

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Objeto. Requisitos para su celebración

La contratación por prestación de servicios con el Estado ha sido desarrollada por nuestra legislación a través del D. L. 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y más recientemente por la Ley 190 de 1995. La Ley 80 en su artículo 32, dispone: «3. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados (...)». **NOTA DE RELATORIA.** Sobre las características del contrato de prestación de servicios, Corte Constitucional sentencia C-154/97, M.P., Hernando Herrera Vergara.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 222 DE 1983 / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 22 ORDINAL 3 / LEY 190 DE 1995

CONTRATO REALIDAD – Aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades

La Sección Segunda de la Corporación ha venido reconociendo que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la existencia de subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al reconocimiento de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, consagrado en el artículo 53 de la C.P Ahora bien,

RELACION LABORAL- Prueba de su existencia. Elementos esenciales. Prestación personal del servicio. Subordinación o dependencia. Remuneración. Requisitos adicionales exigidos por la jurisprudencia. Permanencia. Similitud del objeto contractual con las funciones de un servidor público de planta / SUBORDINACION O DEPENDENCIA- Concepto

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Como se indicó, la demandante ejerció funciones inherentes a la entidad, como lo es la asistencia técnica y seguimiento para evaluar los planes de salud de las entidades territoriales del Departamento de Arauca, por un espacio de tiempo superior a 42 meses comprendidos entre el 02 de abril de 2007 y el 31 de diciembre de 2011, por lo tanto, es evidente que se trata del cumplimiento, en forma permanente, de funciones propias de la entidad que como tal, no podían ser ejercidas de manera autónoma e independiente por la contratista, sino que debían

cumplirse con sujeción a los precisos términos indicados por la administración, bajo los parámetros, planes, programas y proyectos establecidos para el desarrollo del sector salud, atendiendo las actividades que por escrito le eran asignadas por el líder de proyecto de gestión del PSPIC, cumpliendo los horarios establecidos por la entidad, y utilizando para el desarrollo de las mismas, los bienes y elementos suministrados por la Unidad. **NOTA DE RELATORIA.** Sobre los requisitos de permanencia y similitud para efectos del reconocimiento judicial del contrato realidad, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B., sentencia de 29 de septiembre de 2005, C.P., Tarsicio Cáceres Toro, rad. 2990-05.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA –ARTICULO 53 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 25

CONTRATO REALIDAD – Su reconocimiento judicial no le confiere al contratista la calidad de empleado público. Carácter reglado del ingreso a la función pública

Sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación. **NOTA DE RELATORIA.** Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 28 de julio de 2005, C.P., Tarsicio Cáceres Toro, Rad. 5212-03 y sentencia de 25 de enero de 2001, C.P., Nicolás Pájaro Peñaranda, Rad. 1654-00.

EMPLEO PUBLICO – Tipos de vinculación laboral con el Estado. Legal y reglamentaria. Contractual laboral. Contractual estatal.

De acuerdo con los artículos 122 y 125 de la Constitución Política, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 122 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 125 / DECRETO 2400 DE 1968 – ARTICULO 2

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Restricciones. Prohibición de la celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones administrativas de carácter permanente.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios personales son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (i) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (ii) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y (iii) requieran de conocimientos especializados; lo anterior, con el fin de garantizar el respeto del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública. En tal sentido, aunque la legislación colombiana ha previsto la posibilidad de acudir a la contratación de prestación de servicios en los

casos y para los fines previstos en la referida norma, también ha establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica, como son, entre otras, el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973, la Ley 790 de 2002 y la Ley 734 de 2002, que prohíben la celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, y sancionan al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal, respectivamente. La regla general es que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos y no a través de la contratación de servicios con terceros, pues aunque se trata de una modalidad legalmente válida, puede resultar inconstitucional su uso indebido, como cuando se emplea con la finalidad de disfrazar una verdadera relación de trabajo.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1950 DE 1973 – ARTICULO 7 / LEY 790 DE 2002 / LEY 734 DE 2002

EMPLEOS TEMPORALES – Finalidad. Atender necesidades administrativas que no puedan ser provistas por el personal de planta.

La Ley 909 de 2004 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. Se trata de empleos transitorios, creados para atender las necesidades que requieren para su creación la justificación técnica, apropiación y disponibilidad presupuestal correspondiente. En este orden, considera la Sala que las necesidades de personal temporal de las entidades públicas sujetas al ámbito regulador de la Ley 909 de 2004, deben ser satisfechas mediante la creación de empleos de carácter temporal en las condiciones y con los requisitos previstos en dicha ley, cuando se trate de funciones propias de la entidad que impliquen subordinación y que no puedan suplirse con personal de planta, y no mediante el empleo de otras herramientas jurídicas como lo sería la contratación de servicios personales con terceros, en donde, casi siempre, se presentan condiciones de subordinación en el cumplimiento de las funciones contratadas, que desdibujan el vínculo y esconden una verdadera relación de trabajo.

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 –ARTICULO 21

CONTRATO REALIDAD – Reconocimiento de derechos laborales a título de reparación del daño. Condena al pago de prestaciones sociales

Ello implica que los derechos económicos laborales deben reconocerse, no a título de restablecimiento del derecho, sino a título de reparación del daño, porque quien pretende demostrar el contrato realidad, no ostenta la calidad legal de empleado público. Bajo tal entendimiento, no podría ordenarse que la situación del contratista volviera al estado de cosas propio de un empleado público porque jamás ha ostentado dicha condición, en cambio, la Sala ha reconocido que una vez acreditados los elementos propios de la relación laboral, surge el derecho al reconocimiento y pago, como reparación del daño, de los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad en la cual prestaron los servicios bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios, siendo la sentencia constitutiva de dicho derecho.

CONTRATO REALIDAD – Restablecimiento del derecho. Naturaleza jurídica. Principio de reparación integral del daño. Parámetros resarcitorios. Honorarios pactados en el contrato. Salario devengado por un empleado de planta. Condiciones para que proceda uno u otro criterio

Los efectos de la declaratoria de la nulidad de los actos administrativos particulares, en las acciones de restablecimiento del derecho al tenor del artículo 85 del C.C.A, comprende, no sólo el restablecimiento del derecho, entendido este como el efecto de volver las cosas al estado anterior, sino también la reparación del daño, en los casos en que no es posible volver las cosas al estado anterior, siendo la reparación integral del daño, la única manera de compensar a la víctima por la lesión originada en un acto ilegal. Valga aclarar que, la Sala, ha acudido a los honorarios pactados, como punto de partida para la reparación de los daños en este tipo de controversias, siendo este el criterio imperante cuando el cargo desempeñado por el contratista no existe en la planta de personal, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal, dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios, ya que de otra forma se incurría en subjetivismos por parte de la administración, a la hora de definir la identidad o equivalencia con otro empleo existente en la planta de la entidad, con el riesgo de reabrir la controversia al momento de ejecutar la sentencia. No obstante, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso, las Subsecciones A y B de la Sección Segunda, también han tenido en cuenta, de manera excepcional, como criterio para la reparación del daño, el salario devengado por un empleado de planta de la entidad, en aquellos casos en que se ha demostrado que el empleo desarrollado por el contratista demandante existe en la planta de personal y es desempeñado en igualdad de condiciones que los servidores públicos de planta, o cuando los honorarios pactados son inferiores al salario devengado por un empleado de planta de la entidad con las mismas funciones desarrolladas. Ahora bien, cuando se demuestre que las funciones desarrolladas por el contratista de servicios son propias de los empleados de planta de la entidad y se desempeñan en igualdad de condiciones que estos, el salario devengado por un empleado de planta se convierte en parámetro objetivo para la tasación de los perjuicios, pues dicho monto sería la contraprestación que hubiese recibido el contratista de prestación de servicios en caso de que su vinculación hubiese sido legal y reglamentaria, como lo establece la ley para las relaciones laborales con el Estado, para lo cual, tendrá que demostrarse la identidad en las funciones y condiciones de trabajo desempeñadas, y que los honorarios pactados resultan inferiores a lo devengado por el empleado de planta, pues en caso contrario, deberá estarse a lo pactado entre las partes como contraprestación por los servicios desarrollados. Lo anterior, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, pues demostrado el criterio de igualdad en las condiciones de trabajo, entre el contratista y el servidor público, deviene el derecho a obtener igual remuneración por la labor desempeñada, sólo bajo tal entendimiento, se considera que el salario devengado podría constituir el criterio determinante para el reconocimiento de la reparación de los daños ocurridos cuando resulta desvirtuada la relación contractual. **NOTA DE RELATORIA.** Sobre las formas de restablecimiento del derecho en el contrato realidad. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P., Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 27 de noviembre de 2014, Rad., 3222-2013. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 11 de marzo de 2010, Rad., 2168-08, C.P. Alfonso María Vargas Rincón.

INDEMNIZACION DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD – Restablecimiento del derecho. Prestaciones sociales que se

reconocen en favor del contratista. Obligaciones a cargo del empleador y del sistema de seguridad social. La reparación que se ordene por concepto de las prestaciones sociales que debió asumir el Sistema de Seguridad Social se contrae a la cuota parte que el empleador debió trasladar a la entidad administradora del régimen en salud, pensiones y riesgos laborales y prestaciones sociales ordinarias o comunes

Con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación integral del daño al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas. En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral. Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas, las cesantías; y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización. Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%. Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la indemnización no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14)

Actor: MAGDA VIVIANA GARRIDO PINZON

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARAUCA.

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 247¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede la Sala a dictar sentencia escrita dentro del proceso de la referencia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 3 de octubre de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Arauca, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda formulada por la señora MAGDA VIVIANA GARRIDO PINZÓN contra la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca.

ANTECEDENTES

La señora Magda Viviana Garrido Pinzón, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho² solicitó al Tribunal Administrativo de Arauca la nulidad del **oficio TRD: 102-26.3 de 04 de junio de 2012**, proferido por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, 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

¹ "ARTICULO 247. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACION CONTRA SENTENCIAS. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: (...) 4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente. (...)".

² La demanda inicial fue modificada por la parte actora mediante escrito de 03 de septiembre de 2012, visible al folio 91 y 92 del expediente.

condena en costas y el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 189 a 192 del CPACA.

Adicionalmente, solicitó computar el tiempo de servicios para efectos pensionales durante todo el tiempo de prestación de servicios.

Basó su **petitum** en los siguientes hechos:

Relata la actora que prestó sus servicios personales en la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARAUCA del 02 de abril de 2007 al 31 de diciembre de 2011, desempeñando funciones de profesional de gestión PSPIC, Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas, a través de los siguientes contratos de prestación de servicios:

Número de Contrato de Prestación de Servicios	Duración	Valor
371/2007	90	\$10.500.000
720/2007	120	\$14.000.000
171/2008	30	\$2.700.000
548/2008	90	\$8.100.000
777/2008	90	\$8.100.000
994/2008	71	\$6.991.526
270/2009	139	\$12.760.200
461/2009	30	\$3.000.000
125/2010	90	\$9.710.000
262/2010	90	\$10.299.000
523/2010	161	\$18.515.000
35/2011	67	\$6.817.000
491/2011	194	\$22.095.200

Indica que desarrolló las funciones asignadas bajo condiciones de subordinación jerárquica en la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, percibiendo una remuneración mensual por sus servicios y cumpliendo personal y ordinariamente un horario de trabajo en la sede oficial de la entidad.

Afirma que no le pagaron prestaciones sociales en virtud del vínculo contractual que sostuvo con la entidad.

Sostiene que existió una verdadera relación laboral entre las partes que genera el reconocimiento de los derechos prestacionales, toda vez que existió el elemento de la subordinación, el cual se manifiesta en el cumplimiento de órdenes y en las actividades desarrolladas, las cuales son afines con el objeto de la entidad, entre otras, realizar evaluaciones según necesidad, seguimiento y control y ajuste del Plan Territorial de Salud Pública, control de los recursos ejecutados en los diferentes proyectos del plan territorial de salud pública, apoyo a las diferentes áreas administrativas y operativas que hacen parte del PTSPIC, analizar y evaluar mensualmente el sistema de información financiera del plan territorial de salud pública, comunicación permanente telefónica y escrita con los encargados del PTSPIC municipal. Tenía además que responder por las actividades que se le asignaban por escrito por parte del líder del proyecto de Gestión del PSPIC, necesarias para cumplir con la ejecución del objeto contractual.

Aduce que en su vínculo contractual con la demandada debe aplicarse el artículo 53 de la C.P., que obliga a darle primacía a la realidad sobre las formalidades.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política: artículos 12 y 53.

De orden legal: numeral 3, artículo 32 de la Ley 80 de 1993; artículos 137, 138, 155, 161, 162 y 163 del C.P.A.C.A.

Al explicar el concepto de violación afirmó que con la expedición del acto demandado la entidad desconoció los derechos laborales de la demandante, los cuales han sido reconocidos por la jurisprudencia en virtud del principio de primacía de la realidad.

Alega que existió una verdadera relación laboral entre las partes porque se presentó el elemento de la subordinación y dependencia durante la labor ejercida, desdibujando el contrato de prestación de servicios.

Solicitó tener en cuenta la sentencia de 19 de febrero de 2009, Expediente No. 3074-05 de la Sección Segunda, Subsección B, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, en materia de prescripción trienal y seguridad social integral, en los casos en que se desvirtúa el contrato de prestación de servicios.

Invocó la aplicación del inciso segundo del artículo 230 de la C.P. y la Ley 1395 de 2010, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el principio de la realidad sobre las formas, el derecho a un salario mínimo, vital y móvil, a un trabajo digno y justo, a acceder a una administración de justicia efectiva, a la seguridad jurídica y a la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir funciones permanentes.

Por último, plantea que el acto administrativo demandado fue expedido por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la UAESA sin tener competencia para ello, toda vez que no acreditó la existencia de delegación para su expedición.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, por conducto de apoderada judicial contestó la demanda con los argumentos que a continuación se resumen (fs. 105 a 115).

Afirmó que la vinculación de la actora se llevó a cabo a través de contratos de prestación de servicios profesionales desde abril de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2011. Las obligaciones que se establecieron en los contratos de prestación de servicios hacen relación a la ejecución de actividades coordinadas con el quehacer diario de la entidad. La sola prestación del servicio a favor del Estado no confiere el status de empleado público, razón por la cual no hay lugar al pago de las prestaciones sociales pretendidas.

Sostuvo que los contratos de prestación de servicios celebrados al amparo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 no generan prestación laboral ni ningún tipo de prestación social, razón por la que afirmó que no puede darse ningún tipo de restablecimiento del derecho. Además, indicó que el medio de control para reclamar el daño causado por un acto legal es el de reparación directa en la modalidad de responsabilidad extracontractual.

Manifestó que no se dan los elementos que estructuran el contrato realidad según la jurisprudencia, toda vez que no medió una relación subordinada.

Aseguró que no se puede confundir el cumplimiento de un horario de trabajo con la subordinación, pues se trata de una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales, insistió en que sin el lleno de tales requisitos, no es posible que se dé la relación legal y reglamentaria, tal y como lo expresó la Corte Constitucional en la Sentencia C-555 de 1994.

Indicó que dentro del proceso no se demostró que a la contratista se le brindara el trato propio de un empleado público porque no recibía órdenes ni llamados de atención, ni desarrolló sus actividades bajo la subordinación y dependencia de la entidad.

Informó que la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca desde su creación y constitución no ha contado con una planta de personal suficiente para el cumplimiento de los fines estatales, por lo cual se ve obligada a utilizar la modalidad de contratos de prestación de servicios para la ejecución de algunas

actividades, no obstante no se pacta cumplimiento de horario, por lo que los contratistas pueden ejecutar las actividades convenidas de acuerdo a su disposición y voluntad y no como pretende hacerlo ver la parte demandante.

Además no existe prueba que acredite el cumplimiento de órdenes, llamados de atención, sujeción a un horario de trabajo, subordinación y dependencia. En este sentido, solicitó desestimar los testimonios por provenir de terceros con interés, toda vez que se encuentran en similares condiciones a la demandante.

Con fundamento en todo lo anterior, propuso las excepciones de (i) cobro de lo no debido y (ii) caducidad de la acción.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Arauca, en la oportunidad prevista en el inciso final del artículo 181³ del CPACA, profirió sentencia en la que declaró la nulidad del acto demandado y reconoció la existencia de la relación laboral sobre los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes, salvo el contrato No. 461 de 2009, procediendo a ordenar el reconocimiento de las sumas correspondientes a las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados vinculados a dicha entidad, liquidados conforme al valor de lo pactado en el contrato, así como los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que la entidad debió trasladar a los fondos correspondientes durante el periodo en que prestó los servicios de manera subordinada, declaró la prescripción trienal de los derechos laborales respecto a la vinculación que transcurrió entre el 02 de abril de 2007 y el 11 de noviembre de 2007, y declaró que para los efectos pensionales no existió solución de continuidad. Condenó en costas a la parte demandada y negó las demás pretensiones de la demanda.

Como sustento de la decisión, expuso los siguientes argumentos (fs. 170 a 203):

³ "Art. 181. Audiencia de Pruebas. (...) En esta misma audiencia el juez y al momento de finalizarla, señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días, sin perjuicio de que por considerarla innecesaria ordene la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de veinte (20) días siguientes al vencimiento del aquel concedido para presentar alegatos. En las mismas oportunidades señaladas para alegar podrá el Ministerio Público presentar el concepto si a bien lo tiene."

Sostuvo que dentro del proceso se demostró (i) la prestación personal del servicio, (ii) la contraprestación económica y (iii) la subordinación de la actora en la relación de trabajo. En punto a la subordinación, sostuvo que se dieron los criterios determinantes de una relación subordinada, de acuerdo con la sentencia C-614 de 2009 de la Corte Constitucional, toda vez que las funciones desarrolladas consistieron en “brindar asistencia técnica y seguimiento para evaluar la gestión operativa y funcional del plan de salud de las entidades territoriales del Departamento de Arauca”, las cuales corresponden al giro ordinario de la entidad, razón por la que consideró que debieron ser atendidas con personal de planta de la entidad y no ser contratadas con terceros; además, aseguró que fueron desarrolladas de forma permanente y no transitoria, del 02 de abril de 2007 al 31 de diciembre de 2011, con excepción de algunas interrupciones.

En cuanto a la prescripción, consideró que la misma debe contarse a partir de la terminación del último contrato desvirtuado, en ese orden, respecto a la primera temporada contractual, transcurrida entre el 02 de abril de 2007 hasta el 11 de noviembre de 2007, declaró prescritos los derechos laborales por cuanto la reclamación se presentó el 24 de mayo de 2012, y frente a la segunda temporada contractual, transcurrida entre el 03 de marzo de 2008 y el 01 de marzo de 2011, declaró que no se encuentran prescritos los derechos laborales.

Condenó en costas a la parte demandada.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARAUCA, a través de su apoderada judicial, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con base en los siguientes argumentos (fs.206 a 209):

Manifestó que no fueron demostrados los elementos de la relación laboral; asegura que la accionante como persona natural e independiente, fue contratada por la Unidad Administrativa Especial para prestar sus servicios en unos tiempos definidos, como lo establecen los contratos de prestación de servicios celebrados, en los cuales se pactó la cláusula de exclusión de la relación jurídica laboral que fue aceptada por la contratista.

Indicó que dentro del proceso no se demostró que a la contratista se le brindaba el trato propio de un empleado público, toda vez que no recibía órdenes ni llamados de atención, ni realizaba actividades que implicaban subordinación y dependencia.

Anotó que la UAE, desde el momento de su creación y constitución no ha contado con una planta de personal suficiente para el cumplimiento de los fines estatales, por lo cual se ve obligada a utilizar la modalidad de contratos de prestación de servicios para la ejecución de algunas actividades, sin pactar el cumplimiento de un horario de trabajo, razón por la cual los contratistas pueden ejecutar las actividades convenidas de acuerdo a su disposición y voluntad.

AUDIENCIA DE CONCILIACION

El 3 de diciembre de 2013 se llevó a cabo la audiencia de conciliación prevista en el artículo 192 del CPACA sin que las partes llegaran a un acuerdo sobre el cumplimiento de la condena por falta de ánimo conciliatorio de la parte demandada, razón por la cual se declaró fallida esta etapa procesal, ordenando continuar con el trámite del recurso de apelación presentado por la parte demandada (fs. 218 y 219).

ALEGATOS DE CONCLUSION

.- La parte actora. Solicitó confirmar la sentencia apelada, en tal sentido expresó que el acto administrativo demandado se expidió con infracción de las normas en que debía fundarse. Respecto a la declaratoria de prescripción de los derechos laborales causados entre el 2 de abril y el 11 de noviembre de 2007 sostuvo que el Tribunal no tenía competencia para declararla de oficio, razón por la cual solicitó modificar el numeral octavo de la sentencia (fs. 254 a 261).

.- La parte demandada. La apoderada de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca en esta oportunidad manifestó estar de acuerdo con el numeral octavo de la sentencia de primera instancia, que declaró de oficio la prescripción trienal de los derechos derivados de la relación laboral; en cuanto a lo demás,

afirmó no estar de acuerdo con lo resuelto, para lo cual esbozó los mismos argumentos que sustentaron el recurso de apelación.

Agregó que no se dio el elemento de la subordinación por el simple cumplimiento de un horario de trabajo sino que existió una coordinación con el quehacer diario de la entidad. Reiteró que sin el lleno de los requisitos constitucionales y legales para acceder a la función pública no es posible reconocer la condición de empleada pública, además se pactó la cláusula de exclusión de la relación jurídica laboral.

Afirmó que los testimonios carecen de imparcialidad porque los declarantes tienen interés en el resultado del proceso, razón por la que solicitó desestimar la prueba testimonial (fs. 240 a 246).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, emitió Concepto No. 203 en el que solicitó revocar los numerales tercero, cuarto, sexto, séptimo, octavo y noveno de la sentencia apelada y en su lugar, condenar a la entidad demandada a cancelar a favor de la demandante el valor de las prestaciones a que tiene derecho por el desarrollo de su labor y el correspondiente cómputo del tiempo para efectos pensionales, teniendo en cuenta el valor de los periodos pactados en todos los contratos de prestación de servicios y confirmar en lo demás la sentencia apelada.

Sostuvo que los servicios que prestó la demandante en forma personal, remunerada y dependiente o subordinada desde el 2 de abril de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2011, desvirtúan la existencia del contrato de prestación de servicios que en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas entre los sujetos de la relación laboral amerita la especial protección del Estado que garantiza el artículo 25 de la C.P.

Afirmó que no tiene fundamento la condena en costas de la entidad, en tanto no se demostró temeridad o mala fe en su actuación. (fs. 263 a 269).

CONSIDERACIONES

Como no se evidencia causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

1.- Problema jurídico

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.

2.- Marco Jurídico y Jurisprudencial.

2.1. Elementos y características propias del contrato de prestación de servicios y su distinción con las relaciones de carácter laboral⁴.

La contratación por prestación de servicios con el Estado ha sido desarrollada por nuestra legislación a través del D. L. 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y más recientemente por la Ley 190 de 1995. La Ley 80 en su artículo 32, dispone: “3. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados (...)”.

⁴ Se reitera lo expuesto por la Sala en sentencia de 16 de julio de 2009, Expd. (1258-07), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

En sentencia C-154-97⁵ la Corte Constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita, determinó, entre otros, las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, concluyendo:

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

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

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

A partir de tal distinción, la Sección Segunda⁶ de la Corporación ha venido reconociendo que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la existencia de subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al reconocimiento de prestaciones

⁵ Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de unificación de 19 de febrero de 2009, Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05), Actor: ANA REINALDA TRIANA VIUCHI, Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – ISS.

sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, consagrado en el artículo 53 de la C.P.

2.2.- El principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales.

Como se indicó, la Corporación ha sido insistente en la aplicación del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma y la eficacia del contrato realidad al resolver controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

En ese orden, la Sala ha señalado que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado⁷.

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector

⁷ Sentencia de 22 de noviembre de 2012. Sección Segunda. Subsección B. Expediente: 25000-23-25-000-2008-00822-02. Referencia 2254-2011. Actor: JOSE LUIS BURITICÁ BOHÓRQUEZ. Demandado: E.S.E. LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO EN LIQUIDACION.

público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido **personal** y que por dicha labor haya recibido una **remuneración** o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista **subordinación** o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia,⁸ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación.⁹

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

⁹ En sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, con ponencia del doctor Tarcisio Cáceres Toro, se efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, precisando que:

*"para que una persona natural desempeñe un **EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA)** que se realice su **ingreso al servicio público** en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, **requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión**, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la **persona nombrada y***

2.3.- Las reglas constitucionales de protección de la relación laboral de los servidores públicos.

La Constitución Política de 1991, contempló en el Capítulo II, de la función pública, lo siguiente:

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

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

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

Por su parte, el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, el cual se encuentra vigente, dispuso:

“Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

posesionada es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente.

Se tiene entonces que no por el hecho de haber laborado para el Estado se adquiere la calidad de empleado público, dadas las condiciones especiales que se predicán de dicha vinculación establecidas en la Constitución y la Ley.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones

(...)

La parte subrayada fue demandada ante la Corte Constitucional y declarada su exequibilidad mediante sentencia C-614 de 2009 en la cual se señaló, entre otros criterios, la permanencia como un elemento más que indica la existencia de una verdadera relación laboral; adicionalmente, la Corte Constitucional destacó las reglas de especial protección constitucional de la relación laboral de los servidores públicos, de la siguiente manera:

“i) el ingreso y ascenso a los cargos públicos se logra, por regla general, por concurso público en el que se miden los méritos y calidades de los aspirantes (artículo 125 superior), ii) la permanencia y el retiro de la función pública en los cargos de carrera está regida por el principio de estabilidad en el empleo porque su desvinculación podrá efectuarse por calificación no satisfactoria en el desempeño del mismo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley (artículo 125 de la Constitución), iii) el desempeño de funciones públicas se hará, por regla general, mediante el empleo público¹⁰ que debe aparecer en las respectivas plantas de personal de las entidades públicas (artículo 123 de la Carta), iv) el cargo público remunerado debe tener tres requisitos: funciones detalladas en la ley y el reglamento, consagración en la planta de personal y partida presupuestal que prevea sus emolumentos (artículo 122 de la Constitución), v) por el ejercicio del cargo o de las funciones públicas, existe responsabilidad especial que será regulada por la ley (artículos 6º y 124 superiores) y, vi) para el ingreso y ejercicio de los cargos públicos existen requisitos, calidades y condiciones previstas en la ley que limitan el

¹⁰ El artículo 19 de la Ley 909 de 2007 definió el empleo público así: “El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”

derecho de acceso al empleo público (artículos 122, 126, 127, 128 y 129 de la Constitución, entre otros)".

En dicha providencia se sostuvo que las reglas anteriores constituyen criterios imperativos que limitan no solo al Legislador en su labor de regulación legal de la materia, sino también a las autoridades administrativas en relación con la vinculación, permanencia y retiro del servicio público de conformidad con la Constitución Política.

2.4.- Limitaciones constitucionales y legales a la utilización del Contrato de Prestación de Servicios.

La Sala ha indicado que la utilización del contrato de prestación de servicios previsto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir al precepto constitucional del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios personales son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (i) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (ii) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y (iii) requieran de conocimientos especializados; lo anterior, con el fin de garantizar el respeto del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública.

En tal sentido, aunque la legislación colombiana ha previsto la posibilidad de acudir a la contratación de prestación de servicios en los casos y para los fines previstos en la referida norma, también ha establecido limitantes para evitar el

abuso de esta figura jurídica, como son, entre otras, el artículo 7¹¹ del Decreto 1950 de 1973, la Ley 790 de 2002¹² y la Ley 734 de 2002¹³, que prohíben la celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, y sancionan al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal, respectivamente.

Por otra parte, la Ley 909 de 2004, 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.

El artículo 21 de la mencionada ley dispuso:

“Artículo 21. Empleos de carácter temporal.

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

¹¹ “(...), **en ningún caso** podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, **en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto.**

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

¹² “ARTÍCULO 17. PLANTAS DE PERSONAL. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.

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

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

¹³ El artículo 48 establece como falta gravísima: “29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”.

a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;

b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;

c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;

d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.”

Se trata de empleos transitorios, creados para atender las necesidades enlistadas en el numeral 1, que requieren para su creación la justificación técnica, apropiación y disponibilidad presupuestal correspondiente.

En este orden, considera la Sala que las necesidades de personal temporal de las entidades públicas sujetas al ámbito regulador de la Ley 909 de 2004, deben ser satisfechas mediante la creación de empleos de carácter temporal en las condiciones y con los requisitos previstos en dicha ley, **cuando se trate de funciones propias de la entidad que impliquen subordinación y que no puedan suplirse con personal de planta**, y no mediante el empleo de otras herramientas jurídicas como lo sería la contratación de servicios personales con terceros, en donde, casi siempre, se presentan condiciones de subordinación en el cumplimiento de las funciones contratadas, que desdibujan el vínculo, y esconden una verdadera relación de trabajo.

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

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

En ese orden, cuando los contratos de prestación de servicios resultan desvirtuados en sus elementos esenciales, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público, acerca de la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con el propósito de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003¹⁴, la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad negó las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento “coordinación”. Sin embargo, en la sentencia de unificación de 19 de febrero de 2009¹⁵, la Sección Segunda determinó que esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento “subordinación” aspecto trascendente que como se anotó requiere ser acreditado fehacientemente, en la tarea de desentrañar la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, M.P: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco.

¹⁵ Ver cita No. 6

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia,¹⁶ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral; se insiste en este punto, que **por el hecho de haber estado vinculado, no se le puede otorgar la calidad de empleado público**, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación.

2.6.- Efectos patrimoniales del reconocimiento de la existencia de la relación laboral con fundamento en el principio de la primacía de la realidad.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación No. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

Como se dijo, el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado la Sección, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”¹⁷

Para que ello ocurra, se requiere, la existencia jurídica del cargo, las funciones ejercidas irregularmente, que el cargo se haya ejercido en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente, así como el acto de nombramiento y su correspondiente posesión.

Ello implica que los derechos económicos laborales deben reconocerse, no a título de restablecimiento del derecho, sino a título de reparación del daño, porque quien pretende demostrar el contrato realidad, no ostenta la calidad legal de empleado público.

Bajo tal entendimiento, no podría ordenarse que la situación del contratista volviera al estado de cosas propio de un empleado público porque jamás ha ostentado dicha condición, en cambio, la Sala ha reconocido que una vez acreditados los elementos propios de la relación laboral, surge el derecho al reconocimiento y pago, como reparación del daño, de los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad en la cual prestaron los servicios bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios¹⁸, siendo la sentencia constitutiva de dicho derecho.

Basta recordar que los efectos de la declaratoria de la nulidad de los actos administrativos particulares, en las acciones de restablecimiento del derecho al tenor del artículo 85 del C.C.A, comprende, no sólo el restablecimiento del derecho, entendido este como el efecto de volver las cosas al estado anterior, sino también la reparación del daño, en los casos en que no es posible volver las cosas

¹⁷ Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda.

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de unificación de 19 de febrero de 2009. Expediente 73001-23-31-000-2000-03449-01 (3074-05), C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

al estado anterior, siendo la reparación integral del daño, la única manera de compensar a la víctima por la lesión originada en un acto ilegal.

Valga aclarar que, la Sala, ha acudido a los honorarios pactados, como punto de partida para la reparación de los daños en este tipo de controversias, siendo este el criterio imperante cuando el cargo desempeñado por el contratista no existe en la planta de personal, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal, dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios, ya que de otra forma se incurría en subjetivismos por parte de la administración, a la hora de definir la identidad o equivalencia con otro empleo existente en la planta de la entidad, con el riesgo de reabrir la controversia al momento de ejecutar la sentencia.

No obstante, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso, las Subsecciones A y B de la Sección Segunda, también han tenido en cuenta, de manera excepcional, como criterio para la reparación del daño, el salario devengado por un empleado de planta de la entidad, en aquellos casos en que se ha demostrado que el empleo desarrollado por el contratista demandante existe en la planta de personal y es desempeñado en igualdad de condiciones que los servidores públicos de planta¹⁹, o cuando los honorarios pactados son inferiores al salario devengado por un empleado de planta de la entidad con las mismas funciones desarrolladas²⁰.

En este orden de ideas, la Sala considera oportuno y necesario precisar cuál es el criterio imperante para el reconocimiento de la reparación de los daños derivados de la existencia del contrato realidad, dependiendo si las actividades contratadas bajo la modalidad de prestación de servicios son iguales a las funciones asignadas a empleos existentes en la planta de personal de la entidad o si no lo son, pues según el caso, el parámetro objetivo para la tasación de perjuicios podrá variar, en aplicación de los principios laborales de igualdad de oportunidades y remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, derivados del

¹⁹ Ver entre otras: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 27 de noviembre de 2014, Expediente: 05001-23-33-000-2012-00275-01, Referencia: 3222-2013, Actor: DAVID ALEJANDRO JARAMILLO ARBELAEZ; Subsección A, sentencia de 4 de junio de 2009, Referencia 1221-08, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Subsección A, sentencia de 21 de octubre de 2009, referencia 2725-08, C.P. Luis Rafael Vergara.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 11 de marzo de 2010, Referencia: 2168-08, C.P. Alfonso Vargas Rincón.

artículo 53 de la C.P.

En tal sentido, dirá la Sala que los honorarios pactados son el criterio imperante cuando el cargo desempeñado por el contratista no existe en la planta de personal, pues en razón a la inexistencia del cargo, dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios.

Ahora bien, cuando se demuestre que las funciones desarrolladas por el contratista de servicios son propias de los empleados de planta de la entidad y se desempeñan en igualdad de condiciones que estos, el salario devengado por un empleado de planta se convierte en parámetro objetivo para la tasación de los perjuicios, pues dicho monto sería la contraprestación que hubiese recibido el contratista de prestación de servicios en caso de que su vinculación hubiese sido legal y reglamentaria, como lo establece la ley para las relaciones laborales con el Estado, para lo cual, tendrá que demostrarse la identidad en las funciones y condiciones de trabajo desempeñadas, y que los honorarios pactados resultan inferiores a lo devengado por el empleado de planta, pues en caso contrario, deberá estarse a lo pactado entre las partes como contraprestación por los servicios desarrollados. Lo anterior, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, pues demostrado el criterio de igualdad en las condiciones de trabajo, entre el contratista y el servidor público, deviene el derecho a obtener igual remuneración por la labor desempeñada, sólo bajo tal entendimiento, se considera que el salario devengado podría constituir el criterio determinante para el reconocimiento de las reparaciones de los daños ocurridos cuando resulta desvirtuada la relación contractual.

Para la Sala es claro que si se desvirtúa el contrato de prestación de servicios, y se acepta la existencia de una verdadera relación laboral es apenas lógico que produzcan plenos efectos, ello es, que el tiempo laborado sea útil para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación²¹.

²¹ Sentencia del 19 de febrero de 2009, Exp. No 73001-23-31-000-2000-03449-01 (3047-2005). C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

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

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

Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas, las cesantías; y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.

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

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

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

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

Sobre el punto es dable destacar lo reiterado en diversos pronunciamientos de esta Sección, referente al **reconocimiento a título de indemnización reparatoria de las prestaciones sociales dejadas de percibir**, en los siguientes términos:

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

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia”.²².

3.- El Caso en estudio.

²² Ver cita No. 6.

El estudio de la Sala se contraerá a los motivos de impugnación propuestos por la entidad apelante, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 328²³ del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 306²⁴ del CPACA en los aspectos no regulados por ese código²⁵, precisando que por tratarse de apelante único no se podrá hacer más desfavorable la situación del apelante.

La entidad demandada afirma que no fueron demostrados los elementos que configuran una relación laboral, especialmente la subordinación en la prestación de los servicios personales; además, sostiene que las actividades desarrolladas por la contratista no podían ser atendidas con personal de planta de la entidad y por esa razón debieron ser atendidas mediante la modalidad de contratos de prestación de servicios con la actora.

²³ “Art. 328. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previsto por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior revolverá sin limitaciones. En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias. El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella. En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.”

²⁴ “Art. 306 Aspectos no regulados. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

²⁵ Sobre la vigencia del Código General del proceso frente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, la Sala Plena de esta Corporación, en sentencia de 25 de junio de 2014, Radicación:25000-23-36-000-2012-00395-01 (IJ), Número interno:49.299, **Demandante:** Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A., **Demandado:** Nación-Ministerio de Salud y de la Protección Social. C.P. Enrique Gil Botero, con fines de unificación jurisprudencial expresó que el Código General del Proceso entró a regir de manera plena el 1º de enero del año en curso, por las siguientes razones: (i) El artículo 627 del C.G.P. está encaminado a regular una situación que únicamente se predica respecto de la Jurisdicción Ordinaria Civil, (ii) La Jurisdicción Ordinaria Civil es la única estructura de la Rama Jurisdiccional del Poder Público en la que no ha entrado a regir –en el plano normativo– la oralidad como sistema para el trámite y desarrollo del proceso, (iii) El cuadro contenido en el Acuerdo PSAA13-10073 hace referencia a distritos judiciales distribuidos en “jurisdicciones municipales”, lo que significa que, conforme a un criterio finalístico o teleológico, su objetivo está encaminado a la Jurisdicción Ordinaria, (iv) La Jurisdicción Contencioso Administrativo desde la expedición de la ley 1437 de 2011, ya cuenta con la implementación del sistema mixto –principalmente oral– razón por la que sería inocuo que se negara la entrada en vigencia del C.G.P., a partir del 1º de enero de 2014, en espera de unas condiciones físicas y logísticas que se supone ya deben existir. (v) Según el principio del efecto útil de las normas habría que darle la mejor interpretación al numeral 6 del artículo 627 del C.G.P., en aras de evitar que esta jurisdicción tuviera que aplicar una norma de manera progresiva cuando ya se han dispuesto en todo el territorio nacional, al menos en el plano normativo, las exigencias para su aplicación, (vi) La hermenéutica expuesta es la que mejor se acompasa con los principios de eficiencia y celeridad a que hace referencia de la ley 270 de 1996 y sus modificaciones, (vii) Lo sostenido se refuerza con la expedición de la ley 1716 de 2014, del 16 de mayo de 2014, mediante la cual se modificó el parágrafo del artículo 44 de la ley 1395 de 2010, en el sentido de prorrogar los plazos para la entrada en vigencia del sistema oral en la Jurisdicción Civil Ordinaria, hasta el 31 de diciembre de 2015.

En consecuencia, la Sala Plena unificó la jurisprudencia en relación con la entrada en vigencia de la ley 1564 de 2012, para señalar que su aplicación plena en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como en materia arbitral relacionada con temas estatales, es a partir del 1º de enero de 2014, salvo las situaciones que se gobiernen por la norma de transición, las cuales se resolverán con la norma vigente al momento en que inició el respectivo trámite.

Al respecto, el acervo probatorio allegado al proceso permite a la Sala establecer la existencia de los elementos constitutivos de una relación laboral entre las partes, por las razones que se exponen a continuación:

3.1. La prestación personal del servicio.

Los contratos de prestación de servicios allegados a folios 26 a 70 del expediente, dan cuenta que la demandante fue contratada por la UAE de Salud de Arauca mediante contratos sucesivos de prestación de servicios entre el 02 de abril de 2007 y el 31 de diciembre de 2011, con algunas breves interrupciones entre los contratos 371 y 720 de 2007; 171, 548, 777, 994 de 2008; 270 de 2009, 125, 262, 523 y 35 de 2011, con el siguiente objeto, duración y valor (fs. 26 a 70):

No. CONTRAT O	DURACION	VALOR	OBJETO	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN
371/2007	3 meses	\$10.500.000	Prestación de servicios profesionales	02 de abril de 2007	01 de julio de 2007
720/2007	4 meses	\$14.000.000	Prestación de servicios profesionales	12 de julio de 2007	11 de noviembre de 2007
171/2008	1 mes	\$2.700.000	Prestación de servicios profesionales	03 de marzo de 2008	02 de abril de 2008
548/2008	3 meses	\$8.100.000	Prestación de servicios profesionales	15 de abril de 2008	14 de julio de 2008
777 de 2008	3 meses	\$8.100.000	Prestación de servicios profesionales	17 de julio de 2008	16 de octubre de 2008
994 de 2008	2 meses, 10 días	\$6.991.526	Prestación de servicios profesionales	20 de octubre de 2008	30 de diciembre de 2008

			s		
270 de 2009	4 meses, 17 días	\$12.760.200	Prestación de servicios profesionales	13 de agosto de 2009	31 de diciembre de 2009
461/2009	1 mes	\$3.000.000	Prestación de servicios profesionales	5 de noviembre de 2009	04 de diciembre de 2009
125 de 2010	3 meses	\$9.710.000	Prestación de servicios profesionales	06 de enero de 2010	5 de abril de 2010
262 de 2010	3 meses	\$10.299.000	Prestación de servicios profesionales	12 de abril de 2010	11 de julio de 2010
523 de 2010	5 meses, 8 días	\$18'515.000	Prestación de servicios profesionales	21 de julio de 2010	31 de diciembre de 2010
35 de 2011	2 meses, 7 días	\$6'817.000	Prestación de servicios profesionales	24 de enero de 2011	01 de marzo de 2011
491 de 2011	7 meses, 24 días	\$22.095.200	Prestación de servicios profesionales	8 de junio de 2011	31 de diciembre de 2011

La prueba documental que se relaciona, permite establecer la prestación personal del servicio por parte de la demandante a favor de la entidad demandada, durante los periodos de tiempo que se relacionan en cada uno de los contratos celebrados, y que dicha prestación del servicio se desarrolló de manera personal y directa por la actora, con el objeto de dar cumplimiento al objeto contratado, cuál era la asistencia técnica al plan de salud de las entidades territoriales del Departamento de Arauca.

.- Las funciones desarrolladas por la demandante:

De acuerdo con la certificación expedida por el Director de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, visible al folio 26, la demandante prestó sus servicios profesionales para la gestión de las acciones del plan de salud pública de intervenciones colectivas del Departamento, desarrollando las siguientes actividades:

“.- Asistencia técnica y seguimiento para evaluar la gestión operativa y funcional del plan de salud de las entidades territoriales del Departamento de Arauca. Tres Municipios al finalizar el último mes.

.- Elaboración de informes solicitados por los diferentes entes de control.

.- Coordinación, actualización y asesorías con los diferentes líderes de la UAE de Salud de Arauca a los Planes de Salud Municipales.

.- Coordinar la elaboración y/o actualización de los proyectos de cada uno de los programas de Salud Pública según la necesidad.

.- Elaboración de estudios previos que permitan establecer las necesidades requeridas en la Gestión del Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas.

.- Garantizar la distribución e inclusión de las adiciones en el presupuesto del Plan de Salud Territorial, destinado por las diferentes fuentes de financiación.

.- Revisión presupuestal de los Estudios Previos de Salud Pública para un control financiero de los recursos asignados a Salud Pública.

.- Coordinación y Asesoría para elaborar los Planes Operativos Anuales de Inversión con los líderes de los programas de la UAE de salud de Arauca y los Responsables de los Municipios del Departamento de Arauca.

.- Demás actividades que le sean asignadas por escrito por parte del líder del proyecto de Gestión del PSPIC necesarias para el cumplimiento de la ejecución del proyecto con relación al objeto contractual”.

.- De las funciones a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca: La entidad demandada fue creada mediante Decreto No. 333 de 18 de junio de 2005²⁶, expedido por el Gobernador de Arauca, con fundamento en las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 1 de la Ordenanza No. 001 de 29 de marzo de 2005.

²⁶ Folios 77 a 86.

De acuerdo con el artículo 2º del acto de creación, la UAE Salud de Arauca, es una unidad administrativa especial, constituida como una entidad de carácter técnico adscrita a la Secretaria de Planeación Departamental o quien haga sus veces, la cual cuenta con personería jurídica, autonomía financiera y administrativa, patrimonio propio y régimen supletorio de los establecimientos públicos, de conformidad con la Ley 489 de 1998 y el código de régimen departamental.

Su objeto es dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en salud en el Departamento de Arauca, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia (art. 3º) y sus funciones se encuentran detalladas en el art. 13º ibídem y en esencia son las siguientes: (i) La dirección del sector salud en el ámbito departamental, (ii) gestionar la prestación de los servicios de salud, (iii) adoptar, difundir, implantar y ejecutar la política de salud pública formulada por la Nación y (iv) ejercer en su jurisdicción la vigilancia y el control del aseguramiento en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y en los regímenes de excepción definidos en la Ley 100 de 1993.

De lo anterior, se puede establecer que las funciones desarrolladas por la demandante en calidad de contratista, son inherentes al objeto de la UAE de Salud de Arauca, toda vez que la asistencia técnica y seguimiento para evaluar la gestión operativa y funcional del plan de salud de las entidades territoriales del Departamento de Arauca, sin duda contribuye al desarrollo de los objetivos y funciones del ente demandado, cual es la dirección del sector salud en el ámbito Departamental. Igualmente se trata de funciones permanentes pues al ser inherentes al objeto de la entidad, requieren continuidad y permanencia en su desarrollo.

De otra parte, del texto de los contratos de prestación de servicios se desprende que dentro de las obligaciones específicas de la contratista se encontraban las de elaborar informes solicitados por los entes de control, coordinación, actualización y asesorías, elaboración de proyectos y de estudios previos para determinar las necesidades requeridas en el Gestión del Plan de Salud, garantizar la distribución e inclusión de las adiciones en el presupuesto del Plan de Salud Territorial, promover el liderazgo de las entidades territoriales, realizar inducciones al

personal de salud que inicia el servicio social obligatorio, elaborar planes operativos anuales, hacer seguimiento al logro de las metas definidas en el Plan de salud Territorial, responder por los bienes y/o elementos asignados por la Unidad para el desarrollo del objeto contractual, todo ello bajo la supervisión y control de la Subdirección de Salud Pública.

Como se advierte, las funciones asignadas a la demandante no son transitorias como se afirma en el texto del contrato, pues claramente se trata de funciones inherentes al objeto de la entidad que requieren una continuidad y permanencia para el desarrollo de los fines sociales de la UAE de Salud de Arauca.

De otra parte, no se encuentra probado que dichas funciones no podían llevarse a cabo con personal de la planta de cargos, por el contrario, el acto de creación de la entidad (Decreto 333 de 18 de Julio de 2005) permite establecer que dentro de las funciones de la entidad²⁷ se encontraban las funciones contratadas con la demandante, razón por la cual, era deber de la entidad crear los empleos necesarios en su planta de personal para atender las funciones encomendadas en el acto de creación, y no acudir a la contratación de servicios para asegurar el cumplimiento de las funciones que le son inherentes, toda vez que dicho instrumento no puede ser utilizado para encubrir verdaderas relaciones laborales con la administración y eludir los derechos y garantías laborales previstas a favor de los empleados públicos.

3.2. La contraprestación recibida por la demandante:

Se verificó que la remuneración fue percibida por la actora con recursos de la UAE de Arauca del Fondo Departamental de Salud, por concepto de los contratos de prestación de servicios profesionales celebrados para el apoyo y asistencia técnica del programa PAI, es decir, como contraprestación económica por la labor personal realizada a favor de la entidad demandada, tal y como se desprende de los comprobantes de egreso Nos. 02454, 03974, 04449, 03110, 02381, 003888, 001838, 001155, 00851, 001515, 00190, 002999, 004597, 01644, 01353, 00880, 03022, 03020, 01889, 02377, 03489, 002612 02164, 02043, 01459, 00823,

²⁷ Folio 81.

01779, 03022, 01524, 00780, 00983, 01215, 02718, 01093, allegados a folios 12 a 44 del cuaderno de pruebas anexo.

3.3. La subordinación y los criterios determinantes de una relación subordinada.

Como se indicó, la demandante ejerció funciones inherentes a la entidad, como lo es la asistencia técnica y seguimiento para evaluar los planes de salud de las entidades territoriales del Departamento de Arauca, por un espacio de tiempo superior a 42 meses comprendidos entre el 02 de abril de 2007 y el 31 de diciembre de 2011, por lo tanto, es evidente que se trata del cumplimiento, en forma permanente, de funciones propias de la entidad que como tal, no podían ser ejercidas de manera autónoma e independiente por la contratista, sino que debían cumplirse con sujeción a los precisos términos indicados por la administración, bajo los parámetros, planes, programas y proyectos establecidos para el desarrollo del sector salud, atendiendo las actividades que por escrito le eran asignadas por el líder de proyecto de gestión del PSPIC, cumpliendo los horarios establecidos por la entidad, y utilizando para el desarrollo de las mismas, los bienes y elementos suministrados por la Unidad.

Para la Sala es claro que las actividades encomendadas no eran ocasionales, accidentales o transitorias, ya que los servicios de asistencia técnica, coordinación, elaboración de informes, revisión presupuestal, coordinación y elaboración de planes operativos y proyectos, promoción del liderazgo de las entidades territoriales, inducción de personal, seguimiento al cumplimiento de metas del POA, entre otras, contratadas por la entidad, contradicen el carácter temporal propio de este tipo de acuerdo. Debe recordarse que la modalidad contractual de prestación de servicios se encuentra justificada como un instrumento temporal y excepcional, para atender funciones ocasionales y no funciones permanentes o propias de la entidad, o que siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados. En el presente caso, las actividades desarrolladas son permanentes e inherentes a la dirección del sector salud en el ámbito departamental a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, en ese orden, corresponden al giro ordinario de la entidad.

En el proceso no se acreditó la existencia de cargos similares dentro de la planta de personal de la entidad para el desarrollo de las actividades contratadas, sin embargo, dicha situación no exonera de responsabilidad a la entidad demandada toda vez que por tratarse de actividades inherentes al objeto de la entidad que debían ser desarrolladas de forma permanente y subordinada, no podían ser contratadas con terceros, al tenor del artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 que prohíbe la contratación de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, caso en el cual debieron crearse los empleos correspondientes para atender con personal de planta las funciones propias y permanentes de la entidad, toda vez que las actividades contratadas son inherentes al objeto de la entidad y por tal razón, debieron ser atendidas en forma permanente y con personal de planta con el fin de asegurar los fines y cometidos de la entidad, y acudir a la celebración de contratos de prestación de servicios como ocurrió.

Destaca la Sala que de acuerdo con los lineamientos constitucionales establecidos en la Sentencia C-171-12²⁸, sobre la protección de las relaciones laborales y la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad en los servicios de Salud, que se puedan desarrollar con personal de planta o que no requieran de conocimientos especializados, la Corte Constitucional ha insistido en la regla según la cual, para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios, porque para ese efecto deben crearse los empleos requeridos, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución y que tiene por finalidad la protección del derecho al trabajo, la garantía de los derechos de los trabajadores y de los servidores públicos, y el impedir que los nominadores desconozcan los principios que rigen la función pública.

²⁸En la citada sentencia, la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, por medio de la cual se reforma el Sistema de Seguridad Social en Salud, y se consagra la posibilidad de operación con terceros para las Empresas Sociales del Estado, autorizando a las ESEs para que puedan desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, con Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, con entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad.

En consecuencia, la regla general es que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos y no a través de la contratación de servicios con terceros, pues aunque se trata de una modalidad legalmente válida, puede resultar inconstitucional su uso indebido, como cuando se emplea con la finalidad de disfrazar una verdadera relación de trabajo.

Sobre lo que debe entenderse como función permanente, la Corte Constitucional²⁹ ha acudido a los siguientes criterios de identificación: “(i) criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”;

(ii) criterio de igualdad, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”;

(iii) al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”;

(iv) al criterio de excepcionalidad, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”;

y (v) al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral” .

El Tribunal Administrativo de Arauca consideró que las funciones desarrolladas por la actora atendían los criterios anteriores que la identificaban como permanentes y propias de la entidad, toda vez que correspondían al giro ordinario de la entidad, debieron ejercerse por el personal del planta, se desarrollaron en forma habitual y no se trataba de tareas transitorias que no pudieran desarrollar con el personal de planta o que requerían conocimientos especializados.

²⁹ Sentencia C-614 de 2009.

En criterio de la Sala, le asiste razón al A quo en afirmar que las labores desarrolladas por la demandante no tuvieron vocación transitoria o pasajera sino que se trataba de funciones inherentes a la entidad, toda vez que las pruebas allegadas al proceso, demuestran que, en el cumplimiento de sus funciones, la actora se encontraba bajo la dependencia y subordinación de la UAE de Salud de Arauca; al respecto, la testigo DIANA JAEL TORRES, quien se desempeñó como Subdirectora de Habilitación de la entidad, y en ocasiones como supervisora temporal de las tareas de la demandante, manifestó que la actora cumplía el mismo horario de trabajo que los empleados de planta, en una oficina que la misma entidad le proporcionó totalmente equipada para desarrollar las actividades contratadas, las cuales eran propias del giro ordinario de la entidad, por lo tanto, la vinculación mediante contratos de prestación de servicios resultó ser una manera de disimular el vínculo laboral que en realidad se presentó entre las partes.

Así las cosas, contrario a lo afirmado por la entidad apelante, la Sala encuentra demostrados los elementos constitutivos de una verdadera relación laboral, razón por la cual procederá a confirmar la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demandante, toda vez que la administración utilizó equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada por la actora, por lo que se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, en tanto la demandante cumplió funciones permanentes y propias de la entidad demandada, bajo condiciones de subordinación.

En ese orden, como la función contratada por la entidad demandada fue de carácter permanente y propio de la entidad, emerge en realidad, una relación laboral entre las partes aunque éstas le hayan dado el nombre y forma de un contrato de prestación de servicios, en tal sentido no están llamados a prosperar los motivos de impugnación referidos a la inexistencia de los elementos de la relación laboral, motivo por el cual habrá de confirmarse la sentencia apelada.

Por último, conviene reiterar que las entidades estatales no deben recurrir a la práctica de vincular personal bajo la modalidad de prestación de servicios para cumplir actividades permanentes propias de la administración y de esta manera evitar el pago de prestaciones sociales y de aportes parafiscales, entre otros, pues con dicha conducta, como lo ha reiterado tanto esta Corporación como la Corte Constitucional, no sólo vulneran los derechos de los trabajadores sino que además dicha nómina paralela desvirtúa la razón de ser del numeral 3º de la Ley 80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal. En consecuencia, al demostrarse los elementos propios de la relación laboral, la contratista tiene derecho a obtener el reconocimiento y pago como reparación del daño de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de planta de la entidad por los periodos de tiempo y en las condiciones establecidas en la sentencia de primera instancia, la cual será confirmada por encontrarse ajustada a derecho.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia de 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.

Por Secretaría, **COMUNÍQUESE** el contenido de esta providencia al Tribunal de origen y devuélvase el expediente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

GERARDO ARENAS MONSALVE

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO DARÍO PERDOMO CUÉTER