

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Se desvirtúa cuando se demuestra la subordinación y dependencia / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Cuando se desvirtúa da lugar al pago de prestaciones sociales / PRINCIPIO DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES – Aplicación a la relación de trabajo / RELACION LABORAL – Elementos / RELACION LABORAL - Su existencia no implica reconocer la condición de empleado público / EMPLEADO PUBLICO – Dicha calidad no se confiere por el hecho de trabajar para el Estado / CONTRATO REALIDAD - Existencia

El contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política. La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido. Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado. A Juicio de la Sala, la labor desarrollada por la actora durante varios años, advierte la necesidad de sus servicios y la vulneración del artículo 53 de la Constitución que establece una “estabilidad en el empleo”, que jamás pudo ostentar en igualdad de condiciones a los empleados públicos del establecimiento demandado, configurándose la existencia del contrato realidad, pues se dieron los tres elementos que tipifican la relación laboral como son la subordinación, el salario como retribución y la actividad personal del funcionario.

Nota de Relatoría: Se citan las sentencias de la Corte Constitucional del 19 de marzo de 1997 C157, M.P. Hernado Herrera Vergara, del Consejo de Estado del 25 de enero de 2001, Exp No 1654-2000, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, de la Sala Plena del 18 de noviembre de 2003, Exp No IJ-0039, M. P. Nicolás Pájaro Peñaranda, del 15 de junio de 2006, Exp No 3130-04, M.P. Tarsicio Cáceres Toro

CALIDAD DE EMPLEADO PUBLICO – Requisitos. Presupuestos / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Una vez desvirtuado procede el restablecimiento del derecho. Límites

No existe discusión en cuanto a que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Adicionalmente se deben cumplir los presupuestos de ley: Nombramiento y Posesión. El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho 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.

INDEMNIZACION EN EL CONTRATO REALIDAD – Debe ser integral. Prestaciones sociales ordinarias. Prestaciones sociales compartidas. Prestaciones con fin social: Caja de Compensación. Subsidio familiar / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Una vez desvirtuado la

indemnización debe comprender las prestaciones sociales ordinarias, las prestaciones sociales compartidas, Prestaciones con fin social: Caja de compensación familiar. Subsidio familiar / PRESTACIONES SOCIALES - Clasificación / VACACIONES - No tienen la calidad de prestación social

La tesis que actualmente maneja esta Corporación al momento de indemnizar este tipo de controversias, se limita a condenar al pago de las prestaciones sociales ordinarias que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios. Dicho argumento es justificado, en que como quien pretende demostrar el contrato realidad, no ostenta la calidad legal de empleado público, carece del derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que tendría derecho un servidor en estas condiciones. La controversia gira en torno a las razones que expone la Jurisprudencia actual para acceder a una condena parcial en el sentido de ordenar el pago de prestaciones “ordinarias”, olvidándose de la indemnización integral de los perjuicios sufridos por el daño, tal como lo establece el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. La Sala prohija en esta oportunidad la tesis allí expuesta (salvamento de voto de la sentencia IJ 0039 del 18 de noviembre de 2003) , porque 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 jubilación. Asimismo, debe tenerse en cuenta el Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993, aplicable al *sub-lite*, el cual garantiza el cubrimiento de las contingencias, tales como Pensión y Salud; por su parte, el Decreto 1295 de 1994, dispuso la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Riesgos Profesionales y la Ley 21 de 1982 previó la afiliación a las Cajas de Compensación Familiar y el pago del subsidio familiar. Sobre el tema de las prestaciones sociales, han sido clasificadas, en general, dependiendo a cargo de quien está la obligación de efectuar el aporte, así, unas son a cargo del empleador (vr.gr. prestaciones comunes u ordinarias como primas, cesantías, riesgos profesionales, caja de compensación etc) y otras compartidas con el trabajador (vr.gr. pensión y salud). Las vacaciones en cambio, no tienen la connotación de prestación salarial porque son un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios.

INDEMNIZACION EN EL CONTRATO REALIDAD - Criterios de liquidación de las prestaciones sociales / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Una vez desvirtuado procede la respectiva indemnización. Criterios

En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, esta Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador, sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones sociales referentes a pensión y salud son cubiertas por las partes que integran la relación laboral, así por ejemplo, en materia pensional durante la ejecución del último contrato de la actora, se destinaba el equivalente al 10% de la tasa de cotización, monto cubierto por el empleador con un 75% y el trabajador con un 25% (artículo 20 de Ley 100 1993 sin sus modificaciones posteriores), y en materia de salud la base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es la misma contemplada en el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 (parágrafo primero art. 204 de la Ley 100 de 1993.). Por tanto, la reparación

del daño en el *sub-lite* no podrá ser la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones o Empresa Prestadora de Salud, debiéndose pagar a la actora quien finalmente tenía la obligación de efectuar dichos aportes como contratista o trabajadora independiente. (Artículos 15 y 157 de la Ley 100 de 1993). En cuanto a los Riesgos Profesionales el Decreto Ley 1295 de 1994, establece que dicha obligación está a cargo del empleador (artículo 21 del Decreto Ley 1295 de 1994), sin embargo, como en el presente asunto la contratista, que fungió como empleada, no probó que hubiese sufragado esta especie de seguro que cubre los siniestros derivados de accidentes de trabajo, se infiere que jamás disfrutó de este beneficio, siendo inexistente el daño antijurídico. La Ley 21 de 1982 estableció la regulación de las Cajas de Compensación Familiar para cumplir las funciones propias de la seguridad social, hallándose sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la Ley; así como el subsidio familiar como aquella prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, para aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad. De conformidad con esta normativa la demandante no disfrutó, mientras duró su relación contractual desnaturalizada, de los beneficios que otorgan las Cajas de Compensación como son, percibir el subsidio familiar y acceder a los centros de recreación, educación y cultura, entre otros, presentándose la imposibilidad de percibirlos por el transcurso del tiempo, por lo que los dineros que la Administración debió sufragar a ese ente deben ser pagados, a título de indemnización, para que la actora los disfrute, debiéndose ordenar su reconocimiento.

PRESCRIPCIÓN TRIENAL DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD - El término debe contarse a partir de la ejecutoria de la sentencia constitutiva del derecho

Esta Sala en anteriores oportunidades, ha declarado la prescripción trienal de los derechos que surgen del contrato realidad, aceptando que dicho fenómeno se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la Entidad demandada. Sin embargo, en esta oportunidad replantea este criterio por las razones que a continuación se explican: De conformidad con algunos estatutos que han regido esta materia, los derechos prescriben al cabo de determinado tiempo o plazo contado a partir de la fecha en que ellos se hacen exigibles, decisión que se adopta con base en el estatuto que consagra dicho fenómeno. (Vr. Gr. Dto. 3135/68 art. 41) En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato. Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

Nota de Relatoría: Sobre la prescripción de los derechos derivados del contrato realidad se citan las sentencias del Consejo de Estado del 17 de abril de 2008, Exp No 2776-05, M.P. Jaime Moreno Garcia y la del 6 de marzo de 2008, Exp No 2152-06; M.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05)

Actor: ANA REINALDA TRIANA VIUCHI

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 31 de agosto de 2004, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las súplicas de la demanda incoada por Ana Reinalda Triana Viuchi contra el Instituto de Seguros Sociales.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad del Oficio 73.300 No. 862 de 18 de septiembre de 2000, proferido por el Director Jurídico de la Seccional del Seguro Social del Tolima, que negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales adeudadas a la actora.

A título de restablecimiento del derecho, solicita el reconocimiento y pago de las acreencias laborales causadas entre el 12 de junio de 1995 hasta el 31 de mayo de 2000, incluyendo primas, vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, aportes a salud, pensión, ARP, caja de compensación familiar; sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías y la indexación de las sumas dinerarias, dando aplicación a los artículos 176 y 177 del C. C. A.

Como hechos que sirvieron de sustento a las anteriores pretensiones narra los siguientes:

La actora celebró múltiples contratos con la entidad demandada, el primero de los cuales se suscribió el 12 de junio de 1995 y el último el 1 de febrero de 2000.

Dichos contratos fueron pactados conforme lo prevé la Ley 80 de 1993, para ejercer las funciones propias del cargo de Técnico Administrativo –Tesorero Pagador-, sin solución de continuidad.

Su horario habitual de trabajo era de 8:00 a.m. a 12:00 M y de 2:00 a 6:00 p.m., aunque también cumplía la jornada asignada por necesidades del servicio. Su salario se pagaba de manera periódica y mensual, sin que se le cancelaran recargos nocturnos ni horas extras.

Las labores desempeñadas tenían carácter exclusivo, pues la dedicación y jornada no le permitían desempeñar otro contrato.

Las funciones siempre las desempeñó bajo estrictas instrucciones, sin que existiera autonomía, sino total subordinación y dependencia de la institución.

El cargo que desempeñó como Tesorera-Pagadora es de aquellos clasificados como de libre nombramiento y remoción, por lo que su desempeño no podía estar a cargo de una contratista.

Afirma que si en realidad estuviera vinculada por las normas de la Ley 80 de 1993, la Contraloría General de la República no hubiere iniciado una investigación en su contra, demostrándose así que estaba sujeta al Régimen “disciplinario de los empleados del estado”.

La realidad contractual indica, que cumplió funciones como si se tratara de un funcionario de hecho, por lo que deben ser reconocidas sus garantías labores en igualdad de condiciones a un empleado público de libre nombramiento y remoción.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas cita las siguientes:

Artículos 2, 4, 6, 13, 25, 28, 53, 90, 122, 123, 124 numeral 4, 125, 209, 229, 2269 (sic), 300 numeral 7 y 305 de la Constitución.

Artículos 1, 5, 6 y 8 del Decreto 3135 de 1968.

Decreto 1848 de 1969.

Artículos 3 y 5 del Decreto 3130 de 1968.

Ley 80 de 1993.

Decreto 1950 de 1973.

Decreto 1042 de 1978.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo del Tolima, negó las pretensiones de la demanda (fls. 365 - 378), con fundamento en las siguientes razones:

Cita extensos apartes de la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado de 18 de noviembre de 2003, M. P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, donde se trató el tema del contrato realidad, concluyendo que el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades no se presentó en el *sub-lite*, pues las labores desempeñadas se cumplieron en coordinación sin que se demostraran los elementos propios de la relación laboral.

Advierte que antes de la Ley 80 de 1993, se propugnaba por el ensanchamiento del Estado siendo consecuente la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes, empero la Ley 80 de 1993, busco un efecto contrario, es decir, la disminución del tamaño del Estado que por principio, no recurre con frecuencia a la creación de empleos, sino por el contrario tiende cada vez más a que las funciones públicas se cumplan a través de particulares o mediante contratos de prestación de servicios.

Bajo estos lineamientos debe hacerse la lectura de la Ley 80 de 1993, en lo que tiene que ver con el contrato de prestación de servicios, siendo legítima su aplicación al *sub-lite*, dada la reducción del aparato estatal que pretende la citada ley.

Pese a encontrarse situaciones coincidentes respecto de empleados públicos del Seguro Social, tales como lugar, tiempo y modo de la prestación del servicio, esas circunstancias fueron impuestas por las necesidades del servicio, sin que pueda desnaturalizarse su labor como contratista, ya que no podía ser prestada por el personal de planta, sin que pueda deprecarese la existencia de una relación legal y reglamentaria.

EL RECURSO

La actora interpuso recurso de apelación (fls. 390 - 397) contra el anterior proveído, indicando que:

El *A-quo* desestimó únicamente las pretensiones iniciales de la demanda, sin estudiar las que se presentaron con posterioridad en la adición respectiva.

El Seguro Social jamás negó que la actora estuviera vinculada con dicha Entidad, ni que desarrolló funciones relacionadas con su Administración o funcionamiento, además en la contestación de la demanda afirmó que en efecto estaba obligada a cumplir órdenes.

Está plenamente probado que la actora prestó sus servicios como Pagadora – Tesorera, cargo inexistente en la Planta de Personal, pese a que se trata de una función permanente que debe ser cumplida por un empleado público, y no por una contratista como sucedió en realidad.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, permite la celebración de este tipo de contratos siempre que se trate de una labor temporal o transitoria, que no pueda desempeñarse por personal de planta y amerite conocimientos especializados, conservando total autonomía sin subordinación alguna, situación no enmarcada en el presente caso, pues la demandante tuvo que cumplir un horario laboral, prestó personalmente el servicio y su trabajo se prolongó durante varios años.

Visto lo anterior, la relación laboral se encuadra en lo contemplado por el artículo 53 de la Carta, primando la realidad sobre los formalismos.

Cita la Ley 65 de 1967 y los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, que clasifican como Empleados Públicos todos aquellos cargos de libre nombramiento y remoción, y como Trabajadores Oficiales los que desempeñan funciones de mantenimiento y construcción. Del mismo modo, advierte que el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 prohíbe la celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente.

Respecto de la autonomía en el ejercicio de sus funciones, indica que como Pagadora Tesorera cumplía una labor totalmente subordinada y dependiente, sin

que gozara de un nivel amplio de autonomía, demostrando así su evidente labor de manejo y confianza.

Afirma que el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, estipula que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado están conformadas por Trabajadores Oficiales, y excepcionalmente por Empleados Públicos cuando en sus Estatutos se determine que la labor es de Dirección o Confianza, como el caso de la demandante.

Por su parte, el artículo 5 de la Ley 443 de 1998, consagra la clasificación de los empleos públicos, e indica que la generalidad es que sean de Carrera Administrativa, aunque exceptúa aquellos que implican la Administración y Manejo Directo de bienes y/o valores, considerándolos en como de libre nombramiento y remoción, y en consecuencia con los derechos propios de los empleados públicos.

Indica que los Estatutos del Seguro Social se encuentran en el Acuerdo No. 003 de 1993, aprobado por el Decreto 461 de 1994, sin que contenga los cargos según sus funciones, situación que en criterio de la actora fue derogada por el artículo 5 de la Ley 443 de 1998.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO.

Consiste en determinar si la actora tiene derecho a que el Instituto de Seguros Sociales le pague las prestaciones que le adeuda como consecuencia del contrato realidad, suscrito para el desempeño del cargo de Técnico Servicios Administrativos I, desempeñado sin solución de continuidad a partir del 12 de junio de 1995 hasta el 31 de mayo de 2000, incluyendo primas, vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, aportes a salud, pensión, ARP, caja de compensación, reajuste anual y sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, o si por el contrario se celebraron contratos de prestación de servicios sin que tenga derecho a prestación laboral alguna.

ACTO ACUSADO.

Oficio 73.300 No. 862 de 18 de septiembre de 2000, proferido por el Director Jurídico de la Seccional del Seguro Social del Tolima, que negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales adeudadas a la actora. (fl. 8)

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

Vinculación con la Entidad demandada.

De acuerdo con la Certificación de 15 de septiembre de 2000 (fl. 10 cdo principal), suscrita por la Profesional Universitaria del Departamento de Recursos Humanos de la Seccional del Seguro Social Ibagué, la actora suscribió contratos de prestación de servicios con dicha Entidad para desempeñar el cargo de Técnico Servicios Administrativos I, durante los siguientes períodos y asignaciones:

- Del 12 de junio al 11 de diciembre de 1995. \$2'032.800
- Del 12 de diciembre de 1995 al 11 de febrero de 1996. \$800.000
- Del 12 de febrero al 11 de abril de 1996. \$800.000
- Del 12 de abril al 11 de mayo de 1996. \$400.000
- Del 13 de mayo al 12 de julio de 1996. \$948.000
- Del 15 de julio al 14 de septiembre de 1996. \$948.000
- Del 16 de septiembre al 15 de noviembre de 1996. \$948.000
- Del 18 de noviembre de 1996 al 28 de febrero de 1997. \$1'627.400
- Del 7 de marzo al 6 de septiembre de 1997. \$2'844.000
- Del 8 de septiembre de 1997 al 31 de marzo de 1998. \$3'917.000
- Del 1 de abril al 30 de junio de 1998. \$2'031.000
- Del 1 de julio al 11 de noviembre de 1998. \$3'385.000
- Del 1 de diciembre de 1998 al 31 de marzo de 1999. \$2'708.000
- Del 5 de abril al 30 de junio de 1999. \$2'212.133
- Del 1 de julio al 30 de septiembre de 1999. \$2'337.000
- Del 1 de noviembre de 1999 al 31 de enero de 2000. \$2'337.000
- Del 1 de febrero al 31 de mayo de 2000. \$3'116.000.

Terminación del Vínculo Contractual.

Por Oficio 73.510/RHC No. 028 de 3 de abril de 2000, suscrito por el Gerente y la Coordinadora del Departamento de Recursos Humanos de la Clínica Manuel Elkin Patarroyo, se informó a la actora que su contrato de prestación de servicios No. 596-2000 estaba vigente hasta el 15 de mayo de 2000. (fl. 59 cdo ppal)

Funciones Desempeñadas.

La Subgerente Administrativa I. P. S del Seguro Social Clínica Manuel Elkin Patarroyo (fl. 74 cdo ppal), mediante Oficio sin fecha informó a la actora que las funciones como Técnica Servicios Administrativos, son las siguientes:

- “1. Cumplir y hacer cumplir las normas y procedimientos sobre los recaudos y pagos y demás reglamentos internos del ISS.*
- 2. Coordinar, supervisar y evaluar las actividades del personal bajo su inmediata responsabilidad.*
- 3. Prepara y presenta informes sobre las actividades desarrolladas para el Nivel Nacional, Contraria General de la República, de acuerdo a requerimientos preestablecidos.*
- 4. Distribución de giros de nómina.*
- 5. Elaboración formato de retención en la fuente.*
- 6. Coordinar las actividades a realizar de los giros de acuerdo a instrucciones del Nivel Nacional, Jefes inmediatos.*
- 7. Custodia de documentos de valor.*
- 8. Revisión, firma de cheques.*
- 9. Dar trámite a la correspondencia de y hacia las diferentes dependencias del Nivel Nacional y local.*
- 10. Revisión y firma de boletines de caja de bancos.*
- 11. Atención al público en lo referente a consultas sobre las modalidades de pago, deudas del instituto.*
- 12. Realización de las demás funciones que sean asignadas por el superior inmediato.”*

Jornada Laboral

El señor Petter Polter Prada Oviedo, quien desempeñaba el cargo de Coordinador de Mantenimiento, respecto a la jornada de trabajo de la demandante afirmó en el testimonio obrante a folios 346 a 349 del cuaderno principal, que:

“El sitio era el designado por la Institución como lugar de la Tesorería, en cumplimiento de un horario normal, permanente, el horario de oficina de 8 a 12:30 y de 2 a 6 p.m.”

Con Oficio de 30 de noviembre de 1999 (fl. 30 cdo ppal), el Gerente y la Subgerente Administrativa IPS, Seguro Social, Clínica Manuel Elkin Patarroyo, informaron a los celadores lo siguiente:

“Nos permitimos informarles que durante los meses de diciembre de 1999 y enero de 2000, se autoriza a los funcionarios de La Tesorería de la IPS a laborar en horario adicional y sábados de acuerdo a las necesidades, ellos son:

(...)

ANA R. TRIANA VIUCHE”

JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La Corte Constitucional, en sentencia C- 154 de 1.997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y aquel de prestación de servicios, así:

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

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

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

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

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”¹

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

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

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

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

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

¹ Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda

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

En dicho fallo se concluyó lo siguiente:

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

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

Tal posición ha sido adoptada por la Sala en los siguientes términos¹:

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

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

(...)

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

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

(...)

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

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

CASO CONCRETO

ELEMENTOS DE LA RELACIÓN LABORAL

Para demostrar la relación laboral es necesario que la Sala analice los tres elementos existentes para este tipo de vinculación, como son: la prestación personal del servicio, una remuneración y la subordinación.

Sobre el primero, la prestación personal del servicio, observa la Sala que a folios 186 y siguientes del cuaderno principal reposan los contratos de prestación de servicio que la actora suscribió con la entidad demandada, cuyo objeto fue “prestar

*sus servicios como TÉCNICO SERVICIOS ADMINISTRATIVOS”, teniendo a cargo el contratista, entre otras, la obligación de “Prestar sus servicios personales de acuerdo con las normas propias de su profesión o actividad..”, con la característica *intuitio personae*, prevista en la cláusula décimo segunda cuando establece: “Este contrato se celebra en consideración a las calidades personales de EL CONTRATISTA, por consiguiente éste no podrá ceder el presente contrato a persona alguna.”*

En cuanto a la remuneración, es evidente que la actora la percibió, pues los honorarios se establecieron en cada uno de dichos contratos de prestación de servicio, siendo el primero (12 de junio de 1995) por valor de \$2´032.800 (fl. 186 crno ppal) y el último (1 de febrero de 2000) por la suma de \$2´726.500 (fl. 292 crno ppal).

En lo atinente a la subordinación, se destacan múltiples Oficios que requieren la intervención de la actora para gestionar procedimientos propios de su cargo, que demuestran una total sujeción no sólo al Gerente de la IPS del Seguro Social Clínica Manuel Elkin Patarroyo, si no a otros funcionarios Directivos del ente hospitalario, en los siguientes términos:

- Mediante Oficio 73.510 No. 327 de 10 de marzo de 1997 (fl. 159 cdo ppial), el Gerente de la IPS ISS, informa a la actora que:

*“Me permito comunicarle que a partir de la fecha, ha sido encargada de la Tesorería de la Clínica ISS Ibagué.
La Gerencia y las Directivas de la Clínica, le desean éxitos en su nueva labor y estarán dispuestos a brindarle el apoyo correspondiente para su buen desempeño.”*

- Mediante memorando IPS 005 de 6 de mayo de 1997 (fl. 144 cdo ppal), la Jefe del Departamento Financiero, cita a la siguiente reunión, incluyendo a la actora:

“Atentamente me permito invitar a reunión de carácter urgente y obligatorio hoy a las 16:00 horas, en la oficina de éste Departamento, con el fin de coordinar presentación de Informe Trimestral.”

- A través del Oficio No. 73.510 No. 438 de 1 de abril de 1997, suscrito por el Gerente IPS ISS, Seccional Tolima, se requiere a la demandante para:

“Me permito enviarle el oficio PAC-190-A del 21 de marzo de 1997, suscrito por el Jefe del Depto. Nacional de Presupuesto, para conocimiento y correctivos respectivos. Estamos incumpliendo los compromisos adquiridos con el Nivel Nacional.”

- A folios 132 y 135 del cuaderno principal, el Subgerente Administrativo de la Seccional Tolima del Seguro Social, cita a los integrantes del Comité Técnico I.P.S., incluyendo la demandante, para que asistan a las respectivas reuniones que se llevarán a cabo el 17 de julio y 14 de agosto de 1997.
- La Jefe del Departamento Financiero del ISS, Seccional Tolima, dispuso el 24 de septiembre de 1997 (fl. 125 crno ppial), que:

“Atentamente me permito (sic) en adelante se mantenga un estricto control en los pagos de cuentas con descuento por pronto pago. Estos se deben efectuar en la fecha acordada y no con 8 y 11 días anticipados causando con ello gastos financieros que en su defecto favorecen la Institución.”

- Por Oficio No. VF-GNT-DOB-959 de 10 de septiembre de 1997, la Jefe Departamento de Operaciones Bancarias, dispuso (fl. 128 crno ppial):

“De conformidad con las instrucciones impartidas por la Secretaria General y la Vicepresidencia Financiera, esa Tesorería tiene la obligación de informar sobre el uso y racionalización de los celulares asignados a funcionarios de ese Nivel Administrativo. Teniendo en cuenta que la oficina a su cargo no está cumpliendo con la obligación de informar, me permito solicitarle que a más tardar el día 17 de Septiembre de los corrientes, remita el informe correspondiente al mes de Julio y continuar enviando el reporte oportunamente.”

- La Jefe del Departamento Financiero del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Tolima, a través de Oficio No. 043 de 2 de octubre de 1997 (fl. 89 crno ppal), expresa:

“Atentamente me permito solicitar especial atención en el giro de Proveedores referente a las fechas de vencimiento de la factura siempre y cuando tengan relación con el ingreso a (sic) Almacén debiendo tener en cuenta este.

Lo anterior con el fin de dar un manejo adecuado a los recaudos de la Institución, procurando una mejor rentabilidad de los mismos.

Igualmente, solicito conocer con anterioridad al traslado de fondos, las cuentas que se van a girar.”

- Mediante Oficio No. 046 de 28 de octubre de 1997 (fl. 117 crno ppial), la Jefe del Departamento Financiero, solicita los saldos de Caja, con el siguiente tenor literal:

“Atentamente me permito solicitar se reporte diariamente a esta dependencia los saldos diarios de Caja y Bancos.

- La Coordinadora de Auditoria Interna, por Oficio No. 73.CAI.0030, de 14 de enero de 1998 (fl. 108 crno ppal), requirió a la actora en el siguiente sentido:

“Comendidamente solicito a usted información sobre el pago por servicio de celular de los meses de Noviembre y Diciembre de 1997, con sus respectivos soportes.”

- En similar memorando, el Gerente IPS ISS, por Oficio 73.510 No. 58 de 20 de enero de 1998 (fl. 107 crno ppal), indicó:

“Comendidamente solicito Plan de Desarrollo –Mejoramiento del área y/o Servicio a su cargo, para el año 1998. Determinando los objetivos, metas y actividades cualitativas-cuantitativas y el tiempo a desarrollar.

Este plan será evaluado en forma trimestral y tendrá un seguimiento en forma permanente. Fecha de entrega 03 de febrero de 1998.”

- A través de memorando 73.510 No. 101 de 21 de enero de 1998, el Gerente IPS ISS, Seccional Tolima (fl. 106 crno ppal), solicita a la actora lo siguiente:

“Comendidamente solicito entregar informe sobre Logros cualitativos-cuantitativos 1997, el cual fue solicitado con oficio No. 73.51001488.”

- El Jefe del Departamento Financiero Seccional Tolima, por Oficio No. 014 de 20 de febrero de 1998 (fl. 104 crno ppal), ordenó:

“Adjunto devuelvo la cuenta OP. No. 000085 y Cheque No. 478408 a nombre de ABOIT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A., por valor de 21'295.463.00, en razón a que el descuento otorgado y la fecha límite de pago en la factura es el 21.03.98.

Agradezco su colaboración (sic) tener en cuenta éstas fechas en los futuros giros, toda vez que los rendimientos financieros de éstas cantidades son significativas para la Institución.”

- La Subgerencia Administrativa por Oficio 73-Sa No. 111 de 30 de septiembre de 1998 (fl. 91 crno ppal), indicó:

“Me permito recordarle que ésta Subgerencia tiene la autonomía suficiente para impartir órdenes tanto de forma verbal como escrita, las cuales están dentro del marco legal y de las normas que rigen en el ISS.

El hecho de solicitar se agilice un procedimiento cuando se ha acordado que es necesario su celeridad debido a los compromisos adquiridos por éste despacho, que no va ni en contra del detrimento de nuestra institución, ni en beneficio personal.

Por lo anterior le reitero que es su obligación acatar órdenes de sus superiores.”(Se Subraya y Resalta)

- El Gerente IPS ISS, Seccional Tolima, en Oficio sin fecha, No. 73.510 No. 1398 (fl. 120 cdo ppal), requiere que:

“...me permito informar que de acuerdo con el ejercicio de las funciones propias del cargo de Tesorera es su responsabilidad pagar y consignar oportunamente las deducciones de: Retención en la Fuente, IVA y Timbre.

Por lo anterior solicito por escrito constancia de su aceptación, para informar a la DIAN y NIVEL NACIONAL el responsable de este encargo.

El no cumplimiento de estas obligaciones conllevará sanciones que recaerá sobre el Representante Legal de la Entidad.”

Además de las ordenes que muestran los anteriores memorandos, obran en el plenario pruebas documentales que advierten que la actora ostentaba la condición de Jefe del Área de Tesorería, lo que a juicio de la Sala, equivale a que no sólo le correspondía cumplir con su trabajo subordinadamente, sino que a su vez tenía personal a su cargo, sin que exista duda de la configuración de dicho elemento en la relación laboral en el *sub-lite*, así:

- Por Oficio de 16 de julio de 1998 (fl. 94 crno prial), el “Auxiliar de Tesorería ISS”, solicita a la actora:

“Cordialmente me permito solicitarle, me sea concedido el día compensatorio, por haber sido elector, el día 31 de Mayo y el 21 de Junio del presente año...”

- A folio 141 del cuaderno principal reposa una solicitud de permiso dirigida a la actora, suscrita por la señora Percy Triana Sánchez, con el siguiente tenor literal:

“Atentamente me dirijo a usted para solicitarle me conceda permiso por el día de la referencia, con el fin de desplazarme fuera de la ciudad a hacer diligencia de carácter personal.”

La Sala observa que la demandante al desempeñarse como Técnico Administrativo Servicios Administrativos con funciones de Tesorera, cumplía labores ordinarias al servicio de la Seccional Tolima del Seguro Social, estando sujeta a un tratamiento de índole laboral, pues durante el ejercicio de su cargo le dieron ordenes o directrices que sólo un empleado de planta debía cumplir.

Las pruebas obrantes demuestran que su labor no era independiente y autónoma, sino gobernada por el superior jerárquico y demás funcionarios Directivos pertenecientes a la entidad demandada, consolidándose no una relación de coordinación sino de subordinación, prestada personalmente, cumpliendo una jornada laboral y percibiendo a cambio de sus servicios una remuneración.

A Juicio de la Sala, la labor desarrollada por la actora durante varios años, advierte la necesidad de sus servicios y la vulneración del artículo 53 de la Constitución que establece una *“estabilidad en el empleo”*, que jamás pudo ostentar en igualdad de condiciones a los empleados públicos del establecimiento demandado, configurándose la existencia del contrato realidad, pues se dieron los tres elementos que tipifican la relación laboral como son la subordinación, el salario como retribución y la actividad personal del funcionario.

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

PRESTACIONES SOCIALES

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

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

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

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

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

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

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

LA INDEMNIZACIÓN EN EL CONTRATO REALIDAD

La tesis que actualmente maneja esta Corporación al momento de indemnizar este tipo de controversias, se limita a condenar al pago de las prestaciones sociales ordinarias que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios.

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

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

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

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

Y para tal efecto, se deben determinar inicialmente cuáles son esas prestaciones ordinarias a que tienen derecho los educadores oficiales (v.gr. prima de navidad, cesantía, etc.) y la forma de su liquidación (v.gr. número de días y valores, etc.), para después calcular, teniendo en cuenta esos parámetros y el valor de esas prestaciones que no pudieron devengar, conforme a los honorarios pactados.”² (Negrilla del Texto)

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

El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho

² Sentencia de 28 de junio de 2001, M.P. TARSICIO CÁCERES TORO, Exp. 2324-00, Actora: MARÌA BERTHA DÍAZ CORREA.

como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.

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

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

LA SEGURIDAD SOCIAL

Derechos pensionales

La controversia gira en torno a las razones que expone la Jurisprudencia actual para acceder a una condena parcial en el sentido de ordenar el pago de prestaciones *“ordinarias”*, olvidándose de la indemnización integral de los perjuicios sufridos por el daño, tal como lo establece el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, cuyo tenor literal es el siguiente:

“VALORACION DE DAÑOS. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”

En la salvedad de voto frente a la sentencia de 18 de noviembre de 2003, Exp. 17001-23-31-000-1999-0039-01(IJ), se advirtió una inconsistencia de la jurisprudencia, porque a pesar de considerar desvirtuado el contrato de prestación de servicios y aceptar la relación laboral se ha negado a hacerle producir las consecuencias pertinentes.

En dicho proveído se advirtió:

*“...Puede, incluso, afirmarse que la jurisprudencia no ha sido consistente porque, a pesar de considerar desvirtuado el contrato de prestación de servicios y de aceptar la existencia de una verdadera relación laboral, se ha negado a hacerle producir las consecuencias que de ella se derivan, entre ellas, **reconocer el tiempo de servicio laborado como útil para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación.** Si el contrato de prestación de servicios es supuesto y la verdadera relación es laboral debe concluirse que la persona natural tiene las prerrogativas propias del empleado público, así sea como funcionario de hecho, porque no puede aceptarse que el particular deba, se reitera, asumir los errores de la administración ni sacrificar sus derechos fundamentales en aras del bien social público sin incurrir, en últimas, en lo que se critica: hacer prevalecer lo formal sobre lo sustancial y más en materia laboral dada la característica irrenunciable de sus derechos y su estrecha vinculación con la dignidad humana.”.* (Negrillas fuera del texto)

La Sala prohíja en esta oportunidad la tesis allí expuesta, porque 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 jubilación.

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

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

connotación de prestación salarial porque son un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios.

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

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones sociales referentes a pensión y salud son cubiertas por las partes que integran la relación laboral, así por ejemplo, en materia pensional durante la ejecución del último contrato de la actora, se destinaba el equivalente al 10% de la tasa de cotización, monto cubierto por el empleador con un 75% y el trabajador con un 25% (artículo 20 de Ley 100 1993 sin sus modificaciones posteriores), y en materia de salud la base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es la misma contemplada en el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 (parágrafo primero art. 204 de la Ley 100 de 1993.).

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

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

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

(...)

Por lo anterior, los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación...”³

Riesgos Profesionales

En cuanto a los Riesgos Profesionales el Decreto Ley 1295 de 1994, establece que dicha obligación está a cargo del empleador (artículo 21 del Decreto Ley 1295 de 1994), sin embargo, como en el presente asunto la contratista, que fungió como empleada, no probó que hubiese sufragado esta especie de seguro que cubre los siniestros derivados de accidentes de trabajo, se infiere que jamás disfrutó de este beneficio, siendo inexistente el daño antijurídico.

De las Cajas de Compensación

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

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

³ El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, había ordenado el reconocimiento de estos efectos, en sentencia del 17 de abril de 2008, Radicación número: 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05), Actor: JOSE NELSON SANDOVAL CÁRDENAS, Demandado: INSTITUTO FINANCIERO PARA EL DESARROLLO DE NORTE DE SANTANDER – IFINORTE, Magistrado Ponente Dr. JAIME MORENO GARCIA.

indemnización, para que la actora los disfrute, debiéndose ordenar su reconocimiento.

En cuanto al subsidio familiar, este rubro no aparece solicitado dentro de las pretensiones de la demanda, y además la parte demandante no demostró estar dentro de los presupuestos para ser beneficiaria de la prestación.

DE LA PRESCRIPCIÓN

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

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

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

Esta Sala en anteriores oportunidades, ha declarado la prescripción trienal de los derechos que surgen del contrato realidad, aceptando que dicho fenómeno se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la Entidad demandada. Sin embargo, en esta oportunidad replantea este criterio por las razones que a continuación se explican:

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

En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar

un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

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

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

Esta tesis ya había sido adoptada por la Subsección "A", con el siguiente tenor literal:

*"Tampoco opera el fenómeno de la prescripción, ya que se trata de una sentencia constitutiva, en la medida en que el derecho surge a partir de ella y, por la misma razón, no hay lugar a aplicar la Ley 244 de 1995, pues la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia."*⁴

Asimismo se ha indicado:

Como se observa, el término de prescripción de tres años se cuenta desde que la obligación se hace exigible, pero debe tenerse en cuenta que en el contrato de prestación de servicios, el derecho surge desde el momento en que la sentencia lo constituye a favor del contratista junto al restablecimiento traducido en el pago de la suma indemnizatoria, porque previo a la expedición de la sentencia que declara la primacía de la realidad laboral sobre la contractual, no existe ningún derecho a favor del contratista de prestación de servicios emanado de un vínculo laboral, con lo que resulta, que es imposible que se pueda predicar la prescripción de un derecho que no ha nacido a la vida jurídica. No resulta razonable aplicar la prescripción trienal a la indemnización que se reconoce al contratista en la sentencia, si se tiene en cuenta que como se advirtió, dicha figura es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le

⁴ Sentencia de 17 de abril de 2008, M.P. JAIME MORENO GARCIA, Exp. (2776-05), Actor: JOSE NELSON SANDOVAL CÁRDENAS.

otorga, derecho que solo se constituye en la sentencia que determina la existencia de la relación laboral.”⁵

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

En consecuencia, se revocará la sentencia impugnada, declarando la nulidad del Oficio 73.300 No. 862 de 18 de septiembre de 2000, proferido por el Director Jurídico de la Seccional del Seguro Social del Tolima, condenando a título de reparación del daño, al pago de las prestaciones sociales que devengue un empleado público en el mismo o similar cargo desempeñado por la actora, liquidada con base en los honorarios contractuales, pagando a título de indemnización las cotizaciones por concepto de Caja de Compensación.

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

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

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

⁵ Sentencia 6 de marzo de 2008, M. P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Exp. 2152-06, Actor: ROBERTO URANGO CORDERO.

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

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

FALLA

REVOCASE la sentencia de 31 de agosto de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso promovido por Ana Reinalda Triana Viuchi contra el Instituto de Seguros Sociales.

En su lugar,

DECLARASE la nulidad del Oficio 73.300 No. 862 de 18 de septiembre de 2000, proferido por el Director Jurídico de la Seccional del Seguro Social del Tolima, que negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales adeudadas a la actora.

CONDÉNASE al Instituto de Seguros Sociales a pagar a la actora, a título de Reparación del Daño, el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados vinculados a dicha entidad, durante el periodo que prestó sus servicios, liquidadas conforme al valor pactado en el contrato de prestación de servicios, sumas que serán ajustadas conforme quedó expuesto en la motiva de la presente providencia.

CONDÉNASE a la Entidad Demandada a pagar a la demandante a título de Reparación del Daño, los porcentajes de cotización correspondientes a Pensión y Salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes durante el periodo acreditado que prestó sus servicios, dichas sumas serán ajustadas conforme quedó expuesto.

DECLARASE que el tiempo laborado por la señora ANA REINALDA TRIANA VIUCHI, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios durante los años 1995 a 2000, se debe computar para efectos pensionales.

CONDENASE al Instituto de Seguros Sociales a pagar a la actora a título de Indemnización, las cotizaciones de Caja de Compensación durante el periodo acreditado que prestó sus servicios conforme a la parte motiva, dichas sumas igualmente serán ajustadas conforme quedó descrito.

NIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

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

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

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

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO