (30) de agosto de dos mil doce (2012) proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, dentro del proceso promovido por ROSALBA JIMÉNEZ PÉREZ y OTROS contra el departamento del Cesar, pero por las razones expuestas en las consideraciones de esta providencia. |

Nota: La omisión en el reconocimiento y pago de sus salarios y prestaciones sociales vulneró sus derechos al trabajo en condiciones dignas y justas y el mínimo vital; además, viola los decretos anuales en que el Gobierno Nacional fijó la escala salarial para los docentes

Fuente: elaboración propia.

Componente Jurisprudencial 7

| | |
|-------------------|--|
| Sentencia No. | 23001-23-33-000-2013-00260-018 (0088-15) CE-SUJ2-005-16 del 2016 |
| Procedencia | Consejo de Estado |
| Demandante | Lucinda María Cordero Causil |
| Demandado | Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) |
| Antecedentes | Relata la demandante que prestó sus servicios al municipio de Ciénaga de Oro por 13 años y 1 mes, tiempo en el que no se le pagaron sus prestaciones sociales. Que desde el 1 de julio de 1986 hasta el 30 de diciembre de 1997, estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios, como <i>"maestra municipal"</i> ; para el año 1998 fue <i>"...amparada por la ley 60 y 115 situación legalizada a través del decreto No 057 de enero 31 de 2002 por no estar certificado el municipio..."</i> ; continuó vinculada como maestra en la escuela <i>"nuevas aguas coloradas"</i> desde el <i>"...01 de febrero de 2002 hasta [el] 10 de Marzo de 2011"</i> y fue declarada <i>"...insubsistente mediante decreto 1041 de 12 de julio de 2010 sin que en dicho acto mediara el por qué se estaba tomando esta decisión"</i> . |
| Problema Jurídico | Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar (i) si resulta procedente declarar la prescripción de la totalidad del derecho deprecado, pese a estar concernidos los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, y de no ser cierta dicha hipótesis, (ii) si a la demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar del municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba) el pago de las prestaciones salariales y sociales no devengadas durante el tiempo que permaneció vinculada como docente - contratista, en aplicación del principio de <i>"primacía de la realidad sobre formalidades"</i> , o por el contrario, si los contratos de prestación de servicios (o cualquiera que sea su denominación) que celebró con dicha entidad territorial se ajustan a la normativa vigente, por cuanto no se configuraron los elementos de subordinación y continua dependencia que alega, propios de una relación laboral. |
| Decisión | Declárase la nulidad del oficio 514 de 6 de noviembre de 2012 y de la Resolución 475 de 17 de diciembre del mismo año, en cuanto el alcalde de Ciénaga de Oro le negó a la accionante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral desde el 1° de julio de 1986 hasta el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones, de acuerdo con la motivación |

Fuente: elaboración propia

 Componente Jurisprudencial 8

| | |
|-------------------|---|
| Sentencia No. | 85001-23-31-000-2012-00032-02 (2119-14) 5 de mayo del 2016. |
| Procedencia | Consejo de Estado |
| Demandante | Luis Alberto Arias. |
| Demandado | Departamento De Casanare. |
| Antecedentes | El demandante se desempeñó junto con otros compañeros como <u>escolta y conductor</u> al servicio del Gobernador de Casanare, durante el período comprendido entre el 1° de enero de 2008 y el 31 de agosto de 2011, en virtud de acuerdo verbal realizado con el mismo gobernador, señor Oscar Raúl Iván Flórez. Durante el tiempo servido mantuvo una relación de carácter laboral, pues se dieron los requisitos para ello como lo es el pago de salario, que acordó de forma personal con el gobernador, la subordinación, pues su labor estaba dirigida y coordinada por el mismo protegido y la prestación personal del servicio, sin solución de continuidad, toda vez que debía realizar las actividades propias de un empleado de la Gobernación del Casanare. |
| Problema Jurídico | ¿El señor Luis Alberto Arias adquirió la calidad de funcionario de hecho cuando se desempeñó como “conductor escolta” del Gobernador del Departamento de Casanare durante el período comprendido entre el 1° de enero de 2008 y el 31 de agosto de 2011? |
| Decisión | Confirma la sentencia del 5 de marzo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Luis Alberto Arias contra el Departamento de Casanare. |

Nota: No puede considerarse al actor “funcionario de hecho” porque no logró demostrar los requisitos que se exigen para que pueda considerarse de esta manera, a saber: (i) la existencia del cargo dentro de la planta de personal de la entidad; (ii) el ejercicio de funciones de forma irregular y; (iii) que cumplió las funciones en las mismas condiciones que un empleado de planta de la entidad.

Fuente: elaboración propia

 Componente Jurisprudencial 9

| | |
|---------------|---|
| Sentencia No. | IJ – 0039 del 18 de noviembre del 2003. |
| Procedencia | Consejo de Estado |
| Demandante | María Zulay Ramírez Orozco. |
| Demandado | La Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. |

| | |
|-------------------|---|
| Antecedentes | <p>La actora, quien suscribió contrato de prestación de servicios con la Dirección Seccional de la Administración Judicial de Caldas, se comprometió, por virtud de éste <u>a prestar servicios de mantenimiento y generales en inmuebles</u>, de aseo y cafetería y a desarrollar otras actividades acordes con la naturaleza del referido vínculo contractual, las cuales se llevaron a cabo bajo las pautas fijadas por la demandada y bajo la dirección de la persona encomendada por ésta. Que tal contrato se prorrogó de manera sucesiva e ininterrumpida hasta el 30 de noviembre de 1996, fecha en la cual la actora presentó renuncia y se le aceptó por la administración seccional mencionada. Señaló que no le han sido canceladas las prestaciones sociales derivadas de esa relación laboral, por cuanto el Departamento de Casanare le negó su reconocimiento a través del acto administrativo demandado.</p> |
| Problema Jurídico | <p>En los términos del recurso de apelación interpuesto por la demandada, procede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a decidir el recurso antes mencionado contra la sentencia del 27 de abril de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas en el proceso instaurado por María Zulia Ramírez Orozco, donde solicita la nulidad de los actos administrativos y que se reconozca las prestaciones sociales debido a sus labores realizadas.</p> |
| Decisión | <p>Primero: Revocase el fallo apelado. Segundo: En consecuencia, deniéguense las súplicas de la demanda instaurada.</p> |

Nota: Por el tipo de vinculación que se menciona se viola las regulaciones y constitucionales como lo es el principio de igualdad, pues a otras personas que realizan las mismas labores se les paga por nomina con las ventajas que esto indica. Por otra parte, se ocultó el vínculo real de contratación vulnerando el artículo 53 de la Constitución Política.

El Consejo de Estado adujo que no violenta el artículo 13, ya que no se vislumbra el principio de igualdad ya que el empleo público lo reza la constitución política de Colombia en el artículo 122. No se aprecia falsa motivación se indilga al acto atacado, pues en verdad la denegación del pago de las prestaciones sociales como si la actora estuviese contratada legal y reglamentariamente cuyo fin fue el de estar contratada por prestación de servicios

Fuente: elaboración propia.

Componente Jurisprudencial 10

| | |
|---------------|---|
| Sentencia No. | 00117 Expediente: 23001-23-33-000-2013-00117-01 (3730-2014) 1 de marzo del 2018. |
| Procedencia | Consejo de Estado |
| Demandante | Zuly Fátima Núñez Pacheco. |
| Demandado | Instituto Departamental de Deportes Córdoba (Indeportes Córdoba). |
| Antecedentes | <p>La demandante, <u>secretaria</u>, incoa el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el Instituto Departamental de Deportes Córdoba (Indeportes Córdoba), solicitando el reconocimiento de cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones, prima de servicios, los aportes que por concepto de seguridad social en salud y pensión que canceló la demandante, así como las retenciones efectuadas mensualmente, los pagos de pólizas y demás gastos derivados de los contratos de prestación de servicios; solicita la indemnización por retiro sin justa causa, y la sanción o indemnización moratoria; que las anteriores sumas sean indexadas o actualizadas de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del CPACA y condenar al pago de costas procesales.</p> |

| | |
|----------------------|---|
| Problema Jurídico | <p>Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si a la demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar del Indeportes Córdoba el pago de prestaciones sociales no devengadas durante el tiempo que permaneció vinculada como secretaria - contratista, en aplicación del principio de «primacía de la realidad sobre formalidades», o por el contrario, si los contratos de prestación de servicios (o cualquiera que sea su denominación) que celebró con dicha entidad se ajustan a la normativa vigente, por cuanto no se configuraron los elementos de subordinación y continua dependencia que alega, propios de una relación laboral.</p> |
| Decisión | <p>Primero: Confírmase parcialmente la sentencia proferida el veintiséis (26) de junio de dos mil catorce (2014) por el Tribunal Administrativo de Córdoba (sala cuarta de decisión), que accedió a las pretensiones de la, demanda incoada por la señora Zuly Fátima Núñez Pacheco.</p> <p>Segundo: Modifícase los ordinales terceros y cuarto de la parte decisoria del fallo apelado, en el sentido de ordenar al Instituto Departamental de Deportes Córdoba, a título de restablecimiento del derecho, (i) pagar a la señora Zuly Fátima Núñez Pacheco las correspondientes prestaciones sociales en proporción a cada período trabajado en virtud de los contratos salvo sus interrupciones, el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante; devolver los dineros cancelados por la actora en razón a la cuota parte legal que la entidad demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los mencionados contratos.</p> |

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

Fuente: Fuente: elaboración propia

Componente Jurisprudencial 11

| | |
|---------------|---|
| Sentencia No. | 04117 Radicado No. 25000234200020130411701 No. Interno 2813-16 del 8 de marzo del 2018. |
| Procedencia | Consejo de Estado |
| Demandante | Oscar Daniel Múnica Salinas. |
| Demandado | Departamento Administrativo de Seguridad –DAS. Ahora UNP. |

| | |
|-------------------|--|
| Antecedentes | <p>El demandante ingresó al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) por medio de órdenes de prestación de servicios, dentro del periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2004 y el 15 de noviembre de 2011. <u>Adujo que desempeñó actividades propias de un escolta de planta del DAS.</u> Narró que el 22 de octubre de 2012 solicitó a la entidad demandada reconocer la existencia de una relación laboral y el pago de todas las prestaciones sociales que devengan los servidores públicos de planta, argumentando que se configuraron los elementos de una relación laboral, tales como el pago de salario, la subordinación y la prestación personal del servicio, solicitud que fue despachada de manera desfavorable a través del Oficio OJUR 2012-130867 de 21 de noviembre de 2012. El tribunal de Cundinamarca declaró la nulidad del oficio 130867 condeno al DAS a pagar al actor el valor equivalente a las prestaciones sociales.</p> |
| Problema Jurídico | <p>De conformidad con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el presente asunto se trata de establecer si entre el señor Oscar Daniel Múnera Salinas y el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) existió una verdadera relación laboral que tenga como consecuencia el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que no devengó durante el tiempo en que permaneció vinculado contractualmente con la entidad.</p> |
| Decisión | <p>Se confirmar la sentencia proferida el 26 de junio de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, excepto, los numerales segundo y tercero que se modificarán declarando probada la excepción de prescripción relacionada con el pago de las cesantías, primas de servicios, de dirección, técnica, de vacaciones y de navidad de periodo del 1 de mayo de 2004 al 28 de febrero de 2005, y del 1 de marzo al 30 de agosto de 2005) salvo en lo que tiene que ver con los aportes a pensión. A título de restablecimiento del derecho, pagar el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes que devengan los escoltas de dicha entidad, liquidadas conforme a los honorarios pactados en los contratos, por el tiempo 2006 al 2011. El tiempo laborado se computará para efectos pensionales, para lo cual la entidad hará las correspondientes cotizaciones. Se ordena revisar los aportes realizados al fondo de pensiones cancelando la suma faltante por este concepto en el porcentaje que corresponde al empleador</p> |

Fuente: elaboración propia.