



## Sentencia 4149 de 2008 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADOSALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil ocho (2008).-

CONSEJERO PONENTE: DR. JAIME MORENO GARCÍA

REF: EXP. No. 05001-23-31-000-2002-04149-01

No. Interno: 2500-07 P2

AUTORIDADES NACIONALES

ACTOR: ANGELA MARTA CAÑAVERAL PIEDRAHITA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 29 de agosto de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquía dentro del proceso instaurado contra la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

### ANTECEDENTES

La actora, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la nulidad del oficio sin número del 23 de julio del 2002, suscrito por el director Aeronáutico Regional de Antioquía de la Unidad Administrativa demanda. A título de restablecimiento del derecho, pide que se ordene el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales legales, extralegales, las vacaciones no pagadas, las horas extras diurnas y nocturnas, los domingos y festivos, y la devolución de los dineros que le dedujeron por concepto de retención en la fuente. Así mismo solicita el pago de la sanción por la morosidad en el pago de las prestaciones sociales al término de la relación laboral, el cumplimiento de la sentencia al tenor de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A, y la condena en costas para la demandada.

Expresa como hechos de la demanda, que laboró al servicio de la entidad en el cargo de médico general al servicio de sanidad aeroportuaria del aeropuerto José María Córdova de Rionegro, desde el 10 de noviembre de 1998 hasta el 30 de abril del 2002.

Manifiesta que su vinculación a la entidad demandada se hizo formalmente mediante contrato de prestación de servicios, sin embargo, siempre cumplió de manera continua y subordinada sus labores, las cuales estaban determinadas en el manual de funciones. De igual manera cumplió las órdenes dadas por sus superiores, cumplió un horario determinado para realizar sus labores y disfruto de auxilios propios del personal de planta, como el auxilio de alimentación.

Afirma que siempre se le canceló puntualmente el salario, del cual se le descontaba de manera ilegal un 10% de los ingresos percibidos como consecuencia del servicio que prestaba. Agrega que al interior de la Aeronáutica han existido médicos vinculados a la planta de personal como empleados públicos que desempeñan su labor en las mismas condiciones en que prestó sus servicios.

### LA SENTENCIA APELADA

Luego de hacer un estudio de la sentencia [C-154](#) de 1997 de la Corte Constitucional, de la [IJ 0039](#) del Consejo de Estado, de la 16,208 del 17 de julio del 2001 de la Corte Suprema de Justicia, de la 0245 del 23 de junio del 2006 proferida por la Sección Segunda de esta Corporación y del material probatorio allegado al plenario, decidió denegar las pretensiones de la demanda.

Consideró que en el caso de estudio no ese encontró probada la subordinación como elemento indispensable de la relación laboral, habida cuenta de que no se allegó prueba de su configuración, como para hablar de una relación laboral.

### EL RECURSO

La parte demandada en la oportunidad procesal apela el fallo del Tribunal. En sus argumentos manifestó que la autorización para celebrar contratos de prestación de servicios que trae el artículo 32, es contraria, al principio del contrato realidad, que además de ser principio de derecho laboral es mandato de rango constitucional, como quiera que está consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política.

Seguidamente extrae apartes de la sentencia apelada con las que pretende demostrar que en el plenario sí se, demostró la configuración de los elementos de una verdadera relación laboral.

Por último, alega que sí bien es cierto algunas pruebas que pretendían demostrar los elementos consitutivos de la relación laboral no fueron allegados o practicados, según el caso, lo cierto es que a lo largo de la contienda se allegaron otro tipo de pruebas, como el cuadro de turnos, el cuadro de control del horario, el manual de funciones, los cambios de turnos y sus respectivas autorizaciones; que por sí solos demuestran una verdadera relación laboral.

Se procede a decidir, previas las siguientes

#### CONSIDERACIONES

Se demanda en el sub dite el acto administrativo contenido en el oficio sin número de julio 23 del 2002, mediante el cual se despachó desfavorablemente la petición elevada en la que solicitaba el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales legales, extralegales, las vacaciones no pagadas, las horas extras diurnas y nocturnas, los domingos y festivos, y la devolución, de los dineros que le dedujeron por concepto de retención en la fuente.

Para estudiar la legalidad del acto acusado, la Sala considera necesario hacer el siguiente análisis.

Antecedente Jurisprudencial del "contrato realidad":

Sobre el tema de la prestación de servicios la Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997 con ponencia del doctor Hernando Herrera Vergara, analizo la diferencia entre dicho contrato y el de carácter laboral así:

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

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

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

Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la, subordinación o dependencia respecto del empleador, y en ese evento surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales. (art. 53 C.P.).

Esta Corporación ha reiterado en fallos como el de 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente 0245 M.P. Jesús María Lemos Bustamante, la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor !se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador. Razonó de la siguiente manera:

"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 períodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados. "

Tal tesis, se contrapone a jurisprudencia anterior en la que se sostuvo que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación. Así lo estipuló la sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado de 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ- 0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, en la que concluyó:

"...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 con natación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deber) 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 puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación la que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales." (Se destaca).

Este razonamiento fue replanteado por la Sección Segunda, que en fallos como el inicialmente citado, de 23 de julio de 2005, volvió a la tesis primigenia que había sido trazada por la sección en sentencia de 18 de marzo de 1999, con ponencia del KR Flavio Rodríguez Arce (Exp, 111722 - 1198/98). La Sala ha hecho prevalecer, entonces, la aplicación del principio de la realidad sobre las formas, cuyos supuestos fácticos deben ser materia de prueba.

Hechos probados:

Contrato de prestación de servicios No, 1000013-OH suscrito entre la actora y la Unidad demandada el 26 de febrero del 2001 y cuya duración fue pactada hasta el 26 de diciembre del mismo año. (fl. 21)

Relación de turnos de médicos y enfermeras para el año de 1998, 1999, 2000, 2001 y enero y abril del 2002. (fls. 35 y siguientes)

Relación del cuadro de control de horarios para los meses de enero y diciembre de 1999, 2000, 2001 y abril del 2002 (fls. 43 y siguientes)

Manual de funciones del cargo "*Medico de Turno*" del grupo de sanidad aeroportuaria en la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil. (fl. 51)

Circular GER-RG-048 del 12 de septiembre del 2000, dirigida por el gerente Aeroportuario a los inspectores de rampa, sanidad portuaria, asistentes, rayos x, sonido y conmutador, conductores y servicios aeroportuarios, en donde se les informa que a partir de la fecha "(...) y de acuerdo a las disposiciones del nivel central, no se autorizan cambios de turno durante los 8 días anteriores o posteriores al disfrute de vacaciones. Igualmente, les recuerdo que solamente se les autoriza tres (3) cambios de turno por quincena, previo visto bueno del jefe inmediato, dejando constancia del día que se pagará el turno, el cual debe corresponder a la misma jornada, ya que no se pueden generar horas por este concepto (fl. 52

Como ya se dijo en párrafos precedentes, es necesario que en casos como el presente se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador.

Las pruebas anteriormente referenciadas como las estipulaciones contenidas en el contrato allegado permiten concluir que cuando la demandante desarrolló sus actividades bajo o la figura de órdenes o contratos de prestación de servicios, lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de las funciones encomendadas se llevó a cabo en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores, debía reportar a éstos el desarrollo de la actividad, con el cumplimiento estricto de un horario y ejerciendo funciones de un cargo que existía en la planta de personal.

Además, y teniendo en cuenta la circular del 12 de septiembre del 2000, a la cual se hizo referencia, se observa que la actora, como los demás funcionarios de la entidad, debían prestar sus servicios en forma permanente, personal y bajo un horario de trabajo, que en este caso era impuesto por la misma entidad. De la misma manera, es evidente el sometimiento a las órdenes de un jefe o supervisor.

Es cierto, y así lo ha dicho la jurisprudencia de ésta corporación<sup>1</sup>, que la labor de un médico es por lo general independiente y

autónoma, pues sus diagnósticos y prescripciones médicas surgen por la identificación de la patología con que llega el paciente y los conocimientos que al respecto tenga el galeno; sin embargo, en este proceso se pudo demostrar la atadura que tenía la contratante con la entidad, en tanto no podía hacer cambio de turnos a su disposición, los horarios establecidos le impedían desarrollar otro tipo de actividades y los permisos solicitados eran concedidos previa autorización del "*jefe inmediato*"<sup>2</sup>.

Podría decirse que el hecho de que acudiera un determinado número de horas a la semana a prestar sus servicios no constituye elemento para afirmar que existiera una relación de sujeción, sino más bien una relación coordinada entre la entidad y la demandante para efectos de establecer unas horas de trabajo, con el fin de armonizar su actividad con la de la entidad. No obstante, lo demostrado en el proceso y lo acotado en el párrafo precedente, dista mucho de la figura de la "coordinación" de la cual ya se hizo referencia.

Este conjunto de elementos permite concluir a la Sala que entre la demandante y la entidad demandada se cumplió una relación de tipo laboral durante el tiempo de vigencia de los contratos u órdenes de prestación de servicios. Adicionalmente, debe señalarse que prestó en forma personal el servicio y recibió a cambio una remuneración.

Así pues, la entidad, al contratar los servicios de una persona a través de contratos de prestación de servicios y órdenes de trabajo, en abierta contradicción con el derecho consagrado en el artículo 53 Superior y el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que prohíbe su realización por ser

actividades propias del personal de planta, que no requieren conocimientos especializados, impone al servidor una relación no convenida y lo induce a la firma de tales órdenes y contratos, que día a día se han convertido en la generalidad de la forma como la administración pacta la prestación de los servicios, constituyendo "*nóminas paralelas*" con la diferencia de que a quienes las conforman les despoja de todo derecho surgido de tal relación. Además, los derechos mínimos reconocidos en las normas laborales son irrenunciables.

El Decreto 2400 de 1968, régimen de administración de personal de la Rama Ejecutiva, concibe el empleo como el conjunto de funciones señaladas en la Constitución, la ley y el reglamento, para ser atendidas por una persona natural y sólo excluye del concepto de empleados a quienes prestan servicios ocasionales y que cataloga como meros auxiliares de la administración pública. De manera que lo que corresponde hacer al Estado, a través de sus órganos, es crear los cargos suficientes para el cumplimiento de las funciones de cada entidad y no acudir a la figura ficticia de contratación que, sin duda, desvirtúa el servicio público, pues, se repite, la contratación en la forma en que se ha venido dando está sólo permitida en la Ley 80 de 1993 para casos de excepción que se enmarquen dentro de la excepcionalidad y la pericia en actividades específicas, en todo caso, extrañas a la función propia de la entidad.

Es, esa la razón por la que el artículo 2º infine del Decreto 2400 de 1968 señaló:

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

Así mismo, la Ley 790 de 2002, reiteró el precepto anterior al disponer:

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

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

Parágrafo. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública." (Negrilla por fuera del texto original).

Es, por tanto, el Estado el que infringe el ordenamiento jurídico al contratar por ese medio los servicios de personal, precaviendo los requisitos de la existencia del cargo en la planta de personal, del presupuesto, el acto administrativo de nombramiento, la posesión, convirtiendo todo ello en una simple práctica.

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.

El artículo 85 del C.C.A. al concebir la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevé que todo aquel cuyo derecho amparado por una norma jurídica estime lesionado, puede acudir ante la jurisdicción para pedir, además de la nulidad del acto, que se le restablezca en su derecho, así como también la reparación del daño. La acción indemnizatoria surge cuando no es posible volver las cosas al estado anterior porque la misma naturaleza del daño impide tal circunstancia, pues sabido es que dentro de la sociedad y la naturaleza hay situaciones que resultan irreversibles y la única manera de compensar a la víctima es a través de una retribución pecuniaria.

La Sala se aparta de la conclusión a que se llegó en la sentencia de 18 de marzo de 1999 y replantea tal posición, pues lo cierto es que en casos como el presente no tiene lugar la figura indemnizatoria, porque sin duda alguna, la lesión que sufre el servidor irregularmente contratado puede ser resarcida a través del restablecimiento del derecho, término que implica restituir la situación, devolverla al estado existente con anterioridad a la lesión inferida. Ello tiene cabida a través de la declaración judicial de la existencia de la relación laboral del orden legal y reglamentario, con todo aquello que le sea inherente.

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. No es, por tanto, una decisión extra-petita, pues como quedó dicho, son derechos inherentes a la relación laboral.

Los anteriores razonamientos resultan suficientes para que la Sala decida revocar la sentencia apelada, mediante la cual el Tribunal denegó las súplicas de la demanda y, en su lugar, declare la nulidad del acto demandado. A título de restablecimiento del derecho ordenará el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, según el cuadro que aparece en las consideraciones de esta sentencia.

No hay lugar a aplicar a normas que impongan sanciones la entidad morosa pues no son competencia de esta Sala y la indemnización moratoria en dado caso no tendría lugar, por cuanto la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia, como quiera que el derecho surge a partir de la misma, ya que se trata de una sentencia constitutiva. Por ello tampoco se aplica el término de prescripción legalmente establecido para los derechos laborales.

Para determinar el monto de la suma que debe reconocerse a la demandante, se tendrán en cuenta:

a. Los valores pactados en los contratos.

b. Las prestaciones sociales que se reconocen a los empleados de la entidad.

c. Las sumas que resulten se ajustarán de, conformidad con el artículo 178 del C.C.A. y la siguiente fórmula:

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 de esta sentencia) por el índice inicial (vigente en 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.

Es claro que por tratarse de pagos de- tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada prestacional.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

REVOCASE la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquía, proferida el veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007) dentro del proceso promovido por ANGELA MARTA CAÑAVERAL PIEDRAHITA contra la Unidad Administrativa especial de Aeronáutica Civil. En su lugar se dispone:

1) DECLARASE LA NULIDAD del oficio sin número del 23 de julio del 2002, mediante el cual se le negó el reconocimiento y pago de las prestaciones laborales a las que tenía derecho por haber laborado para la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica, entre el 10 de noviembre de 1998 y el 30 de abril del 2002.

2) ORDÉNASE A LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA AERONÁUTICA CIVIL, RECONOCER Y PAGAR A FAVOR DE LA ACTORA, las prestaciones sociales correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, según el cuadro que aparece en la contestación de la demanda, para lo cual se ordenará expedir copia de ésta a la entidad con la notificación de la presente providencia.

3) El tiempo laborado se computará para efectos pensionales, para lo cual la entidad hará las correspondientes cotizaciones.

4) INDÉXESE LA CONDENA, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

5) Cúmplase la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

5) Cúmplase la sentencia en los términos de los artículos 176 y 1,77 del C.C.A.

6) Se deniegan las demás pretensiones

Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

JAIME MORENO GARCÍA

ALFONSO VARGAS RINCÓN

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1 Ver entre otras las sentencias 3278/05 y 1175/06 del 1º de febrero y 26 de abril del 2007, con ponencia del Magistrado Jaime Moreno García.

2 Léase la Circular GER-RG-048

Fecha y hora de creación: 2024-12-14 01:15:14