

CONTRATO REALIDAD – Principio de la realidad sobre las formalidades / CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO Requisitos

El contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación y dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución. Pues para alcanzar la condición de empleado público necesario que se profiera un acto administrativo que ordene la respectiva designación; que se tenga 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 mencionado se encuentra probado en el proceso. En estas condiciones, ordenar la vinculación del actor al ente territorial mediante nombramiento legal reglamentario transgrediría las normas constitucionales y legales pertinentes. En consecuencia, aunque los órdenes de prestación de servicios del demandante pretendieron esconder una vinculación de derecho laboral público, el actor no puede ser considerado empleado público.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 53

FUNCION DE VIGILANCIA O CELADURIA – Subordinación

Si bien, el actor desarrolló dos oficios, como fueron el de conducción y celaduría, lo hizo de manera independiente el uno del otro y demostrando la subordinación y dependencia en cada uno de ellos, por lo que, no es obstáculo para reconocer la relación laboral, y sus consecuencias prestacionales, más cuando como ya se indicó, dichas actividades se ejercieron como si fuera un empleado más de la planta. Además para abundar en razonamientos, respecto de la subordinación en la función de celaduría, esta Sección mediante providencia de 3 de mayo de 2007, Consejero Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante expediente No. 4583-2004, actor Martín Gallo Gallo, señaló: “....La labor de vigilancia no puede considerarse prestada de forma autónoma pues el celador no puede decidir en qué lugares presta el servicio ni en qué horario. Es más ni siquiera puede ausentarse del trabajo sin causa previa y debidamente justificada. Pondría en riesgo los bienes confiados a su cuidado, en otras palabras, existe una relación de subordinación...”

REPARACION DEL DAÑO EN EL CONTRATO REALIDAD – Aportes pensionales. Afiliación a fondo de cesantías / Afiliación a entidad de salud / INDEMNIZACIÓN POR EL NO PAGO OPORTUNO DE PRESTACIONES EN EL CONTRATO REALIDAD – Imprudencia

Igualmente, respecto de los aportes pensionales, por tratarse de una prestación compartida con el empleador, no podrá ordenarse el reconocimiento de la totalidad de dichos montos, por lo que, se debe pagar sólo el monto adeudado por este, lo anterior no puede tener cabida en lo correspondiente a su vez pues el actor no lo solicitó expresamente. No se puede acceder a lo pretendido por el actor en cuanto a la afiliación a un fondo de cesantías y a una entidad prestadora de salud, pues la relación laboral reconocida no está vigente, por lo que resultaría infructuoso. De la misma manera, no hay lugar a reconocer indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones, pues como lo indicó esta Sección, la sentencia que reconoce la relación laboral tiene carácter constitutivo, por lo que es a partir de ella que nacen a las prestaciones correspondientes, de esta manera es imposible que se presente mora en el reconocimiento y pago de las prestaciones, cuando ni siquiera existían.

REPARACION DEL DAÑO EN EL CONTRATO REALIDAD – Calzado y vestido de labor

Ahora, respecto al suministro de calzado y vestido de labor, de conformidad con la Ley 70 de 1993 los empleados del sector público “tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente, Esta prestación se reconocerá al empleado oficial que haya cumplido más de tres (3) meses al servicio de la entidad empleadora.”. La evidencia probada que la remuneración mensual del actor sobrepasa lo indicado por la norma transcrita se evidencia de los desprendibles de pago allegados por cada año. Se tiene que para el año de 199

salario mínimo legal era de \$172.005 y el actor devengaba por cada quince días la suma de \$203.00 que al mes sumaba \$406.000, superando de esta forma lo que sería dos veces el salario mínimo legal, sería de \$344.010. Para 1998, el salario mínimo legal era de \$203.82 y el actor ganaba al mes la suma de \$470.960, monto mayor a dos veces el salario mínimo, por los otros años no se allegaron los respectivos comprobantes. Así las cosas, probado como está que el actor no cumplía con lo establecido por la norma que le asiste dicho derecho. Si bien esta Sala venía aplicando el fenómeno de la prescripción de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, la Sala Plena de la Sección Segunda mediante sentencia del 19 de febrero de 2009, ya referenciada, reconsideró su postura e indicó que teniendo en cuenta que la providencia judicial tiene el carácter de constitutiva, es a partir de la ejecutoria de ella que se cuenta dicho término.

FUENTE FORMAL: LEY 70 DE 1988

PRESCRIPCIÓN TRIENAL DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD – Conteo del término

Si bien esta Sala venía aplicando el fenómeno de la prescripción de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, la Sala Plena de la Sección Segunda mediante sentencia del 19 de febrero de 2009, ya referenciada, reconsideró su postura e indicó que teniendo en cuenta que la providencia judicial tiene el carácter de constitutiva, es a partir de la ejecutoria de ella que se cuenta dicho término.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la prescripción de los derechos derivados del contrato realidad, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 19 de febrero de 2009, Segunda, Radicación 3074-05, Ponente: Bertha L. Ramírez de Páez.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil nueve (2009).

Radicación número: 05001-23-31-000-2000-04728-01(1129-08)

Actor: JESUS ANTONIO LOPEZ ARIAS

Demandado: POLITECNICO COLOMBIANO JAIME ISAZA CADAVID

AUTORIDADES MUNICIPALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 19 de febrero de 2008, por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia negó las súplicas de la demanda instaurada por Jesús Antonio López Arias contra el Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid.

LA DEMANDA

JESÚS ANTONIO LÓPEZ ARIAS, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Antioquia declarar la nulidad del siguiente acto:

Oficio de 9 de octubre de 2000, proferido por el Director del Talento Humano del Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, que negó el pago de las prestaciones sociales solicitadas por haber laborado al servicio de la entidad.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó conder

la entidad accionada a:

Declarar la existencia de una relación laboral por el tiempo que prestó sus servicios.

Pagar las prestaciones sociales como cesantías, intereses de las mismas, primas legales y extralegales, abono a la pensión de jubilación, vacaciones, auxilio de transporte y calzados y overoles.

Afiliarlo a un Fondo de cesantías, así como a una entidad prestadora de salud.

Pagar la indemnización por el no pago oportuno de las correspondientes prestaciones.

Indexar las sumas resultantes de la reclamación.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

Laboró al servicio de la entidad desde el 16 de septiembre de 1996 hasta el 30 de junio de 1998 de forma continua e ininterrumpida, mediante órdenes de prestación de servicios como Obrero Celador de 2 a 10

Conforme lo establecen las órdenes que suscribió, no sería considerado funcionario público y, por tanto tendría derecho a prestaciones sociales por sus servicios.

Durante el tiempo que prestó sus servicios siempre lo hizo bajo la subordinación directa del jefe de dependencia, además le correspondía cumplir un horario el cual era de 2 a 10 p.m., y en sí cumplía todas las funciones propias de los trabajadores que estaban vinculados por contratos laborales.

Por lo general se suspendían las labores de trabajo el 20 de diciembre de cada año y regresaban el 2 de enero del año siguiente, sin recibir ningún tipo de prestaciones por sus servicios, pues nunca se le pagaron cesantías, ni intereses, vacaciones, primas legales y extralegales, nunca se afilió a ningún fondo de cesantías ni caja de compensación familiar, ni tenía seguridad social, tampoco recibía las dotaciones de trabajo, ni se le reconocía auxilio de transporte y subsidio familiar.

En el tiempo en que estuvo laborando para la entidad, siempre en su colilla de pago aparecía el descuento por retención en la fuente y ley "cuarta".

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 25, 53, 93 y 366.

De la Ley 80 de 1993, el artículo 32.

Consideró el accionante que se desconoce el derecho a la igualdad, ya que se permite, motiva e induce a la administración pública a contratar por prestación de servicios a personas para que desarrollen las mismas actividades o funciones públicas que desempeñan los empleados vinculados a la planta de cargos, con las mismas obligaciones y deberes que aquellos, dando origen a una relación que en la práctica tiene carácter laboral por la subordinación y dependencia.

El contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios. Para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la subordinación laboral y remuneración como contraprestación. En cambio en el de prestación de servicios la actividad independiente proviene de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia del 11 de febrero de 2008, negó la demanda, con los siguientes argumentos (Fls. 188 a 207):

Se desestimará la excepción de caducidad, toda vez que se observa que la presentación de la demanda

efectuó el 14 de diciembre de 2000 y el acto demandado fue expedido el 9 de octubre del mismo año. Estas fechas que dan clara cuenta de que el intervalo comprendido entre una y otra no excede los cuatro meses que la Ley otorga para incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

La tesis mayoritaria del Tribunal y el Consejo de Estado admite la posibilidad de celebrar contrato de prestación de servicios para atender tareas distintas a las que constituyen el objeto social de la entidad que ello implique la existencia de una relación de trabajo entre contratista y entidad.

Se ha sostenido de manera unificada que la relación de coordinación de actividades entre contratista y entidad, que implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente configuración del elemento subordinación.

Para que prosperen las pretensiones compete al accionante acreditar la existencia de la relación laboral probando que como un supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier servidor público y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes.

En el tiempo referido por el actor, del 16 de septiembre de 1996 al 30 de junio de 1998, el objeto del contrato era la prestación personal de servicios como conductor y en el periodo no incluido en los hechos de la demanda, el objeto contractual era la prestación de servicios como celador. Por ello, sólo es preciso analizar las órdenes de servicio celebradas entre el 16 de septiembre de 1996 y el 30 de junio de 1998, pues respecto de éstas se agotó la vía gubernativa y son las enunciadas en la demanda.

El objeto de las órdenes o contratos de prestación de servicios no permiten deducir que el contratista encontrara subordinado o que estuviera sujeto a controles distintos de los propios que la entidad es contratante ejerce sobre sus contratistas.

Las declaraciones allegadas no dan clara cuenta del horario que cumplía el actor, en tanto que el horario señalado no es el mismo que aduce el libelista, y pese a que los testigos coinciden en afirmar que el actor estaba subordinado a las ordenes emanadas del jefe de dependencia y seguridad y a pesar de que el contrato de prestación de servicios supone autonomía por parte del contratista, ello no significa el desaparecimiento del poder de vigilancia y control que la entidad pública tiene sobre el contratista en su ejecución, buscando el cumplimiento de los fines estatales y la prevalencia del interés general.

Para velar por el cumplimiento de las obligaciones del contratista, la Administración está revestida de facultades que se dirigen a comprobar si cumple los actos o ejecuta los hechos a su cargo, si lo hace conforme a las estipulaciones contractuales, si está cumpliendo las obligaciones financieras y si cumple las normas jurídicas.

La autonomía del contratista en el contrato de prestación de servicios no significa total libertad o desconexión respecto a la entidad, en tanto es colaborador de la administración para el cumplimiento de sus fines.

No se encuentra demostrada la subordinación, habida cuenta de que no se allegó prueba de configuración, como para hablar de una relación de carácter laboral, por cuanto la labor desempeñada deja ver que se encontraba en las mismas condiciones de otros empleados que ostentaban la calidad de empleados públicos.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante sustentó el recurso de apelación contra la sentencia del a quo, con los siguientes argumentos (Fls. 209 a 211):

Se desconoce el derecho a la igualdad, ya que se permite, motiva e induce a la administración pública contratar por prestación de servicios a personas para que desarrollen las mismas actividades o funciones públicas que desempeñan los empleados vinculados a la planta de cargos, con las mismas obligaciones y deberes que aquellos, dando origen a una relación que en la práctica tiene carácter laboral por subordinación y dependencia.

Cuando se establece que en ningún caso los contratos de prestación de servicios generan relación laboral, se desconoce el principio de primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

El contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios. Para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la subordinación laboral y remuneración como contraprestación. En cambio en el de prestación de servicios la actividad independiente proviene de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

No se explica con fundamento en qué, un mismo magistrado emite un fallo condenando a una entidad luego otro negando, respecto de las mismas pretensiones, es el caso del señor José Nelson Uribe demanda contra el Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, a quien el mismo magistrado le reconoce las pretensiones de la demanda.

No tuvo en cuenta el Tribunal que se han proferido fallos por parte del Consejo de Estado, en los cuales revocó la respectiva sentencia del Tribunal que negaba las pretensiones de la demanda, como los del 1º de noviembre de 2006, Consejero Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante, actor: Fredy de Jesús Zapata del 7 de septiembre de 2006, Consejero Ponente Dr. Alberto Arango Mantilla, actor: Lázaro Enrique González.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema jurídico a resolver por esta Sala se contrae a establecer si entre la entidad y el demandante existió un vínculo laboral y si tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones dejadas de pagar con ocasión de ese vínculo.

Para tales efectos se deberá examinar la legalidad del Oficio de 9 de octubre de 2000, proferido por el Director del Talento Humano del Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, que negó el pago de las prestaciones sociales solicitadas por haber laborado al servicio de la entidad, mediante órdenes de prestación de servicios.

La Sala encuentra probado lo siguiente:

Conforme a las órdenes de prestación de servicios, el actor laboró al servicio del Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, de la siguiente manera:

- Orden de servicio No. 0554 como conductor del 16 de septiembre al 20 de diciembre de 1996. (Fls. 73 a 74).
- Orden de servicio No. 0178 como conductor del 20 de enero al 30 de junio de 1997. (Fls. 78 a 79).
- Orden de servicio No. 0369 como conductor del 16 de agosto al 30 de septiembre de 1997. (Fls. 94 a 95).
- Orden de servicio No. 0676 como conductor del 1 de octubre al 30 de noviembre de 1997. (Fls. 13 a 14).
- Orden de servicio No. 0081 como conductor del 16 de enero al 30 de junio de 1998. (Fls. 16 a 17).
- Orden de servicio No. 0664 como celador del 1 de julio al 3 de noviembre de 1998. (Fls. 11 a 12).
- Otrosí a la orden de servicio No. 0664 del 4 de noviembre al 12 de diciembre de 1998. (Fl. 8).

El actor, con fecha de radicado 20 de septiembre de 2000, solicitó al Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, que se declare que entre él y la entidad existió una relación laboral y el reconocimiento y pago de las prestaciones a que tenga derecho por haber laborado al servicio de la entidad. (Fl. 19).

Mediante Oficio de 9 de octubre de 2000, el Director del Talento Humano del Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, negó lo solicitado, indicando que los contratos estatales no generan relación laboral ni prestaciones sociales. (Fls. 5 a 6).

Se recibieron los testimonios de los señores Rolando de Jesús Rodríguez Gómez y Rigoberto Álvarez Acevedo. (Fls. 163 a 167).

La Sala entrará a estudiar el fondo del asunto:

El demandante considera que la entidad accionada desconoció sus derechos originados en la prestación personal del servicio, pues, a su juicio, se trató de una relación de tipo laboral, cubierta por la apariencia de órdenes de prestación de servicios.

Estima que se configuraron los elementos esenciales del contrato de trabajo, la subordinación, la prestación personal del servicio y el pago de una remuneración. La relación de subordinación se encuentra demostrada entre otros elementos, porque el actor tenía un superior, cumplía un horario de trabajo, según se deduce de las labores que desempeñaba, como si fuera empleado de planta, y recibía a cambio una remuneración.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-154 de 1997, expresó claramente las diferencias entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios, así:

“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquel 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 depende de una persona física consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

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

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

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 a favor del contratista, en aplicación del principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución.

Es menester precisar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral como la mencionada implica conferir al accionante la condición de empleado público pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el solo 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 confiere la condición de empleado público.”.

Pues para alcanzar la condición de empleado público es necesario que se profiera un acto administrativo ordene la respectiva designación; que se tome posesión del cargo, que la planta de personal contemp empleo; y que exista disponibilidad presupuestal para atender el servicio.

Ninguno de los supuestos antes mencionado se encuentra probado en el proceso, en estas condicior ordenar la vinculación del actor al ente territorial mediante nombramiento legal y reglamente transgrediría las normas constitucionales y legales pertinentes. En consecuencia, aunque las órdenes prestación de servicios del demandante pretendieron esconder una vinculación de derecho laboral público actor no puede ser considerado empleado público.

Así las cosas, se reitera, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, 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.

En el presente caso la Sala encuentra probada la existencia de un vínculo de carácter laboral entre el Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid y el demandante, el cual quedó demostrado con las órdenes prestación de servicios arrojadas al proceso, en las que se evidencia que las funciones desempeñadas por el actor, no cumplían en forma autónoma o independiente, sino que se trataba de verdaderas órdenes que imponían subordinación.

En efecto, se expresa así en las órdenes de prestación de servicios como conductor: "A. CONDUCIR Y MANTENER EL VEHICULO EN BUENAS CONDICIONES DE FUNCIONAMIENTO Y ASEO. B. TRANSPORTAR PERSONAS QUE LE SEAN ENCOMENDADAS Y VELAR POR LA ADECUADA UTILIZACION DEL VEHICULO. C. PERMANECER EN SU PUESTO DE TRABAJO DISPUESTO A CUMPLIR SUS FUNCIONES EN EL MOMENTO OPORTUNO. D. INFORMAR OPORTUNAMENTE A QUIEN CORRESPONDA, CUANDO SU VEHICULO DEBA SOMETERSE A MANTENIMIENTO. E. REALIZAR PEQUEÑAS REPARACIONES A SU VEHICULO CUANDO NECESARIO. F. VELAR POR EL MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DEL VEHICULO ASIGNADO DE ACUERDO CON LOS PROGRAMAS ESTABLECIDOS POR LA SECCION DE SEGURIDAD Y TRANSPORTE. G. INFORMAR OPORTUNAMENTE A LAS AUTORIDADES DE TRANSITO Y AL JEFE INMEDIATO SOBRE ACCIDENTES QUE OCASIONE O SUFRA EL VEHICULO. H. GUARDAR EL VEHICULO EN EL LUGAR Y HORAS INDICADOS POR LA SECCION DE SEGURIDAD Y TRANSPORTE. I. NO ACEPTAR CHARLAS, DISCUSIONES O CUALQUIER SITUACION QUE ATENTE CONTRA LA SEGURIDAD DEL VEHICULO Y LA DE SUS OCUPANTES. J. CUMPLIR LAS DEMAS FUNCIONES INHERENTES AL CARGO QUE LE SEAN ASIGNADAS POR SU SUPERIOR INMEDIATO.". (Fl. 14).

Ahora, las obligaciones que el actor adquirió cuando se desempeñó como celador, fueron: "A. OBSERVAR Y REPORTAR LAS PERSONAS QUE ENTRAN Y SALEN DE LAS INSTALACIONES DE LA INSTITUCION E INFORMAR OPORTUNAMENTE LAS IRREGULARIDADES QUE ENCUENTRE. B. VIGILAR LAS INSTALACIONES Y BIENESTAR DE LA INSTITUCION Y RESPONDER POR LOS EQUIPOS, MATERIALES Y DEMAS ELEMENTOS DEL AREA QUE LE ASIGNEN. C. CUMPLIR EL HORARIO INDICADO POR EL RESPONSABLE DEL AREA PARA EJERCER LA VIGILANCIA. D. LAS DEMAS FUNCIONES INHERENTES AL CARGO QUE LE SEAN ASIGNADAS POR EL RESPONSABLE DEL AREA.". (Fl. 12).

Si bien, el actor desarrolló dos oficios, como fueron el de conducción y celaduría, lo hizo de manera independiente el uno del otro y demostrando la subordinación y dependencia en cada uno de ellos, por lo que, no es obstáculo para reconocer la relación laboral, y sus consecuencias prestacionales, más cuando como ya se indicó, dichas actividades se ejercieron como si fuera un empleado más de la planta.

Además, para abundar en razonamientos, respecto de la subordinación en la función de celaduría, la Sección mediante providencia de 3 de mayo de 2007, Consejero Ponente Dr. Jesús María Le Bustamante, expediente No. 4583-2004, actor Martín Gallo Gallo, señaló:

"(...) La función de celador subsiste y puede subsistir bajo una relación legal y reglamentaria y por lo tanto puede derivarse el reconocimiento de la existencia de una relación laboral.

La labor de vigilancia no puede considerarse prestada de forma autónoma pues el celador puede decidir en qué lugares presta el servicio ni en qué horario. Es más ni siquiera puede ausentarse del trabajo sin causa previa y debidamente justificada pues pondría en riesgo bienes confiados a su cuidado, en otras palabras, existe una relación de subordinación.

De acuerdo con los razonamientos precedentes la Sala concluye que en el asunto conciliado puede haber una relación de carácter laboral durante el tiempo en que el demandante se desempeñó como vigilante de las instalaciones del colegio Francisco de Paula Santander del Municipio de Duitama (...).” (Negrilla fuera del texto)

Sumado a lo anterior, la prueba testimonial revela en forma evidente la relación laboral que el actor mantuvo con la entidad.

El declarante señor Rolando de Jesús Rodríguez Gómez, manifestó:

“PREGUNTADO. Sabe usted quién era la persona que le daba las órdenes al señor Jesús Antonio López Arias como trabajador del Politécnico o si por el contrario él no recibía órdenes de nadie y podía realizar labores como él lo consideraba?. CONTESTO; No, el jefe inmediato de él se llamaba FEDERICO ACEVEDO, él era el jefe de seguridad y transporte, y le daba las órdenes a Jesús Antonio López Arias. PREGUNTADO; Dígame cómo sabe y le consta cómo se programaban las actividades para desempeñar por parte del señor Jesús Antonio López Arias, como trabajador del Politécnico. CONTESTO; Cuando Jesús Antonio era vigilante, Federico Acevedo, que era el jefe y cuando eso eran 2 celadores por turno, les tocaba que estar en la portería, ver los computadores, eran dando ronda por toda parte en la sede de Bello, pedían los carnés a los estudiantes para entrar a la sede de Bello, se turnaban los dos, uno se quedaba en la puerta y el otro daba vuelta al Politécnico, y solamente había una escopeta, pero ellos no la cargaban, eso era para los vigilantes por la noche.”.

El deponente señor Rigoberto Álvarez Acevedo, expresó:

“PREGUNTADO. Sírvase decirnos quién era el jefe inmediato de Jesús Antonio, quién le daba las órdenes de su trabajo. CONTESTO; Era el jefe de seguridad y transporte, que se llamaba FEDERICO ACEVEDO, es decir, que él era de la central del Politécnico y era quien se encargaba de repartirnos los turnos, pero si no ocurría, podía el rector o vicerrector o secretaria darnos alguna orden ahí en la sede de Bello, pero el jefe inmediato era el señor Federico Acevedo. PREGUNTADO; Díganos si el señor Jesús Antonio tenía alguna programación específica para desempeñar sus funciones como vigilante. CONTESTO; Si, ellos tenían órdenes repartidas por el jefe inmediato, y como eran 2 por turno, uno lo asignaban en la portería y al otro le daba la ronda a toda la sede y luego cambiaban y así. (...) PREGUNTADO; Dígame al despacho Jesús Antonio qué tiempo laboró como conductor y luego como vigilante. CONTESTO; Digamos que mitad y mitad en los dos cargos que desempeñó en el Politécnico, o sea año y medio como conductor y año y medio como vigilante.”.

Según los testimonios rendidos en el curso del proceso el actor estaba sometido a un horario de trabajo y este a su vez era controlado por sus superiores, además, el actor estaba sujeto a las órdenes de un jefe, es decir, se encuentran presentes los elementos de toda relación laboral, subordinación o dependencia, prestación personal del servicio y remuneración. Por lo que, se le debe reconocer a título de reparación del daño

el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los empleados públicos de la respectiva entidad contratante, tomando el valor de lo pactado en las órdenes o solicitudes de prestación de servicios.

Igualmente, respecto de los aportes pensionales, por tratarse de una prestación compartida con el empleador, no podrá ordenarse el reconocimiento de la totalidad de dichos montos, por lo que, se ordena pagar sólo el monto adeudado por este, lo anterior no puede tener cabida en lo correspondiente a sus intereses pues el actor no lo solicitó expresamente, al respecto expresó la Sección:

“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 c Ley 100 de 1993).”.

No se puede acceder a lo pretendido por el actor en cuanto a su afiliación a un fondo de cesantías y a una entidad prestadora de salud, pues la relación laboral reconocida ya no está vigente, por lo que resulta infructuoso. De la misma manera, no hay lugar a reconocer una indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones, pues como lo indicó esta Sección, la sentencia que reconoce la relación laboral tiene un carácter constitutivo, por lo que es a partir de ella que nacen a la vida las prestaciones correspondientes; de esta manera es imposible que se presente mora en el reconocimiento y pago de las prestaciones, cuando éstas siquiera existían.

Ahora, respecto al suministro de calzado y vestido de labor, de conformidad con la Ley 70 de 1988 para los empleados del sector público “tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente, Esta prestación se reconocerá al empleado oficial que haya cumplido más de tres (3) meses al servicio de la entidad empleadora.”.

La Sala encuentra probado que la remuneración mensual del actor sobrepasa lo indicado por la norma transcrita, así se evidencia de los desprendibles de pago allegados por cada año. Se tiene que para el año de 1997, el salario mínimo legal era de \$172.00 y el actor devengaba por cada quince días la suma de \$203.000, lo que al mes sumaba \$406.000, superando de esta forma lo que sería dos veces el salario mínimo legal, que sería de \$344.010. Para 1998, el salario mínimo legal era de \$203.82 y el actor ganaba por mes la suma de \$470.960, monto mayor a dos veces el salario mínimo, por los otros años no se allegaron los respectivos desprendibles. Así las cosas, probado como está que el actor no cumplía con lo establecido por la norma, no le asiste dicho derecho.

Finalmente según obra en el plenario, se suscribieron con el demandante órdenes de prestación de servicios entre el 16 de septiembre de 1996 y el 12 de diciembre de 1998, con interrupciones en la prestación de servicios; sin embargo, dichas pruebas muestran el genuino interés de la administración por emplear al actor en modo permanente sus servicios. No se trató, en consecuencia, de una relación o vínculo de tipo esporádico u ocasional sino de una verdadera relación de trabajo que, por ello, requirió de la continuidad que ha sido destacada, la cual se constituye en indicio claro de que, bajo la figura de órdenes de prestación de servicios se dio en realidad una relación de tipo laboral.

Si bien esta Sala venía aplicando el fenómeno de la prescripción de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, la Sala Plena de la Sección Segunda mediante sentencia del 19 de febrero de 1998 ya referenciada, reconsideró su postura e indicó que teniendo en cuenta que la providencia judicial tiene un carácter de constitutiva, es a partir de la ejecutoria de ella que se cuenta dicho término. El Despacho sustancia la presente causa acoge lo expuesto en dicha ocasión:

“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 no haber mediado 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 prestaciones, 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

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.

Asimismo se ha indicado:

Como se observa, el término de prescripción de tres años se cuenta desde que la obligación se hizo 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 otorga, derecho que solo se constituye en la sentencia que determina la existencia de la relación laboral.

Por lo tanto, entendiéndose 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 comenzarían 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 desde la presente sentencia, tesis que la Sala en esta oportunidad acoge en su integridad."

Por las razones expresadas se revocará la decisión del Tribunal, que negó las súplicas de la demanda para que se reconozcan las prestaciones sociales, a título de indemnización como reparación del daño, por el tiempo laborado, se ordenará pagar los montos pensionales adeudados por la entidad y se tendrá en cuenta el tiempo laborado para los mismos efectos, por último se negaran las demás pretensiones.

Las sumas que correspondan deberán indexarse conforme a la siguiente fórmula:

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

En el que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el coeficiente que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, certificado por el DANE, por el índice inicial vigente a la fecha en que se realizó el pago correspondiente. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, respecto de cada obligación teniendo en cuenta que el índice que se debe utilizar es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Revocase la sentencia de 11 de febrero de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda instaurada por Jesús Antonio López Arias contra el Politécnico

Colombiano Jaime Isaza Cadavid. En su lugar,

Declarese la nulidad del Oficio de 9 de octubre de 2000, proferido por el Director del Talento Humano del Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid, que negó el pago de las prestaciones sociales solicitadas haber laborado al servicio de la entidad.

Condénase al Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid a pagar al actor, a título de reparación del daño, el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados vinculados a dicha entidad, durante los períodos comprendidos entre el 16 de septiembre de 1996 y el 12 de diciembre de 1998, liquidadas conforme al valor pactado en las órdenes de prestación de servicios, sumas que se ajustadas conforme a la fórmula anteriormente referenciada.

Condénase a la entidad demandada a pagar al demandante a título de reparación del daño, los porcentajes de cotización correspondientes a pensión que debió trasladar al Fondo correspondiente durante el período acreditado que prestó sus servicios, dichas sumas serán ajustadas conforme quedó expuesto.

Declarase que el tiempo laborado por el demandante, bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios, se debe computar para efectos pensionales.

Nieganse las demás pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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 la estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha.-

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior
n.d.
Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

