

LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD FRENTE A LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS, AVANCES JURISPRUDENCIALES*

Recibido: 14 de marzo de 2012 / Revisado: 07 de abril de 2012 / Aceptado: 17 de agosto de 2012

Jaime Alejandro Díaz Vargas**

Universidad Sergio Arboleda

Puede citar el presente artículo así: / To reference this article:

Díaz, J. (2012). La primacía de la realidad frente a los contratos de prestación de servicios administrativos, avances jurisprudenciales. *Jurídicas CUC*, 8 (1), 9 – 34.

Resumen

El presente artículo de investigación es el resultado de un estudio mediante el cual se pretendió abordar el tema de la primacía de la realidad en los contratos de prestación de servicios de la administración pública, desde la perspectiva de las tendencias jurisprudenciales de las altas cortes de nuestro país sobre esta materia. La necesidad de precisar en detalle los derechos vulnerados de contratistas convertidos en trabajadores, por existir relación laboral, conlleva a la explicación detallada de cada uno de ellos, para su mejor comprensión.

Palabras clave:

Primacía, realidad, subordinación, prestaciones sociales, salario, relación laboral.

* Este artículo es producto de la investigación titulada *Primacía de la realidad en las relaciones laborales de la administración pública 2010*. Línea de investigación Derecho Administrativo, de la Universidad Sergio Arboleda. Artículo de investigación científica y tecnológica.

** Abogado, Magister en Derecho, y especialista en Instituciones Jurídico Laborales, Derecho Administrativo. Docente Investigador Facultad de Derecho de la Universidad de la Costa CUC. Contacto: jaime_diazv@hotmail.com, jdiaz31@cuc.edu.co

*Prevailing reality in public administration service agreements:
jurisprudential advances*

Abstract

This research paper sets forth results from a study about prevailing reality in public administration service agreements. It takes into consideration the perspective of the jurisprudential lines of Colombian high courts regarding this matter. The need to identify in detail the infringed rights of contractors, who were turned into employees due to the existence of a labor relation, propels the study. Therefore, a comprehensive explanation of each is performed in order to achieve a better understanding of this concern.

Keywords:

Prevailing reality, subordination, social benefits, wage, labor relation.

INTRODUCCIÓN

El principio de la primacía de la realidad es un pilar del derecho laboral consagrado en el Artículo 53 de la Constitución Política de 1991, que puede invocarse en el marco de la relación contractual no laboral celebrada entre personas naturales, o una natural y una jurídica, sea pública o privada, cuando los hechos que preceden dicha relación configuren una de tipo laboral, sobreponiéndose de tal modo a lo que ocurra en la práctica o en la realidad de los hechos, mas no a la forma en que las partes hayan pactado.

Con base en lo anterior, es posible decir que el citado principio puede alegarse contra el Estado, cuando este en el desarrollo de una forma de contratación por prestación de servicios, resulta asumiendo materialmente la posición de parte dentro de una particular relación de trabajo. La prestación laboral es intrínsecamente la misma, así se satisfaga frente a un sujeto privado o ya se realice frente al Estado, (...). Por consiguiente, en un Estado Social de Derecho, fundado en el trabajo, mal puede el Estado prevalerse de su condición o de sus normas legales para escamotear los derechos laborales de quienes le entregan su trabajo. (Villegas, 2008, p.221)

Se obtienen conclusiones generales a partir de premisas particulares. Se inició, pues, el estudio, contextualizando el principio de la primacía de la realidad en el marco de los contratos de prestación de servicios de la administración pública, cuando estos sirven de fachada para la ejecución de una relación laboral. De igual manera se realizó un estudio detallado de la jurisprudencia y su desarrollo en esta materia.

RESULTADOS

Conceptualización jurisprudencial

La jurisprudencia, en especial las líneas de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, vienen ventilando en los eventos de abusos de las formas jurídicas, la operacionalidad y la aplicabilidad del

principio de la primacía de la realidad sobre las formas, en gracia a su consagración en el Artículo 53 de la Constitución Política, cuando se llega a desestimar un aparente contrato de prestación de servicios que en su sustancia material equivalga a un contrato de trabajo (Corte Constitucional, 1993).

La aplicación del principio anotado sobre esta forma de contratación administrativa cobra vigencia cada vez más, debido a que dicho modo de contratación es una práctica, que infortunadamente en la actualidad se promueve desde el seno de la administración pública, ya sea por mala fe, descuido o ignorancia, la cual sirve de mampara o de respaldo para mostrar una aparente legalidad (Consejo de Estado, 1994), que conlleva a desdibujar la naturaleza de la precitada figura.

Con respecto a esta práctica, el Consejo de Estado (1994) había advertido en cierto estadio que, la administración para no someterse al régimen legal que gobierna la función pública, viene con mayor frecuencia apelando a subterfugios para aumentar en forma incontrolada el número de los servidores oficiales; tal como ocurre cuando la nómina no le permite vincular a su servicio, con el carácter de contratistas, a personas que de otra forma no podría utilizar. Al hacerlo no solo desborda los marcos legales, sino que desconoce el régimen mínimo de garantías a que tendría derecho la persona si se hubiera designado por la vía legal apropiada. (p. 5)

Sumado a lo expresado anteriormente, la Corte Constitucional (2003) manifiesta que:

La generación de relaciones laborales con ocasión a la celebración de contratos por prestación de servicios, involucra el desconocimiento del régimen de contratación estatal y las normas constitucionales atinentes a la función pública (...). Así pues, anota la Corte, se vulnera la normatividad laboral puesto que se propicia la vinculación de servidores públicos con desconocimiento del régimen de ingreso a la función pública y se fomenta la proliferación de distintos tratamientos salariales y prestacionales con la consecuente vulneración de los derechos de trabajadores. (p. 6)

Así mismo, se desconoce el régimen presupuestal pues se prevén cargos remunerados sin que estén contemplados en la respectiva planta de personal ni se hayan previsto los emolumentos necesarios en el presupuesto correspondiente (...). A su vez, se causa un grave detrimento patrimonial al Estado pues como consecuencia de esas relaciones laborales, irregularmente generadas, se promueven demandas en su contra que le significan el pago de sumas cuantiosas. (Corte Constitucional, 2003, p. 4)

No se deben perder de vista las anteriores implicaciones que produce esta indebida forma de contratación estatal, como viene expresándolo el Consejo de Estado (2009):

el contrato de prestación de servicios no puede convertirse en un instrumento para ignorar los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del Artículo 53 de la Constitución política, el cual consagra los principios del derecho laboral a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas del mismo carácter, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos. (p. 7)

Alcances de la primacía de la realidad sobre la forma de contratación administrativa por prestación de servicios

El tema que anuncia el título viene siendo abordado en las líneas jurisprudenciales de las cortes a la par del anterior expuesto, toda vez que el principio de primacía de la realidad sobre las formas, consagrado en el Artículo 53 de la Carta (Corte Constitucional, 1994, 1995, 2000, 2005), se refiere a que en las relaciones jurídicas sustanciales surgidas entre el patrono y el trabajador con ocasión de una relación de trabajo, priman sobre las formas jurídicas con las que se haya pretendido rodear esa relación (Corte Constitucional, 2009).

Este es un principio constitucional propio del derecho laboral con el cual se vinculan a “los patronos particulares y al Estado y que extiende a esa relación el efecto protector de la normatividad nacional e internacional reguladora del trabajo”. (p. 10)

Como lo comenta el tribunal Constitucional (2009), en la legislación laboral se encuentra un desarrollo normativo de este principio, en el Artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo que define el contrato de trabajo; el Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo que indica cuáles son sus elementos esenciales y afirma la existencia de contrato de trabajo en presencia de tales elementos; y el Artículo 24, consagra la presunción legal en virtud de la cual se asume que toda relación de trabajo, en la que concurran los elementos esenciales del contrato de trabajo, está regida por un contrato de esa índole. (p. 7)

Conforme al principio ampliamente renombrado, la Corte Constitucional (2005, 2006) sostiene que “la existencia de una relación de trabajo no depende de los pactos realizados por las partes, ni de la apariencia contractual, ni de las formas jurídicas aparentes, sino, por el contrario, de la situación real en que se halla el trabajador respecto del patrono”. (2009)

Según la Corte Suprema de Justicia (2003), el principio se orienta a “evitar que mediante artificios se pretenda ocultar, bajo otro empaque, la relación de trabajo, protegiendo de esta forma el derecho de los empleados subordinados a percibir el mínimo garantizado legalmente”.

Entonces, teniendo en cuenta las consideraciones antes efectuadas, se puede expresar, como en cierto estadio lo hizo el Consejo de Estado (1993), que al ser desvirtuados los elementos esenciales del modo de contratación por prestación de servicios, emerge ineludiblemente una relación laboral de derecho público.

De todo lo expresado, podría colegirse que a nivel jurisprudencial se reconoce el alcance del “principio de la primacía de la realidad

sobre las formalidades por los sujetos de las relaciones laborales” (Congreso de la República, 1991), de modo que puede aplicarse en los eventos donde una relación contractual nacida de un contrato administrativo de prestación de servicios se desnaturalice, para convertirse en una relación laboral.

Ahora, reconocida la primacía de la relación laboral como uno de los alcances resultantes de la operacionalidad del principio citado, es necesario seguir indagando sobre ello y precisar de acuerdo con la jurisprudencia los restantes alcances e implicaciones, ya sean jurídicas o económicas, que comporta para suscribientes de la supuesta relación contractual, resultantes de la operacionalidad o aplicabilidad de dicho principio.

Luego de determinar la primacía de la relación laboral, se vienen delimitando otros alcances que surgen de la operación del principio sobre la forma de contratación estatal referida, los cuales se circunscriben esencialmente en que si es desnaturalizado el modo de contratación estatal por servicios, la naciente relación laboral supone o no para el contratista trabajador el otorgamiento del estatus de empleado público y con ello los derechos y garantías que se causen a favor del contratista trabajador; con relación a ello, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, desde que empezaron a ocuparse de los alcances del estudiado principio sobre una desvirtuada relación contractual nacida de un contrato por prestación de servicios, vienen esbozando que su aplicación se limita a reconocer la primacía de la relación laboral tal y como se viene explicando, y en consecuencia los derechos patrimoniales que esta genere, mas no el estatus de empleado público.

La Corte Constitucional (1994), en lo atinente hace valer la primacía de la relación laboral sobre la contractual y el no otorgamiento del estatus de empleado público, explica:

La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional.

Si el Juez, en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un docente-contratista el carácter de trabajador al servicio del Estado, puede hacerlo con base en el Artículo 53 de la CP. Sin embargo, a partir de esta premisa, no podrá en ningún caso conferirle el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal.

El mencionado principio agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo. Su finalidad no puede dilatarse hasta abarcar como función suya la de aniquilar las que son formalidades sustanciales de derecho público.

La mera prestación de trabajo, así beneficie al Estado, se comprende, aparte de calificarse como relación laboral y derivar de ella los derechos contemplados en las normas que la regulan, no coloca a la persona que la suministra en igual situación legal y reglamentaria en la que pueda encontrarse otra persona que desempeña como empleado público una actividad similar. Admitir que ello pudiera ser así, significaría hacer caso omiso de: (1) la existencia de un acto administrativo que ordene la respectiva designación que es sustituido por una simple práctica realizada al margen de las condiciones constitucionales y legales que deberían darse para poder producir la vinculación; (2) la posesión para tomar el cargo, de modo que con sigilo pueden ingresar al servicio público personas que no asumen públicamente el compromiso de obedecer la Constitución y las leyes; (3) la planta de personal que no contempla el empleo o cargo que mediante la vía de hecho pretende consolidarse; (4) la disponibilidad presupuestal para atender el servicio, con lo cual se pueden generar obligaciones que superan las posibilidades fiscales, además por parte de personas y autoridades no autorizadas para gravar el erario público y a través de procedimientos no democráticos;

(5) las regulaciones generales que gobiernan el ejercicio de las responsabilidades públicas y la forma de remunerarlas, que son sustituidas por estipulaciones que, por desconocer el régimen legal, representan una invasión de poderes que son del resorte del Congreso, las Asambleas o los Concejos, o de otras autoridades.

Para el Tribunal Constitucional (2009) la operancia del principio analizado no representa la incorporación automática a las categorías de empleado público o de trabajador oficial, pues “la situación legal y reglamentaria y la relación laboral de estos no es equivalente ni asimilable a la situación del contratista independiente”; sin embargo, acepta la primacía de la relación laboral.

Por su parte, se puede decir que el Consejo de Estado (2005) como se anotó, en sus líneas jurisprudenciales reconoce la primacía de la relación laboral sobre la contractual, pero no confiere el estatus de empleado público al contratista trabajador. Con relación al tema, este tribunal básicamente se fundamenta:

Para que se admita que una persona pueda desempeñar un empleo público y pueda obtener los derechos que de ellos se derivan por su ejercicio, es necesario en principio que se den *“los elementos” propios y atinentes a la existencia de los empleos estatales, determinados en la misma Constitución Política actual, como son:*

1) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad (Art. 122 C. P.). Si el empleo no está previsto en la respectiva planta de personal, es un imposible aceptar que se puede desempeñar lo que no existe.

2) La determinación de las “funciones” propias del cargo ya previsto en la planta de personal (Art. 122 de la C. P.). Para la determinación de dichas funciones se tienen en cuenta las de la Entidad, de la dependencia donde se labora y de la labor que cumple. Especialmente se observan los Manuales “general y específico” de funciones y requisitos aplicables. La “obligación” del empleado es la de cumplir los mandatos del ordenamiento jurídico que le competen; la desobediencia tiene relación con dichos mandatos.

Ahora, cuando el empleo específico (que el interesado pretende desempeñar) no está previsto en la respectiva planta de personal, el hecho de que existan otros cargos parecidos que ya están siendo desempeñados por otras personas y que el personal vinculado por contrato de prestación de servicios realice labores similares a las que desempeñan esos empleados públicos, no conduce a que se pueda aceptar que el empleo público existe de acuerdo al régimen jurídico con las funciones que atiende el contratista, para luego admitir que esa relación contractual encubre una relación legal y reglamentaria.

3) La previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de los gastos que demande el empleo, tienen que ver con el salario, prestaciones sociales, otros (Art. 122 de la C. P.). Entonces, es necesario distinguir entre los recursos para cubrir las obligaciones laborales de los servidores públicos y otra clase de recursos previstos en los presupuestos estatales. Por lo tanto, la existencia de otros recursos económicos con los cuales se puedan pagar obligaciones de diferente naturaleza (ejemplo: las derivadas de contratos estatales) no implica el cumplimiento de la exigencia señalada.

Además, para que una persona natural desempeñe un Empleo público, en Calidad de empleado público (Relación legal y reglamentaria), es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la persona nombrada y posesionada es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente.

Coligado a lo anterior, el máximo tribunal de lo contencioso establece:

[...] que para alcanzar la condición de empleado público es necesario que se profiera un acto administrativo que ordene la respectiva designación; que se tome posesión del cargo; que la planta de personal contemple el empleo; y que exista disponibilidad presupuestal para atender el servicio. Ninguno de los supuestos antes mencionados está probado en este proceso, ni la actora ingresó por concurso, ni el cargo está contemplado en la planta de personal, ni tomó posesión del

empleo, pues se repite, para acceder a un determinado cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos y condiciones señalados en la constitución y en la ley; y ello porque el sólo hecho de trabajar para el Estado no confiere la condición de empleado público. (Consejo de Estado, 2006).

De este modo, el Consejo de Estado sienta que para conseguir la categoría de empleado público necesariamente debe observarse y respetarse la normatividad provista en el ordenamiento jurídico para tal fin. Se requiere satisfacer sus elementos esenciales, cuales son: “funciones asignadas; requisitos exigidos para desempeñarlo; remuneración correspondiente; e incorporación en una planta de personal” (2005). En suma, en palabras del tribunal, “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” (2001, 2010).

Por otro lado, en lo tocante al reconocimiento de prerrogativas patrimoniales a que se tienen derecho después de haberse reconocido la primacía de la relación laboral por encima de la contractual estatal, por virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, el Tribunal Constitucional (1997) desde que se ocupó de la acción de inconstitucionalidad donde se cuestionó el artículo 32, numeral 3 de la ley 80 de 1993, viene indicando que si se acredita la existencia de las características esenciales de la relación laboral (...), quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del precitado principio del derecho laboral. (p. 9)

Así pues, la posición del Tribunal Constitucional (2009) en la actualidad con relación a los alcances de este principio sobre los contratos de prestación de servicios administrativos, suscritos con fundamento en la ley 80 de 1993, comprende el reconocimiento de la relación laboral y en efecto de la misma, los derechos patrimoniales causados a favor del trabajador.

En similar parecer, el Consejo de Estado (1999, 2009, 2010) actualmente al referirse al reconocimiento de los derechos patrimoniales que debe cancelar la entidad al contratista trabajador, comenta que al ser desvirtuando la contratación por servicios, nacerá el derecho al reconocimiento de prestaciones sociales a favor de este, por virtud del principio.

Sobre el tema de reconocimiento patrimonial consistente en prerrogativas del derecho laboral, se profundizará a continuación.

Los derechos patrimoniales del contratante

Como se indicó en líneas anteriores, la jurisprudencia colombiana concibe que dentro de los alcances emanados de la aplicación del principio de la realidad sobre la forma de contratación administrativa por servicios, se distinga el reconocimiento de los derechos patrimoniales causados, luego de establecerse la primacía de la relación laboral a favor del contratista trabajador.

Como se notará, las líneas jurisprudenciales del máximo tribunal de lo contencioso, se concentran básicamente en el análisis del reconocimiento de las prestaciones sociales ordinarias, integrales y aquellas que cumplen un fin social como también de la forma como deben liquidarse. Sea esta la oportunidad para indicar que en la actualidad se viene considerando la posibilidad de reconocer salarios o sus diferencias a favor del contratista.

Para un mejor análisis de la mencionada línea jurisprudencial sobre los derechos patrimoniales a favor del contratista trabajador, primero se tocará lo concerniente al reconocimiento y liquidación de las prestaciones ordinarias, para luego mencionar las de tipo integral o compartidas.

El tribunal de lo contencioso, en un criterio generalizado indica que el reconocimiento de las prestaciones sociales ordinarias que se hagan a favor del contratista y a cargo de la entidad pública, deberán liquidarse teniendo en cuenta los honorarios pactados en el contrato estatal.

Al respecto, este tribunal en providencia del 19 de febrero de 2009, establece: 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.

[...]

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.* [cursivas añadidas]

Sumada a esta posición, este tribunal en pronunciamiento del 3 de septiembre de 2009, señala:

[...] observa la Sala, que la demandante se encontraba en la misma situación de hecho predicable de los educadores incorporados a la planta de personal de la entidad territorial. Sin duda alguna el servicio no se regulaba por contratos de prestación de servicios sino que, conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, existía una relación laboral, que impone la especial protección del Estado en igualdad de condiciones a la de los docentes de planta, según los artículos 13 y 25 de la Constitución Política.

[...]

Esta Corporación ha sido clara en establecer, que los docentes vinculados mediante contratos u órdenes de prestación de servicios, se les debe reconocer a título de reparación del daño, 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.* [cursivas añadidas]

En este sentido, en providencia de marzo 13 de 2008, señala que:

[...] ante la constatación de la relación laboral, la Sala ha ordenado en estos casos el pago de una indemnización para restablecer el derecho del accionante, para lo cual debe tenerse en cuenta el monto pactado en el contrato de prestación de servicios y no lo devengado por los docentes vinculados a la planta de personal, como lo resolvió el *a quo*. Lo anterior, por cuanto se ha sostenido por la jurisprudencia de esta Sala; en primer lugar, que las asignaciones salariales en el caso de los docentes dependen de las condiciones particulares demostradas por cada uno de ellos; y en segundo término, porque aceptar la existencia de un contrato realidad, también debe aceptarse como válido el pacto que las partes hicieron de la remuneración.

En otra providencia de abril 17 de 2008 -en la cual el tribunal de lo contencioso se aparta del concepto de que las prestaciones sociales se reconocen a título de indemnización, para en cambio acoger el criterio de que estas se deben reconocer como lo que son-, se señala que para determinar el monto de la suma que debe corresponderle al contratista, se tendrán en cuenta: a) los valores pactados en el contrato, y b) las prestaciones sociales que se reconocen a los trabajadores de la entidad.

De los anteriores criterios, se colige que el contratista trabajador deberá recibir una indemnización a título de restablecimiento de derecho por concepto de prestaciones sociales ordinarias, liquidada con base en los honorarios o valores pactados en el contrato. No obstante, en contraposición a esta forma de reconocimiento y liquidación de las prestaciones sociales, el tribunal de lo contencioso administrativo en una providencia de marzo 4 de 2010, con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, establece que el contratista deberá recibir a título de restablecimiento de derecho el total de las prestaciones sociales reconocidas a los trabajadores de la entidad pública que desempeñaban similar labor, las cuales serán liquidadas con base en el respectivo salario legalmente establecido para estos empleados, en aplicación del principio de igualdad.

Del pronunciamiento antes citado, se recalcan los siguientes apartes:

Desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios, y probados los elementos de la relación laboral en el sub examine, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración como contraprestación directa del mismo, la subordinación y dependencia en el desarrollo de la actividad, y el desempeño de una labor de carácter permanente, propia de la Entidad y en igualdad de condiciones respecto de otros Médicos empleados de planta de la misma, concluye la Sala que la Administración utilizó equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la relación suscrita que desde luego se tornó eminentemente laboral, 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 prestó el servicio público de salud como Médica General [...] de manera subordinada y en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades al interior de la Entidad.

Por lo anterior, aunado a la revocatoria de la decisión inhibitoria del a quo, la Sala anulará el acto acusado y en su lugar declarará la existencia de una relación laboral [...] con las consecuencias prestacionales que corresponden a la labor desarrollada [...], como quiera que el Estado infractor no puede verse beneficiado de su conducta irregular y pretender trasladar la responsabilidad de su actuación a quien ha sido de esta manera contratado, pues el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad sobre la formalidad implica que se reconozca con certeza y efectividad todo derecho que deviene del despliegue real de una actividad laboral.

Así, a título de restablecimiento del derecho se ordenará el pago a favor de la demandante *de la totalidad de prestaciones sociales que se reconocen a los empleados de la Entidad que desempeñaban similar labor, [...] tomando como base para la liquidación respectiva el salario legalmente establecido para éstos, en aplicación del principio de igualdad.* [cursivas añadidas]

No procede en este caso reconocimiento alguno de salarios ni de la diferencia de los mismos surgida entre lo pactado en los contratos y lo devengado por los demás empleados de planta del mismo nivel y especialidad, por cuanto no fueron reclamados dentro del petitum y tampoco aparece demostrada tal situación. [cursivas añadidas]

Por lo que se ha dilucidado en esta investigación, la posición antes anunciada había sido vaticinada por el Tribunal de lo contencioso en una anterior providencia con fecha 14 de agosto de 2008, en la cual, coincidentalmente, funge como Consejero ponente el antes citado, estableciéndose entre otras consideraciones, lo siguiente:

Así las cosas, concluye la Sala que la demandante se encontraba en la misma situación de hecho, predicable de los educadores incorporados a la planta de personal de la Entidad Territorial, por ello, conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, resulta acertado afirmar que en efecto existía una relación laboral entre la demandante y el Municipio de Floridablanca, creándose con el contrato administrativo una mera ficción, la cual impone la especial protección del Estado, de conformidad con los postulados constitucionales contenidos en los artículos 13, 25 y 53 de la Carta, razón por la cual el acto acusado resultaba anulable.

Sin embargo, observa la Sala que el a quo declaró la nulidad del acto demandado y ordenó una indemnización a favor del demandante constituida por las prestaciones devengadas por un maestro del mismo Municipio, tomando como base para su liquidación el valor pactado en cada contrato de prestación de servicios. [cursivas añadidas]

Al respecto, alegó la parte demandada en su escrito de apelación que el reconocimiento aludido como indemnización desnaturaliza la acción utilizada y los mismos pedimentos elevados en el libelo demandatorio, en donde se solicitó únicamente como restablecimiento del derecho el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir, sin demandar reparación alguna con base en el valor de los contratos suscritos.

Previo a realizar las precisiones del caso, *la Sala manifestará sus reservas respecto al reconocimiento realizado por el a quo, en torno a los conceptos que permiten habilitar un contrato - que se ha declarado contrario a la Constitución y a las normas que regulan la Función*

Pública - como fuente o base para reparar o compensar un derecho.
[cursivas añadidas] No obstante, en tanto la parte actora no apeló tal decisión, se impone para la Sala el límite establecido al juzgador de segunda instancia derivado del postulado de la *no reformatio in pejus*, razón por la cual no será abordado el asunto.

Entonces, este lineamiento que concibe, en aplicación del principio de igualdad, como base para la liquidar las respectivas prestaciones al salario legalmente establecido para los funcionarios públicos con similares funciones al de presunto contratista, puede seguir ganando adeptos al interior de la Corporación, para que así se consolide.

Ahora, en lo relativo al reconocimiento de las prestaciones sociales integrales o compartidas, el Consejo de Estado determina actualmente que, el reconocimiento de estas no equivaldrá a la totalidad de las mismas, sino la cuota parte que la entidad pública no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones o Empresa Prestadora de Salud. En este sentido, el precitado Tribunal se manifiesta:

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.)

[...] 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 similar criterio, fija este tribunal:

En cuanto a las prestaciones compartidas (vr. gr. pensión y salud), se ordenará a la demandada el pago a favor de la actora de los porcentajes de cotización que le correspondían de conformidad con la Ley 100 de 1993, pagos que en virtud de las Ordenes de Prestación de Servicios debieron ser asumidos totalmente por la presunta contratista según se ordenó en los artículos 15 y 157 *ibídem*. No obstante, en caso de que los respectivos aportes no se hayan efectuado por parte de la demandante atendiendo al corto término de duración de cada uno de los contratos suscritos y con fundamento en el artículo 282 de la citada Ley 100 de 1993, la Entidad deberá efectuar las cotizaciones respectivas a los dos Sistemas, descontando de las sumas que se adeudan a la demandante el porcentaje que a ésta corresponda.

Por consiguiente, en cuanto a las prestaciones integrales de conformidad a lo antes referido, podría afirmarse que el reconocimiento de las mismas a favor del contratista trabajador y a cargo de la entidad pública, se hará de manera parcial, teniendo en cuenta que estas prestaciones son de las que deben ser cubiertas durante la relación laboral por las partes que la integran, es decir, empleador y trabajador. Por lo tanto, el contratista trabajador deberá recibir en aplicación del principio de la primacía de la realidad, las sumas equivalentes a los valores que haya cotizado al sistema de seguridad social en salud y pensión como contratista o trabajador independiente, o en su defecto ser transferidas a los sistemas por la entidad; en ambos casos se descontarán conforme a la Ley los valores que al contratista trabajador le corresponda sufragar.

Por otra parte, en lo atinente a las prestaciones con fines sociales tales como la caja de compensación familiar y subsidio familiar, de acuerdo con el Consejo de Estado, habrá lugar a reconocerse los rubros que equivalgan a estas, cuando sean solicitadas, y a su vez que los presupuestos requeridos para acceder a las mismas se encuentren acreditados.

Por último, con respecto a la posibilidad de reconocer salarios o sus diferencias, este autor particularmente cree que está latente, de conformidad con lo que se formula en la ya citada providencia de marzo 04 de 2010 del Consejo de Estado, pues en ella se deja abierta dicha posibilidad cuando se manifiesta que, en este caso no habrá lugar a “reconocimiento alguno de salarios ni de la diferencia de los mismos surgida entre lo pactado en los contratos y lo devengado por los demás empleados de planta del mismo nivel y especialidad, por cuanto no fueron reclamados dentro del *petitum* y tampoco aparece demostrada tal situación”.

Prescripción de las prestaciones sociales

La posición actual de la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso sobre la prescripción de las prestaciones sociales que nacen a favor del contratista luego de reconocerse la primacía de la relación laboral, gira en torno a que el término trienal de prescripción se cuenta desde el momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, donde se reconoce a título de restablecimiento de derecho dichas prestaciones.

Para llegar a este criterio jurisprudencial, el precitado tribunal preliminarmente recordó que la prescripción está reglada en el caso de los empleados públicos, en el artículo 102 del decreto Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, mediante el cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público. Esta disposición a su tenor reza:

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.

Siguió recordando este tribunal que en ocasiones anteriores, se había 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”.

No obstante, en aras de salvaguardar los derechos que surgen con motivo de la primacía de la relación laboral, esta posición se replanteó por las siguientes razones, a saber:

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.

Entonces, en este sentido el Consejo de Estado recalca que, 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; por consiguiente, es justo contar a partir de este momento 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.

Por último, la importancia de este pronunciamiento también radica en que el término que se debe contar para efectos de sanción moratoria por la no cancelación a tiempo de las prestaciones sociales, se iniciará desde que quede ejecutoriada la sentencia. Así lo deja entrever el Consejo de Estado, cuando al conceder mediante sentencia el reconocimiento y pago de las cesantías e intereses, niega la sanción moratoria, como quiera que tal obligación es declarada a través de la sentencia constitutiva, de modo que hasta antes de producirse la providencia era un derecho controvertido, por lo que no era exigible su pago.

El contrato de prestación de servicios celebrado con un tercero

Como colofón al presente análisis, es importante resaltar lo que el Consejo de Estado determinó en reciente jurisprudencia sobre el contrato realidad, cuando es un tercero el que paga por la prestación del servicio, generándose la relación laboral. El mencionado tribunal en su análisis va más allá, determinando que no solo el contrato de prestación de servicios marca la pauta para determinar el origen o etiología de la relación laboral, sino los elementos de la misma, como la subordinación y la prestación del servicio personal realizado en la entidad con la cual el tercero contrató, rompiendo el criterio que de antaño se manejaba sobre la relación directa entre contratante y contratista convertido en trabajador. Se expresa este alto tribunal, así:

No se puede por la formalidad del contrato de prestación de servicio, desconocerse el verdadero vínculo que subyace y que genera una relación laboral, al verificarse que el pago se realizó por un tercero aparentemente sólo por la labor cumplida, pues precisamente esta remuneración se deriva del trabajo realizado personalmente en la entidad que efectivamente se benefició de la labor, es decir, que debe resaltarse que el elemento económico de la prestación sí existe pues esta remuneración se reconoce por el servicio prestado directamente a la entidad.

Se reitera por la Sala que la contraprestación económica pagada por un tercero a la labor que desempeñó una contratista, no impide que la entidad en la que se ejecutó el servicio, asuma la responsabilidad por la desfiguración del contrato primigenio y en tales condiciones la entidad beneficiaria de la labor desempeñada por el denominado contratista, esté en la obligación de reconocer los derechos económicos laborales propios del contrato de trabajo.

CONCLUSIÓN

La aplicación y operancia del principio de la primacía de la realidad sobre la mencionada forma de contratación estatal, señala que se reconoce la primacía de la relación laboral para efectos de concedérsele una indemnización al contratista trabajador, la cual corresponderá a la cancelación de las prestaciones sociales, ordinarias, integrales y con fines sociales. Esta indica que jamás podrá otorgársele el estatus de empleado público, ya que ello, a la luz de la norma Constitucional y la Ley, no es permitido. Del mismo modo, se señaló que el Consejo de Estado, concibe que la liquidación de las prestaciones sociales se haga con base en lo pactado en el contrato de prestación de servicios como honorarios. Sin embargo, como también se observó, desde el seno del citado tribunal se viene tejiendo la idea de que a título de restablecimiento del derecho se ordenará el pago total a favor del contratista trabajador de las prestaciones sociales que se reconocen a los empleados de la Entidad que desempeñaban similar labor, tomando como base para la liquidación respectiva el salario legalmente establecido para estos,

en aplicación del principio de igualdad. Se finaliza estableciendo que el Consejo de Estado determinó que los servicios prestados a través del contrato pagados por un tercero, no son obstáculo para reclamar la existencia de la relación laboral a la entidad en la cual se originó la relación laboral, exigiéndole a esta última el pago de las prestaciones a título de indemnización.

LISTA DE REFERENCIAS

- Colombia. Congreso de la República. *Constitución Política de Colombia*. Base de datos de documentos. [base de datos en línea]. [Consultado el 22 de julio de 2011]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr001.html#53
- Colombia. Consejo De Estado, Sec. II. Subsec. A. (05, ago., 1993). Rad I: 6199, Magistrado ponente Forero, C.
- Colombia. Consejo de Estado, Sec. III. (01, nov., 1994). Rad I: 7960. Magistrado ponente Betancourt, C.
- Colombia. Consejo de Estado. Sec. II. (19, mar., 1999). Rad I: 17080, C. Orejuela; CE, Sec. II, Subsec. B. (29, abr., 2010). Rad I: 0821-2009, Magistrado ponente Ramírez, B.; CE, Sec. II, Subsec. B. (21, may., 2009). Rad I: 2094-07, Magistrado ponente Ramírez, B.; CE, Sec. II, Subsec. A. (04, mar., 2010). Rad I:1413-08, Magistrado ponente Gómez, G., entre otras.
- Colombia. Consejo de Estado Sec. II, Subsec. B. (25, ene., 2001). Rad I: 1654-2000, Magistrado ponente N. Pájaro. En: CE. (03, jul., 2010). Rad I: 2094-07, Magistrado ponente Ramírez, B.
- Colombia. Consejo de Estado. Sec. II, Subsec. B. (28, jul., 2005). Rad I: 5212-03, Magistrado ponente Cáceres, T.
- Colombia. Consejo de Estado. Sec. II, Subsec. B. (30, mar., 2006). Rad I: 4885-2004, Magistrado ponente Cáceres, T.

- Colombia. Consejo de Estado, Sec. III. (01, jul., 2009). Rad I: 1106-08. Magistrado ponente Arenas, G.
- Colombia. Consejo de Estado Sec. II, Subsec. B. (21, may., 2009). Rad I: 2094-07, Magistrado ponente Ramírez, B.
- Colombia. Corte Constitucional. (22, feb., 1993). Sentencia C-056/93. Magistrado ponente Cifuentes, H., y Sentencia C-154/97, (19, mar., 1997). Magistrado ponente Herrera, H.
- Colombia. Corte Constitucional. (6, dic., 1994). Sentencia, C-555 /94. Magistrado ponente Cifuentes, E.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencias, C-555/94 . Cifuentes, E.; T-166/97. Magistrado ponente Hernández, J.; T-150 /00, Magistrado ponente Hernández, J.; y T-404 /05 Magistrado ponente Córdoba, J.
- Colombia. Corte Constitucional. (19, mar., 1997). Sentencia C-154/97. Magistrado ponente Herrera, H.
- Colombia. Corte Constitucional. (10, sep., 2002). Sentencia, C-739 /02. Magistrado ponente Córdoba, J.
- Colombia. Corte Constitucional. (11, feb., 2003). Sentencia, C-094/03. Magistrado ponente Córdoba, J.
- Colombia. Corte Constitucional. (29, sep., 2005). Sentencia, T-992/05. Magistrado ponente Sierra, H.; y Sentencia T-063/06, (02, feb., 2006). Magistrado ponente Vargas, C.
- Colombia. Corte Constitucional. (02, sep., 2009). Sentencia, C-614 /09. Magistrado ponente Pretelt, J.
- Colombia. Corte Constitucional. (16, oct., 2009). Sentencia, T-738 /09. Magistrado ponente Calle, M.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. (23, sep., 2003), No. 20933, Magistrado ponente Nader, C.

Villegas Arbeláez, J. (2008). *Derecho administrativo laboral: principios, estructura y relaciones individuales*. (8.^a ed.). Bogotá: Legis.

