

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SISTEMA ORAL**

Yopal – Casanare, Once (11) de Diciembre de Dos Mil Trece (2013)

Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Contrato realidad- Elementos de la relación laboral y hechos indicadores de la misma.
Demandante:	JUAN CARLOS FONSECA SOLANO
Demandado:	DEPARTAMENTO DE CASANARE
Radicación:	850013333-002-2012-00144-00

Procede este estrado judicial a dictar la sentencia que coloque fin a la instancia en el asunto de la referencia, una vez agotadas todas las etapas contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para este tipo de medio de control, y habida cuenta que los presupuestos procesales normativos están satisfechos.

OBJETO DE LA DEMANDA:

El ciudadano JUAN CARLOS FONSECA SOLANO a través de apoderado judicial formula demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra del Departamento de Casanare, para que se surtan los trámites del contencioso administrativo y se acceda a sus peticiones, por cuanto el demandado a través de oficio le niega el reconocimiento y pago de prestaciones sociales después de haber laborado por varios años mediante contratos sucesivos (O.P.S.), lo que considera no ajustado a derecho.

P R E T E N S I O N E S:

De acuerdo a la propia redacción de la demanda, solicita el demandante:

1.- Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos (oficios No. 120 – 808 del 25 de julio de 2011, con radicado de correspondencia No. 09636 del 27 de julio de 2011, por medio de la cual se da respuesta a solicitud de declaración de contrato realidad y el consecuente pago de prestaciones sociales; así oficio de 2 de agosto de 2011, con radicado de correspondencia

No. 11559 mediante la cual se dio respuesta al recurso de apelación interpuesto, de fecha primero de agosto de 2011, como posteriormente se aclara mediante oficio No. 100-0353 de agosto 14 de 2012 con radicado de correspondencia No. 12292 del 14 de agosto de 2012).

2. Que en virtud de lo anterior, se sirva declarar la existencia del contrato realidad, entre el Departamento de Casanare y JUAN CARLOS FONSECA SOLANO, a partir del 13 de mayo de 1998 hasta el 27 de agosto de 2008.

3. Que como consecuencia de la anterior declaración se sirva ordenar el pago de las prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones a que haya lugar, así como el derecho a las prestaciones de ley, vestido y calzado de labor, y el reconocimiento del valor pagado por concepto de seguridad social y pensiones, teniendo en cuenta el último salario devengado por el trabajador (\$1.775.000).

ANTECEDENTES:

Los hechos relevantes de la demanda se sintetizan así:

Que el actor prestó sus servicios personales laborales al Departamento de Casanare por el interregno de tiempo comprendido entre el 13 de mayo de 1998 hasta el 27 de agosto de 2008, fecha en que se efectuó la liquidación del último contrato de prestación de servicios, sin solución de continuidad.

Durante el mencionado lapso el demandante trabajó sin solución de continuidad y que en el tiempo que no aparece contrato también laboró, lo que cataloga de “vieja costumbre” que existe en las entidades públicas de hacer trabajar a los supuestos contratistas que laboran por prestación de servicios, tanto así que a estas personas les toca laborar en la elaboración de sus propios estudios previos y patinar ^(sic) su proceso precontractual.

Asevera que cuando el supuesto contratista al vencimiento del contrato se aleja de la entidad, la consecuencia es su no contratación posterior circunstancia que hace que el contratista se vea en la obligación de trabajar gratis en la entidad pública.

Que conforme a lo narrado se configura lo que la jurisprudencia ha denominado "Contrato Realidad", por cuanto disfraza la realidad del contrato de trabajo, al configurarse los tres elementos del contrato de trabajo, de prestación personal, remuneración y subordinación.

Seguidamente hace una relación de los contratos de prestación de servicios suscritos por Juan Carlos Fonseca Solano con el Departamento de Casanare.

Continúa esbozando que mediante oficio No. 120808 del 25 de julio de 2011, se negó el reconocimiento del contrato realidad y en consecuencia también se negó el reconocimiento de prestaciones sociales. Contra dicha decisión se interpuso en su momento recurso de reposición y en subsidio apelación. Como quiera que la Gobernación de Casanare no se pronunció sobre los recursos interpuestos, se vio en la obligación de instaurar acción de Tutela. En cumplimiento a lo decidido en Tutela la Gobernación de Casanare en pronunciamiento del 2 de agosto de 2012 indicando que no procede recurso alguno contra lo decidido mediante oficio No. 120.808 del 25 de julio de 2011.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Cita como violadas las siguientes normas:

- Artículo 53 de la Constitución Política.
- Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.
- Artículo 138 de la ley 1437 de 2011

En el concepto de violación realiza estudio a las disposiciones que considera violadas y afirma que el señor JUAN CARLOS FONSECA SOLANO por haber prestado el servicio de manera personal, bajo subordinación y habiendo recibido pagos mensuales por la prestación de sus servicios, se configuró un contrato de trabajo y este no deja de serlo por los nombres que se le den, en virtud a que opera el llamado contrato realidad.

Alude que al primar la realidad sobre el disfraz de la administración, era deber del Departamento de Casanare aceptar que se había configurado el contrato de trabajo y en consecuencia ordenar el pago de las prestaciones sociales correspondientes. Sin embargo el acto administrativo (oficio 120 – 808 del 25

de julio de 2011) consideró que los contratos de prestación de servicios personales encuentran su fundamento en el artículo 32 de la ley 80 de 1993 y que el propósito de dicho vínculo contractual es el de ejecutar actos que tienen relación con la actividad que cumpla la entidad, bien cuando dicha actividad no pueda realizarse con personal de planta, o bien cuando la actividad a realizar requiera de conocimientos especializados.

Presenta como cargos la **falsa motivación** del acto administrativo demandado, fundamentada en que el mismo se aparta de manera ostensible y arbitraria de la situación fáctica presentada, esto es la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación, reitera que la Gobernación de Casanare disfrazó la relación pretendiendo así desconocer el cumplimiento de los requisitos mencionados. Igualmente aduce como cargo la presunta **desviación** de las atribuciones propias de quien las profirió, señalando que al dictar el acto la Gobernación de Casanare no solo infringió normas de carácter constitucional con la repetida celebración de falsos contratos de prestación de servicios, sino que también omite su deber de haber declarado la existencia de contrato de trabajo y el consecuente pago de las prestaciones sociales.

Seguidamente trae a colación jurisprudencia y doctrina aplicable al caso examinado conforme a su interpretación, concluyendo que los actos administrativos demandados deben ser anulados y en consecuencia se deberá reconocer la existencia de la relación de trabajo subordinada, debiendo por ello pagar las prestaciones sociales.

ACTUACIÓN PROCESAL:

La demanda donde se invoca el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y que dio origen a este proceso se presentó ante la oficina de servicios judiciales de Yopal el 11 de diciembre de 2012, como consta en sello obrante a folio 1 del c.1.

Sometida a reparto por la oficina mencionada en la misma fecha de recibo, correspondió al Juzgado Segundo Administrativo, e ingresó al Despacho el 12 de diciembre de 2012 (fls 127 y 128 c.1).

Con auto del 14 de diciembre de 2012 (fls 129 y 130 c.1), se dispuso INADMITIR la demanda para que dentro del término de ley fueren corregidas o subsanadas algunas falencias e incongruencias que se detectaron en el libelo inicial.

Una vez subsanada la demanda, mediante auto del 31 de enero de 2013 (fls. 136 y 137 c.1) por reunir los requisitos mínimos exigidos en el estatuto procedimental, se admitió la misma, se ordenó proceder conforme al articulado previsto en el estatuto procesal administrativo; se dio traslado a los demandados y al agente del Ministerio Público.

Dentro del término legal otorgado por el Despacho con base en lo normado en el CPACA, el demandado DEPARTAMENTO DE CASANARE constituyó apoderado, contestó el libelo, manifestándose respecto a los hechos y las pretensiones, solicitó algunas pruebas y propuso excepciones, de las cuales el Secretario del Despacho corrió el respectivo traslado, y la parte demandante NO se pronunció respecto a ellas, quedando trabada la litis.

Contestación a la demanda: (fls. 146 - 157 c.1).

El Departamento de Casanare a través de su representante y por intermedio de apoderado se hace presente al escenario de la litis que se le ha planteado, manifestando que algunos de los hechos son ciertos otros no le constan y los demás no son ciertos; dice oponerse a las pretensiones de la demanda indicando los motivos de dicha posición.

Respecto al tema medular de la controversia jurídica refiere que la causa de los contratos de prestación de servicios suscrito por el accionante no es otro que el contenido en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, que ordena que en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente necesario.

Que para el caso sub examine, el accionante suscribió estos contratos con pleno conocimiento de causa, es decir con la advertencia que dichos contratos que suscribía no constituyen vínculo laboral entre las partes, ni genera relación laboral ni prestaciones sociales. Igualmente, que la labor desarrollada para ejecutar su objeto contractual se realizó de manera transitoria y con plena autonomía, lo que se desprende las pruebas aportadas al proceso.

Seguidamente hace transcripción de los aspectos legales del contrato de prestación de servicios, conforme a la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007 y decreto nacional 734 de 2002.

A continuación esboza en cuadro sinóptico la situación particular de cada contrato de prestación de servicios que contiene: número de contrato, término del contrato, fecha aparente de inicio, terminación, el tiempo transcurrido entre uno y otro contrato y objeto y actividades desarrolladas.

Presenta las excepciones de mérito que considera aplicables.

Otras actuaciones:

Con auto del 14 de junio de 2013 (fl 170 c.1) se dispuso tener por contestada la demanda por parte del Departamento de Casanare, reconociendo personería para actuar al apoderado de la demandada y conforme al artículo 180 del CPACA dispuso convocar a la práctica de AUDIENCIA INICIAL señalando fecha y hora para la misma.

El día 9 de agosto de 2013 (fls 177 - 183 c.1.), se realizó **Audiencia Inicial** en la cual se trataron los temas de: Saneamiento del proceso, discusión sobre excepciones previas, procedencia de la conciliación, fijación del litigio, decreto de pruebas y fijación de fecha y hora para Audiencia de pruebas.

El 18 de octubre de 2013 se llevó a cabo **Audiencia de Pruebas** (fls 185 - 189 c.1.), que básicamente giró alrededor de la Recepción de prueba testimonial decretada a petición de la parte demandante y demandada (se escuchó los testimonios de Priscila Martínez Fuentes, Osvaldo Rodrigo Solano Montoya y Jairo Antonio Agudelo Chaparro) y fijación de fecha y hora para realización de Audiencia de alegatos y juzgamiento.

El día 29 de noviembre de 2013 se llevó a cabo **Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento** (fls 195 - 199 c.1.), cuyos temas a tratar lo fueron alegatos de las partes y concepto del Ministerio Público y pronunciamiento del sentido del fallo.

SÍNTESIS DE ALEGATOS:

De la parte demandada: (video a folio 199 desde los 3:46 min. a 15:14 c.1.)

En audiencia prevista para ello, la apoderada del demandado DEPARTAMENTO DE CASANARE señala que se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, expone sucintamente que los contratos de prestación de servicios no constituyen ningún derecho o vínculo de carácter laboral, por lo cual no se configura relación laboral entre el actor y el Departamento; alude que la causa jurídica de los contratos se basa en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, que establece que esta clase de contratos no genera prestaciones sociales y menos un vínculo laboral.

Seguidamente procede a realizar crítica a cada uno de los testigos, señalando posibles incongruencias de los mismos, explicando más adelante porque puede presentarse rompimiento de la continuidad del servicios en el caso examinado, por los espacios que puede haber entre cada contrato u orden de prestación de servicios y en los términos en los cuales el actor actuó como supernumerario y mientras mantuvo contrato con la Diócesis de Yopal, por ser esta una entidad ajena al Departamento de Casanare.

En conclusión afirma que no se tipifica en el caso el llamado contrato realidad por cuanto no se demuestra certeramente la subordinación en algunas dependencias de la Gobernación y que en el acervo probatorio del presente expediente no se logró determinar con certeza las situaciones de contenido laboral que ameriten la configuración de la figura que quiere hacer ver el demandante.

De la parte demandante: (video a folio 199 desde los 15:32 min a 37:20).

A su turno el apoderado de la parte actora hace una disertación respecto a lo que se pretende con lo demandado en especial lo que hace referencia a los elementos del contrato de trabajo es decir, prestación personal, horario de trabajo y remuneración, señalando el fenómeno de la subordinación.

Hace énfasis en las labores desempeñadas por el actor entre otras la de mensajero del Despacho del Gobernador donde recibía órdenes de éste y de las secretarías, exigiéndole además el cumplimiento de horario, en

actividades que se asemejaba a las de un funcionario de planta, el pago de la labor contratada se realizaba a través de mensualidades; procediendo luego a enlistar las probanzas allegadas al expediente que establecen que le dan la razón en sus tesis, pues explica las funciones realizadas por JUAN CARLOS FONSECA SOLANO era de mensajero, mensajero de despacho y se le exigía cumplir un horario y en otras oportunidades horarios extraordinarios, encontrándose sometido a cumplir las órdenes que le impartía tanto el Gobernador de turno como su secretario del Despacho, quedando allí demostrado que sí existía subordinación constituyendo un verdadero contrato de trabajo.

Finalmente, hace una relación del material probatorio allegado, solicitando la nulidad de unos actos administrativos que no reconocen que se haya configurado una relación laboral con el demandante, sustentado en que se encuentran presentes los elementos del contrato de trabajo pues el servicios se prestó en forma personal, se le pagó un salarios y hubo subordinación.

El señor agente del Ministerio Público delegado ante este Despacho, no asistió a la Audiencia de alegaciones y juzgamiento.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS:

Este estrado judicial al verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales de competencia (numeral 3° del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso, derecho de acción y contradicción, procede al estudio del tema central del debate (en armonía con lo normado en el artículo 187 ibidem), para así resolver los extremos de la litis planteada.

De igual forma, en aplicación al contenido del artículo 207 del CPACA, efectúa el control de legalidad respectivo y al efecto declara que no existe vicio alguno que conlleve a la nulidad de lo hasta ahora actuado, por lo cual el proceso queda debidamente saneado.

DE LAS PRUEBAS ALLEGADAS AL EXPEDIENTE:

Se extracta cronológicamente lo siguiente:

1. El demandante suscribió con el DEPARTAMENTO DE CASANARE órdenes de prestación de servicios comenzando por la No. 98-30055, del 13 de mayo de 1998 laborando como mensajero inicialmente por tres (3) meses, continuando por largo tiempo con las mismas labores, sin embargo la denominación de otras OPS es distinta, así continúa con órdenes de prestación por uno, dos tres, cuatro meses hasta diciembre de 1999 (fls 98 – 109 c.1).
2. El 6 de diciembre de 1999, el señor JUAN CARLOS FONSECA SOLANO es nombrado mediante acto administrativo (resolución No. 0817) en el cargo de auxiliar administrativo (nombrado en calidad de supernumerario), tomando posesión del cargo el día 15 del mismo mes y año, como consta en acta No. 0059 de esa fecha (fl 97 c.1). Permaneció en esta situación hasta el 15 de marzo del año 2000, conforme lo expresa constancia obrante a folio 96 del c.1.
3. El 15 de marzo del año 2000 se le contrata nuevamente a través de la OPS No. 0001105 por el término de ocho (8) meses y seguidamente se continúa el 15 de noviembre de 2000 con la orden de prestación de servicios No. 001789 por cuatro (4) meses más (fls 94 y 95 c.1).
4. Aparece resolución No. 0662 del 18 de mayo de 2001 *“Por la cual se sana un vicio de procedimiento”* en la cual se señala que el señor JUAN CARLOS FONSECA SOLANO continuó laborando por espacio de dos meses y tres días sin contrato y por lo tanto ordena suscribir una orden de servicio y proceder al pago de \$1.364.999,99 (fls 89 – 93 c.1).
5. Continúan los mismos intervinientes con la orden de prestación de servicios No. 01-04101 del 5 de junio de 2001 por 2 meses, la No. 01-04171 del 29 de agosto de 2001 por 6 meses, la No. 01020002 del 6 de marzo de 2002 por 1 mes, la No. 2002-05-0081 del 12 de julio de 2002 por 3 meses, la No. 2002-05-0148 del 18 de noviembre de 2002 por 6 meses, la No. 2003-05-0086 del 16 de junio de 2003 adicionada en tres (3) meses más el 22 de diciembre de 2003; la No. 2004-05-0025 del 10

de mayo de 2004 por 7 meses; la No. 2004-05-0279 del 20 de diciembre de 2004 por 8 meses; la 2005-05-2101 del 30 de septiembre de 2005 hasta el 29 de abril de 2006 por término de 8 meses (fls 46 - 88 c.1).

6. El día 26 de julio de 2006 el señor JUAN CARLOS FONSECA SOLANO firma un contrato de trabajo por el término de cinco (5) meses con la DIÓCESIS DE YOPAL (fls 44 y 45 c.1).
7. El 16 de enero de 2007 se suscribe contrato de prestación de servicios técnicos No. 07-04-00006 entre el DEPARTAMENTO DE CASANARE y JUAN CARLOS FONSECA SOLANO por el término de once (11) meses y cuyo valor fue \$19.833.000 pagaderos en mensualidades vencidas de \$1.803.000,00 (fls 33 - 43 c.1).
8. El 30 de noviembre de 2007 se suscribe contrato u OPS No. 07-09-03685 entre el DEPARTAMENTO DE CASANARE y JUAN CARLOS FONSECA SOLANO por el término de cinco (5) meses hasta el 29 de abril de 2008 y cuyo valor fue \$8.775.000 pagaderos en mensualidades vencidas de \$1.755.000,00 este fue liquidado el 27 de agosto de 2008 (fls 26 - 32 c.1).
9. Dentro de la Audiencia de Pruebas se recibió testimonio a PRISCILA MARTÍNEZ FUENTES quien sobre los hechos manifestó ser ex funcionaria de la Gobernación de Casanare desde que era Intendencia, haber laborado en varias dependencias de dicho ente, en cargos de auxiliar administrativo, mecanógrafa y secretaria; dice haber conocido a JUAN CARLOS FONSECA SOLANO aproximadamente desde el año 1998.

Dice que el mencionado actor laboró con el Despacho del gobernador, la Secretaría de Agricultura, la Secretaría de Educación entre otras, era mensajero, digitaba y entregaba correspondencia, también laboró un tiempo en la bodega de archivo.

Seguidamente responde a interrogante señalando los nombres de exmandatarios del Departamento de Casanare con quienes laboró FONSECA SOLANO.

Asevera que el mencionado Fonseca Solano mientras se desempeñaba a través de OPS, cumplía horario de 8 a 12 y de 2 a 6 y en ocasiones hasta en horas de la noche y sábados en obediencia a órdenes de sus superiores, quienes eran sus jefes inmediatos como el Gobernador, sus secretarías y Secretarios; relata que las órdenes eran mediante memorandos y en otras ocasiones verbales y que el mencionado se encontraba subordinado a las órdenes del jefe de turno o de las oficinas donde laboraba o fuere asignado. Que la Gobernación de Casanare celebraba contratos de prestación de servicios con las personas y cuando se les terminaba seguían trabajando por varios meses a la espera del nuevo contrato, es decir que trabajaban gratis durante ese tiempo que no había contrato.

Que para ese entonces la Gobernación de Casanare hacía convenios a través de la Secretaría de Educación con la DIOCESIS DE YOPAL, pero el personal contratado por esta laboraba en las instalaciones de esa Secretaría; que el sistema de pago era mes vencido mes que se le cancelaba, no se pagaba por adelantado.

Dice además haber compartido oficina con el actor, por las labores de oficina, le consta que se cumplía horario, seguidamente responde a un interrogante con los nombres de los mandatarios departamentales y los secretarios de los cuales recibía órdenes para el cumplimiento del trabajo asignado.

Concluye sus respuestas aludiendo que el objeto de las órdenes de prestación de servicios, a veces se cumplían pero en otras ocasiones se pasaba al trabajador a otras dependencias según necesidades y que en el caso del actor este desempeñaba varias funciones, no siempre la de mensajero.

10. Por su parte, en la misma audiencia el ciudadano OSVALDO RODRIGO SOLANO MONTOYA (tío del actor) sobre los hechos que se le interrogan ESBOZÓ que él trabajó por OPS con el Departamento de Casanare por espacio superior a doce (12) años y que le consta que FONSECA SOLANO laboró con la administración desde que fue mandatario Jorge Prieto.

Que las OPS.s siempre han sido interrumpidas, se trabaja sin sueldo por varios meses, pero cumpliendo horario; que en el caso del actor este trabajó cumpliendo horario y a veces trabajaba hasta altas horas, las órdenes siempre las daba el jefe de turno y cuando estaba en el Despacho siempre daba las órdenes la Secretaria o el Gobernador y él hacía las veces de mensajero. Era obligación que cuando se terminaba el contrato, debía seguir prestando el servicio, por tanto debía regalar el trabajo.

En otro aparte manifiesta que cuando había convenio con la Diócesis las funciones las hacía desde la Secretaría de Educación, que el actor cumplía horario desde las 7 de la mañana hasta las 7 de la noche y a veces hasta las 8 ó 10 de la noche y en las otras dependencias trabajaban hasta las 6 de la tarde.

Finalmente alude que compartió labores con el actor y este laboró a órdenes de la secretaria del Despacho, de la secretaria general, de agricultura, de educación, del archivo, en la cuales cumplía horario de trabajo y recibía órdenes verbales.

11. También se recibió testimonio del señor JAIRO ANTONIO AGUDELO CHAPARRO quien fuera citado a audiencia atendiendo solicitud de la parte demandada (el testimonio es calificado de sospechoso por el apoderado de la parte actora conforme al artículo 217 del C. de P.C., debido a su vinculación con el Departamento de Casanare), confirma su condición de ex funcionario del Departamento de Casanare durante varias etapas en diferentes cargos públicos; expone a la audiencia las formas de contratación en la Gobernación de Casanare.

Dice haber conocido a FONSECA SOLANO cuando este laboraba como mensajero o auxiliar administrativo, y trabajaba para el Despacho; dice no constarle los horarios de trabajo del citado, por cuanto su trabajo como funcionario era la coordinación de las distintas tareas que debían realizar los que eran contratados y para que se cumpliera así el objeto contractual.

Problema Jurídico:

Se trata de establecer si entre el señor JUAN CARLOS FONSECA SOLANO y el DEPARTAMENTO DE CASANARE existió una relación laboral que dé lugar al reconocimiento de prestaciones sociales, en consecuencia si el actor en mención tiene derecho al reconocimiento del **“contrato realidad”** por la relación de trabajo con el demandado, mediante contratos u órdenes de prestación de servicios.

LEGALIDAD, JURISPRUDENCIA Y DECISIÓN AL CASO ANALIZADO

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

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

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

Conforme a lo estatuido en las normas que regentan las formas de relaciones de trabajo, existen tres (3) tipos de vinculaciones con entidades del estado: a) De los empleados o servidores públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal). Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.

Por su parte, la Ley 80 en su artículo 32, dispone:

“3. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados (...).”

El punto central de discusión estriba en determinar si el demandante tiene derecho a que se le reconozcan prestaciones sociales por el periodo comprendido entre el 13 del mes de mayo de 1998 y 27 de agosto de 2008 tiempo durante el cual dice haber prestado sus servicios a la Gobernación de Casanare (con interrupciones cortas y en las cuales debía seguir prestando el servicio mientras le legalizaban un nuevo contrato de esta especie), previa nulidad del oficio donde se le manifiesta no tener derecho a lo que reclama.

En otras palabras, si es o no aplicable el principio de la “**primacía de la realidad sobre las formas**” señalado en el artículo 53 de la Carta Política, de acuerdo a la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y del H. Consejo de Estado acuñada en los últimos años, que ha venido sufriendo variaciones, pero que en últimas conserva su esencia.

Antes de entrar de lleno en el asunto que se analiza, este Despacho debe precisar que ha proferido sentencias en asuntos de similares pretensiones, con identidad de derechos reclamados, que al final se han definido de acuerdo a la prueba respecto a los elementos que configuran una relación de trabajo y en especial el de la **subordinación**, pues conforme lo ha señalado por la jurisprudencia y pronunciamientos al respecto del superior funcional, cada situación concreta requiere la valoración probatoria de rigor, esto es, que no existe un estándar abstracto absoluto que permita a priori tener por demostrado que exista o que no exista vínculo laboral en virtud de la denominación de un cargo, actividad o función, o por la simple acreditación de haberse prestado personalmente un servicio remunerado con relativa continuidad.

Cargos:

Los cargos que le endilga la parte actora a los actos administrativos que acusa son: **Falsa motivación**, refiriendo que la Gobernación de Casanare pretende mantener el disfraz con el que desconoce el cumplimiento de los tres requisitos del contrato de trabajo, bajo el argumento que se trataba de aquellos contratos contemplados en el numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993. Que la administración se aparta de manera ostensible y arbitraria de la situación fáctica presentada, esto es la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación.

Dice además que existe **Desviación de las atribuciones propias de quien las profirió**, aduciendo que la Gobernación de Casanare infringió normas de carácter constitucional con la repetida celebración de falsos contratos de prestación de servicios, sino que también omite su deber de haber declarado la existencia del contrato de trabajo y el consecuente pago de las prestaciones sociales.

Análisis a cargos:

Este Despacho al respecto debe examinar que desde la perspectiva de los cargos endilgados se analice lo demandado, es decir, el reconocimiento y pago de prestaciones sociales al demandante y demás derechos que considera conculcados, confrontando así con la tesis del ente demandado que asevera que el vínculo con el señor JUAN CARLOS FONSECA SOLANO ha sido a través de órdenes de prestación de servicios y que la legalidad de los contratos de prestación de servicios no es contraria al ordenamiento jurídico al estar autorizada por el artículo 32 de la ley 80 de 1993, utilizando dicha figura al no contar con suficiente personal de planta.

Ha estimado la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa que cuando el objeto del contrato versa sobre el desempeño de funciones correspondientes al giro ordinario de la administración, esto es, funciones de carácter permanente y en el proceso se demuestra que hubo **subordinación o dependencia** respecto del empleador, surge el derecho al pago de prestaciones sociales.

Sobre el tema de la prestación de servicios, la Corte Constitucional¹ analizó la diferencia entre dicho contrato y el de carácter laboral así:

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

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

De acuerdo con lo anterior, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la real **subordinación o dependencia** respecto del empleador, y en ese evento surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo (artículo 53 Constitución Política).

El tema de la prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales, con el resultado de la definición de la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, que es la existencia de tres elementos: **la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo.**

Entonces, quien celebra un *contrato de prestación de servicios* tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien celebra un *contrato de trabajo* tiene el derecho al pago de estas. Pero si el interesado logra desvirtuar la existencia de un contrato de prestación de servicios al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

¹ Sentencia C-174 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

La Sección Segunda del Consejo de Estado ha reiterado, en fallos como los del 23 de junio de 2006 (expedientes 0245 y 2161, 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:

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

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

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

Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad, numeral 4....”²

Como precedente aplicable en caso de similares características, el máximo ente de lo contencioso administrativo del país, al desatar recurso de apelación, en sentencia de segunda instancia del 16 de octubre de 2008, la Sección Segunda, Subsección “A” ponencia del Dr. Alfonso Vargas Rincón, expediente No. 850012331-000-2001-00561-01(8687-05), Actor: Claudia Patricia Cárdenas Pinto y demandado: ESE Hospital de Yopal, precisó:

“Como se puede observar, la demandante se encontraba sometida al cumplimiento de un horario de trabajo establecido por el demandado, desde el momento en que firmaba las órdenes de prestación de

² Expediente 0245/2003. Actor. Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

servicios y además se encontraba supervisada y vigilada permanentemente, características que nos son propias de un contrato de prestación de servicios.

A folios 77 y 85 del cuaderno principal del expediente obra el Manual Descriptivo de Funciones y Requisitos Mínimos a Nivel de cargo de la E.S.E. Hospital de Yopal, en el que aparecen las funciones del cargo de Auxiliar de enfermería y se precisa además que su jefe inmediato es la Enfermera Jefe, es decir, que al interior de la entidad existe el referido cargo, y el mismo se encuentra bajo la dependencia de otro empleado.

Lo anterior permite demostrar, que los servicios de Auxiliar de Enfermería que prestaba la demandante en la E.S.E. Hospital de Yopal, eran permanentes y subordinados, pues debía estar presente para cumplir con el servicio que brinda esa institución, otra razón, para concluir que la señora CÁRDENAS PINTO estaba sometida al cumplimiento de un horario.

El material probatorio antes reseñado permite a la Sala afirmar que en el caso presente se desvirtúan las características del contrato de prestación de servicios, pues la demandante cumplía una función que podía ser desempeñada por personal de planta, las funciones o responsabilidades que se le habían asignado no eran temporales, pues basta con observar que permaneció prestando sus servicios desde el 2 de enero de 1997 hasta el 30 de junio de 2001, en la E.S.E. Hospital de Yopal, institución que presta el servicio de salud en forma permanente...

Dicho lo anterior en otros términos: Los servicios que la demandante prestó de manera personal, dependiente o subordinada, cumpliendo un horario de trabajo, desde el 2 de enero de 1997 hasta el 30 de junio de 2001, según la certificación expedida por el Jefe de Grupo de Tesorería de la E.S.E. Hospital de Yopal, institución que presta un servicio permanente, desvirtúan la existencia del contrato de prestación de servicios que en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas entre los sujetos de la relación laboral (art. 53 C.N.), amerita la especial protección del Estado que garantiza el artículo 25 de la Carta Política ”

Descendiendo nuevamente al caso analizado, de las pruebas arrimadas al expediente, se establece que la contratación del señor JUAN CARLOS FONSECA SOLANO con el DEPARTAMENTO DE CASANARE se dio en dos (2) etapas, así:

La primera durante el término transcurrido entre el 13 de mayo de 1998 al 29 de mayo de 2006, en el cual se suscribieron sendas órdenes de prestación de servicios, cuyos términos de duración oscilaron entre uno y diez meses cada una, laborando en diferentes dependencias de la Gobernación de Casanare y con diferentes objetos, en los interregnos de tiempo entre una y otra de todas formas debía laborar a la espera de firmar una nueva OPS que le garantizara sostenerse a trabajar en la administración.

Posteriormente, es contratado el señor JUAN CARLOS FONSECA SOLANO por la DIOCESIS DE YOPAL durante el lapso transcurrido entre el 26 de julio de 2006 al 25 de diciembre de 2006, que si bien se tiene conocimiento extraprocesal que tal entidad privada realizaba convenios con el Departamento de Casanare y realizaba la llamada educación contratada finalmente con dineros públicos que le transfería el Departamento, no hay evidencia alguna en el expediente que para realizar estos contratos se hubiere realizado uno de aquellos convenios y que de allí partiera la contratación al señor FONSECA SOLANO, es decir, no se arrimó demostración de tales convenios y no se puede entrar a conjeturar bajo supuestos en esta etapa del proceso. En consecuencia, este tiempo de labores del mencionado no será tenido en cuenta en ningún aspecto para lo referente a este proceso por cuanto dicho empleador es totalmente ajeno a la parte demandada DEPARTAMENTO DE CASANARE.

Entonces, la segunda etapa de contratación del señor JUAN CARLOS FONSECA SOLANO con el DEPARTAMENTO DE CASANARE se cuenta a partir del 16 de enero de 2007 al suscribir la OPS No. 07-04-00006 y va hasta el 29 de abril de 2008 cuando termina la duración de la OPS No. 07-09-03685 que había sido suscrita el 30 de noviembre de 2007 por un plazo de 5 meses.

Así las cosas, se tiene demostrado entonces que el señor JUAN CARLOS FONSECA SOLANO laboró con el DEPARTAMENTO DE CASANARE en forma continua desde el 13 de mayo de 1998 hasta el 29 de abril de 2006 y del 16 de enero de 2007 hasta el 29 de abril de 2008 a través de la figura de orden de prestación de servicios, destacándose de la relación en mención que dentro de dichos lapsos, para los efectos laborales de rigor desde ya se puede predicar por parte de este operador judicial que no hubo solución de continuidad en la prestación de servicios en cada uno de los bloques laborales enunciados, por cuanto entre la firma de las diferentes OPSs no se dejó de laborar por parte del hoy demandante lapso superior que atente contra esta figura. Igualmente, la prueba testimonial arrimada es conteste a dicho elemento y a la **subordinación**.

La Gobernación de Casanare y en general la administración cuenta con la herramienta y posibilidad legal de celebrar *contratos de prestación de servicios* a términos del artículo 32 de la ley 80 de 1993 como una necesidad de la administración para cumplimiento de los cometidos estatales, - máxime cuando el ejecutivo a través de vías legales obliga a continuas reestructuraciones que en la mayoría de casos recortan las plantas de personal y conducen a que se utilice

la figura de la OPS como una forma de llenar ciertos vacíos - sin que dichos contratos generen prestaciones sociales.

Sin embargo, tal figura ha sido distorsionada y se ha convertido en el origen y/o causa de abuso y práctica perversa que - de pronto sin razonarlo jurídicamente por parte del contratante - ha conducido a la violación de principios constitucionales de quienes son contratados bajo esta modalidad pero cuyas labores se convierten en permanentes y necesarias en especial de personas que son contratadas para los últimos niveles (servicios generales, mensajeros, oficios de vigilancia o celadores u oficios varios). Dicha práctica es cuestionable y repugnante desde todo punto de vista, por cuanto equipara en su esencia a las tareas y funciones a las de un servidor público, pero le cercena el derecho a percibir las prestaciones que por ley debería percibir. Y es que estos cargos de niveles bajos es donde más se plasma la subordinación, donde el trabajador debe recibir constantes órdenes verbales del mandatario de turno, de sus secretarías y hasta de otros funcionarios de planta que bajo advertencias de no renovarles la próxima OPS les impele cumplimiento de horarios, subordinación constante y hasta venias para conservar la ocupación; lo que no podría predicarse de otra clase de contratistas en especial de condiciones profesionales que bajo la misma modalidad de OPS pero que a diferencia poseen disponibilidad de tiempo sin horarios fijos, tampoco subordinación por cuanto a ese nivel se maneja es una coordinación de labores, lo que no puede predicarse en casos como el que aquí se analiza.

En el caso examinado de acuerdo a las probanzas allegadas, a pesar que las funciones que desempeñaba JUAN CARLOS FONSECA SOLANO en la Gobernación de Casanare desde mayo de 1998 se convirtieron en necesarias y permanentes, así la administración departamental procedió para esa época y se “acostumbró” a contratar para realizar dichas labores por medio de órdenes de prestación de servicios como acaeció con el hoy demandante.

Todas las probanzas apuntan a la estructuración del llamado “**contrato realidad**”, nótese como a folio 115 obra el memorando interno No. 005 del 28 de marzo de 2001, dirigido a JUAN CARLOS FONSECA en la cual una funcionaria del demandado Departamento de Casanare, le recuerda las funciones y como debe desarrollar su labor, señalándole cual es el horario de trabajo, la disponibilidad de tiempo completo aún por fuera del horario; lo que indica a las claras el cumplimiento de órdenes y consecuentemente la subordinación.

Esta lamentable situación no solo desconoce precisas normas atinentes a la función pública, sino que permite la evasión del pago de las prestaciones sociales por parte del Estado - empleador, de contera una desigualdad social entre iguales y consecuentemente desmotivación por falta de incentivo con claro desmedro de los derechos del servidor público, que era la connotación que debió tener el demandante dado el cargo que ocupaba, por la naturaleza jurídica de las funciones desempeñadas al igual que la calidad de la entidad demandada.

En el proceso sub examine es notoriamente aplicable el denominado principio de *“la primacía de la realidad sobre las formas”* pues es indudable que el demandante se encontraba en las mismas condiciones de los empleados públicos de la planta de personal de la entidad demandada, ya que desempeñaba un cargo de bajo perfil, con funciones permanentes, cumpliendo horarios impuestos por sus jefes inmediatos, en condiciones demostradas de subordinación y dependencia, como atrás se vio, pues debía estar presto al cumplimiento de órdenes no solo de sus jefes inmediatos sino intermedios.

El Tribunal Administrativo de Casanare³, en sentencia de segunda instancia del **10 de junio de 2010**, con Ponencia del Magistrado Héctor Alonso Ángel Ángel, confirmó la de primera instancia que había proferido este Despacho, en esencia se trató el tema aludido en esta providencia, señalando:

“Del material probatorio mencionado colige claramente la Sala varias cuestiones, fundamentales para la decisión que ha de tomarse:

Una primera es que la demandante ha venido laborando, con algunas interrupciones, como auxiliar de servicios generales (aseadora) con el Departamento de Casanare, mediante vinculación, unas veces como supernumeraria y, otras, por órdenes de prestación de servicios, y en todos los casos con reconocimiento de prestaciones sociales y vínculo laboral, lo cual llevaría a la conclusión de que no asiste razón al departamento en negarse a reconocer lo pedido en los derechos de petición, pues estaría, sin causa justificada, violando la confianza legítima y lo acordado consensualmente en los diferentes actos en que plasmó la voluntad de la entidad.

³ Expediente No. 85001-23-31-001-2005-00572-01, Demandante: Flor Ángela Bareño Ruiz, Demandado: Departamento de Casanare, registro interno: 2008-00024

Otra es que a través de la secuencia de resoluciones y órdenes de prestación de servicios, de vieja data, se corrobora que el cargo desempeñado por la actora es de aquellos que deberían estar incluidos en la planta de personal, pues la continuidad demuestra la necesidad de empleado cumpliendo ese servicio de manera permanente. No se trata de empleos que por la necesidad de conocimientos especializados o por cualquier otra circunstancia deba ser cubierto a través de mecanismos diferentes o por fuera de la planta de personal. Cuando un empleo se requiera de manera permanente su provisión debe ser, necesariamente, incluido en la estructura de la entidad o institución de que se trate; cualquier práctica administrativa que desconozca esta realidad no busca el cumplimiento de la ley sino la burla de los derechos de los trabajadores, de los más débiles, aquellos que en la Constitución de 1991 precisamente fueron objeto de las mayores garantías y en cuyo beneficio se estableció un Estado Social de Derecho,

“ (...)forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándole asistencia y protección. Exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad”⁴.

Y es que un trato otorgado de esta manera a una persona que por sus características personales, y que por el desempeño de funciones de la naturaleza de las asignadas a la actora se puede vislumbrar que clasifica dentro los grupos a que se refiere el Tribunal Constitucional, afecta la dignidad personal, es discriminatorio y deshonra el principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta Política:

“(...) Con arreglo al principio de igualdad, desaparecen los motivos de discriminación o preferencia entre las personas. Basta la condición de ser humano para merecer del Estado y de sus autoridades el pleno reconocimiento de la dignidad personal y la misma atención e igual protección que la otorgada a los demás. El legislador está obligado a instituir normas objetivas de aplicación común a los destinatarios de las leyes, sin concebir criterios de distinción que representen concesiones inmerecidas a favor de algunos o trato peyorativo respecto de otros. Las diferencias que se introduzcan deben estar inspiradas bien en la realización del propósito constitucional de la igualdad real o en el desarrollo de los postulados de la justicia distributiva”⁵.

El adjetivo “social” agregado al Estado de Derecho, como lo dijera un Magistrado de la primera gran Corte Constitucional, no es una muletilla retórica; ni un aderezo para salpimentar construcciones jurídico-políticas para satisfacciones meramente coyunturales. No. Es un cambio radical en el transcurso de una sociedad fundamentada en el apego a las formalidades y a la supremacía de la ley sobre la misma Constitución, petrificada por más de cien años en donde los derechos de las personas eran apenas meras

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-426 de junio 24 de 1992

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-588 de noviembre 12 de 1992

expectativas sin mecanismos eficientes de defensa y aplicación, con jueces como simples ejecutores de normas muchas veces injustas y contrarias en oportunidades a la misma Carta Política. Es un paso a una sociedad donde se valoran las personas en su dignidad y derechos, en una Constitución basada no en acuerdos entre las cúpulas de los altos poderes para el mantenimiento de privilegios, sino en una que tiene como su gran soporte el respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales y a los jueces como los primeros llamados a protegerlos.

(...) Afirma Carnelutti: 'No os dejéis seducir por el mito del legislador. Más bien pensad en el juez que es verdaderamente la figura central del derecho. Un ordenamiento jurídico se puede conseguir sin reglas legislativas, pero no sin jueces'. Del hecho de que en la escuela europea occidental la figura del legislador haya sobrepujado, en otro tiempo, a la figura del juez, Carnelutti creyó que era uno de los más graves errores.

"Continúa el autor: 'Es bastante más preferible para un pueblo el tener malas reglas legislativas con buenos jueces que no malos jueces con buenas reglas legislativas. No llegaré al extremo de aconsejaros que recurráis al derecho legislado. Pero tengo la conciencia tranquila de aconsejaros, que no abuséis, como nosotros hoy lo estamos haciendo. Y sobre todo, mirad mucho de la dignidad, del prestigio, de la libertad del juez y de no atarle demasiado corto las manos.

(...)

El artículo 53 de la Carta Política consagra como uno de los principios mínimos fundamentales que debe contener el estatuto del trabajo, la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, una de cuyas manifestaciones es lo que se ha llamado el contrato realidad. Ello quiere decir que si en una determinada relación jurídica se presentan los elementos constitutivos del contrato de trabajo, vale decir, la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que lo habilita para darle órdenes o imponerle reglamentos, y un salario o pago como retribución del servicio prestado, se está ante la presencia de un contrato de trabajo, el cual no deja de serlo por el nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

La Ley 80 de 1993 en su artículo 32-3 consagra una variedad de contrato estatal, el llamado contrato de prestación de servicios, definido como el que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Señala que solamente pueden celebrarse con personas naturales en los eventos en que no puedan estas actividades realizarse con personal de planta o cuando las mismas requieran de conocimientos especializados. Jamás pueden celebrarse para el desempeño de funciones públicas que impliquen permanencia, pues ello está prohibido de manera expresa en el artículo 7º del Decreto reglamentario 1950 de 1973: "Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente decreto". Estos contratos (los de prestación de servicios) en ningún caso generan relación laboral ni

prestaciones sociales y deben celebrarse por el término estrictamente indispensable.

La posibilidad legal de celebrar contratos de prestación de servicios es incuestionable, pues es una de las formas para cubrir las necesidades de la administración a fin de cumplir los cometidos estatales en interés general. Y esos contratos, cuando se celebran en debida forma, de ninguna manera determinan una relación laboral o contrato de trabajo, ni traen como consecuencia el reconocimiento de prestaciones sociales, ni puede equipararse a los contratistas con los empleados públicos o los trabajadores oficiales, pues es el Estado a través de sus poderes públicos quien define cuáles son las condiciones que los dos últimos grupos de servidores deben reunir y los procedimientos para su vinculación con la administración. Ni más faltaba que un contratista fuera declarado empleado público sin haber sido nombrado y posesionado, incluido su cargo en la planta de personal y fijados sus salarios y prestaciones en el correspondiente presupuesto.

Cosa diferente y cuestionable es la práctica aberrante y diabólica de la violación de los principios constitucionales establecidos a favor de los trabajadores cuando desde las instancias de poder se dismantelan las plantas de personal de las entidades estatales de todo orden, por lo general de quienes ocupan los últimos niveles administrativos, los más vulnerables, para llenar los puestos con personal vinculado mediante órdenes de trabajo o contratos de prestación de servicios, prácticamente en las mismas condiciones de trabajo de los vinculados legal y reglamentariamente en cuanto a los elementos de que se hablaba anteriormente, pero desprovistos de toda clase de prestaciones sociales, seguridad social y demás garantías. Y más aún cuando disfrazando una relación laboral de trabajo con el ropaje de contratos de prestación de servicios, se pretende cumplir funciones permanentes de la administración que deben ser cubiertas por empleados públicos adscritos a la planta de personal de la entidad.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha venido en los últimos siete años (Sentencia de 18 de noviembre de 2003, radicado No. IJ-0039, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda) oscilando entre prácticamente desconocer la primacía de la realidad sobre las formalidades en asuntos laborales, aplicar la prescripción trienal, negar el tiempo laborado para efectos de pensión, la seguridad social en salud, subsidio familiar, etc. hasta (Sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda de 21 de mayo de 2009, radicado: 2000-01793-01, M.P. Berta Lucía Ramírez de Páez) el reconocimiento de prestaciones sociales, tiempo laborado útil para asignación de la pensión de jubilación, seguridad social en salud, Caja de Compensación, subsidio familiar, declaración de prescripción solamente a partir de la ejecutoria de la sentencia que reconoce el contrato realidad, etc., es decir, todo aquello que en estas materias corresponde a un empleado público que desempeñe las mismas funciones dentro de la planta de personal.

(...)

Esta Sala confirmará la sentencia apelada en consideración a que efectivamente la actora demostró que las funciones que cumplía obedecían a una relación o vínculo laboral, edificado sobre los elementos que la constituyen, como son la dependencia, la subordinación, la prestación personal del servicio y el pago de una remuneración por el mismo, y que el recurrente no desvirtuó dichos elementos esenciales si se tiene en cuenta que no demostró

tampoco que la actora en el desempeño de su cargo tuviera la autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico del que son titulares los contratistas para cumplir con sus obligaciones contractuales, y menos que para ello gozara de discrecionalidad en punto del cumplimiento del objeto contractual. La sentencia apelada ha recogido adecuadamente la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado, porque es indudable que es la que más se adecúa e interpreta la filosofía que inspira el papel del trabajo humano en la actual sociedad colombiana.

Conclusión en concreto:

Conforme al material probatorio allegado, tomando en cuenta la normatividad y jurisprudencia citada, se establece que JUAN CARLOS FONSECA SOLANO laboró con contrato u orden de prestación de servicios suscrito con el DEPARTAMENTO DE CASANARE, por los siguientes periodos:

1ª Etapa:

O.P.S No.	FECHA	PLAZO	F. INICIA	F. TERMINA	ACTIVIDAD
98-30055	13/05/1998	3 meses	13/05/1998	12/08/1998	Mensajería
02-00188	13/08/1998	2 meses	13/08/1998	12/10/1998	Mensajería
	13/10/1998	4 meses	13/10/1998	12/02/1999	Mensajería
	24/08/1999	3 meses	24/08/1999	24/11/1999	Archivador
	15/12/1999	3 meses	15/12/1999	14/03/2000	Supernumerario
0001105	15/03/2000	8 meses	15/03/2000	14/11/2000	Aux. Adftivo.
0001780	15/11/2000	4 meses	15/11/2000	14/03/2001	Aux. Adftivo.
01-04082	18/05/2001 Res. 0662	2 meses y 3 días	15/03/2001	17/05/2001	Digitación
01-04101	05/06/2001	2 meses	05/06/2001	04/08/2001	Aux. Adftivo.
01-04171	29/08/2001	6 meses	29/08/2001	28/02/2002	Aux. oficina
01-020002	06/03/2002	1 mes	06/03/2002	05/04/2002	Aux. oficina
2002-05-0081	12/07/2002	3 meses y 26 días	12/07/2002	08/10/2002	Sistematizar información
2002-05-0148	18/11/2002	6 meses	18/11/2002	17/05/2003	Servicios técnicos
2003-05-0086	16/06/2003	7 meses	16/06/2003	15/12/2003	Servicios técnicos
Adicional a 05-0086	22/12/2003	3 meses	22/12/2003	21/03/2004	Servicios técnicos
2004-05-0025	10/05/2004	7 meses	10/05/2004	09/12/2004	Servicios Técnicos
2004-05-0279	20/12/2004	8 meses	20/12/2004	19/08/2005	Servicios Técnicos
2005-05-0210	30/09/2005	8 meses	30/09/2005	29/05/2006	Servicios Técnicos

2da. Etapa:

O.P.S No.	FECHA	PLAZO	F. INICIA	F. TERMINA	ACTIVIDAD
07-04-00006	16/01/2007	11 meses	16/01/2007	15/11/2007	Digitación
07-09-03685	30/11/2007	5 meses	30/11/2007	29/04/2008	Asistencia técnica

Con base en las pruebas allegadas y conforme a los precedentes jurisprudenciales aplicables, resulta viable acceder parcialmente a las pretensiones y reconocer en favor de JUAN CARLOS FONSECA SOLANO, el pago de todas las prestaciones sociales similares a las que habría devengado un servidor de planta, que desempeñara las mismas funciones del demandante (mensajero, auxiliar administrativo o igual función), durante la época que laboró para el DEPARTAMENTO DE CASANARE, por espacio del lapso comprendido entre el 13 de mayo de 1998 hasta el 29 de mayo de 2006 y del 16 de enero de 2007 al 29 de abril de 2008.

Sin embargo, y como se observa en la anotación anterior no se le tendrá en cuenta el lapso transcurrido entre el 30 de mayo de 2006 y el 15 de enero de 2007, por cuanto no se demostró relación laboral directamente con la Gobernación durante ese periodo, por lo tanto, dicho lapso no podrá ser objeto de tratamiento idéntico a los tiempos reconocidos.

La liquidación la realizará el Departamento de Casanare de acuerdo al valor que para cada época devengara un servidor de planta que ocupare el cargo de similares funciones (mayo de 1998 a mayo de 2006 y enero de 2007 a abril de 2008), lo que será la base para la liquidación de las prestaciones sociales; lo anterior si se tiene en cuenta la irrenunciabilidad de dichos derechos.

Corolario de todo lo mencionado se declarará la existencia y/o configuración de relación laboral entre JUAN CARLOS FONSECA SOLANO y EL DEPARTAMENTO DE CASANARE durante el tiempo que efectivamente estuvo vinculado mediante OPSs por el término mencionado, conforme se indicó en la motivación. Dicho lapso será contabilizado como servido al Estado para efectos de pensión.

Consecuencia de lo anterior, se declarará la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios 120 No. 808 del 25 de julio de 2011 con radicado de correspondencia No. 09636 del 27 de julio de 2011; oficio sin fecha de emisión del 2 de agosto de 2012 con radicado de correspondencia No. 11559 del 3 de agosto de 2012 y oficio aclaratorio No. 100-0353 del 14 de agosto de 2012 con radicado de correspondencia No. 12292 del 14 de agosto de 2012 (fls 6, 18 y 24 c.1), suscritos por funcionarios de la Gobernación de Casanare, por medio de los cuales se contesta negativamente la solicitud de pago de prestaciones sociales al señor JUAN CARLOS FONSECA SOLANO.

El DEPARTAMENTO DE CASANARE deberá pagar al actor las prestaciones sociales legales y demás emolumentos que no se le reconocieron y que le habrían correspondido a un servidor de planta con funciones similares, pero con base en la remuneración de aquel, descontando lo efectivamente pagado al demandante en razón de las órdenes de prestación de servicios, proporcionales a los periodos efectivamente laborados durante el 13 de mayo de 1998 al 29 de mayo de 2006 y 16 de enero de 2007 al 29 de abril de 2008. Entre ellos deberá incluir y girar a la respectiva administradora de pensiones, la cuota parte que le habría correspondido como empleador para que se contabilice ese tiempo para los pertinentes efectos en dicha pensión.

Igualmente, la entidad demandada deberá reembolsar a JUAN CARLOS FONSECA SOLANO, los pagos que por concepto de seguridad social debió realizar el mencionado, y en el monto que le debía corresponder a la demandada, en lo que haya cotizado durante el periodo comprendido entre el 13 de mayo de 1998 hasta el 29 de mayo de 2006 y del 16 de enero de 2007 al 29 de abril de 2008.

Las sumas que resulten de la liquidación devengarán intereses moratorios desde cuando quede ejecutoriada la sentencia definitiva.

PRESCRIPCIÓN:

No habrá lugar a prescripción alguna de los derechos reclamados, pues la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶, ha señalado unos derroteros en el

⁶ CE-2ª, sentencia del 19 de febrero de 2009, B. L. Ramírez, radicado 3074-05.

⁶ CE, 2ª, sentencia del 21 de mayo de 2009, B.L. Ramírez, radicado 2094-07. Igualmente, en fallo del 1º de julio de 2009, G. Arenas, radicado 1106-08.

sentido que solo con la sentencia que declara que se trató de una relación laboral, se constituye el crédito exigible y empieza a correr el término legal para hacerlo valer, sobre este tópico dicha Corporación precisó:

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

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

En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

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

Costas:

Respecto a su procedencia conforme a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, en aplicación del arbitrio judicial, atendiendo precedentes recientes del superior funcional⁷ y considerando que la parte demandada no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida dentro de este proceso y que presentó y sustentó su tesis jurídica de manera seria, no es legalmente dable la condena en costas.

⁷ Tesis recientes del Tribunal Administrativo de Casanare M.P. Néstor Trujillo González. Sentencia del 28 de febrero de 2013 en el expediente No. 850012333002-2012-00201-00. Actor Juan Harvy Durán Zapata Vs. DIAN. Y Auto del 21 de marzo de 2013 Demandante Felipa Inelia Avendaño Mendiveslo Vs. Nación-Fiscalía Das en supresión en expediente No. 850013333001-2012-00030-01.

Conforme a lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo de Yopal Casanare, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la existencia y/o configuración de relación laboral entre JUAN CARLOS FONSECA SOLANO y EL DEPARTAMENTO DE CASANARE durante el tiempo que efectivamente estuvo vinculado mediante OPSs desde el 13 de mayo de 1998 al 29 de mayo de 2006 y desde el 16 de enero de 2007 al 29 de abril de 2008, conforme se indicó en la motivación. Dicho lapso será contabilizado como servido al Estado para efectos de pensión.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios 120 No. 808 del 25 de julio de 2011 con radicado de correspondencia No. 09636 del 27 de julio de 2011; oficio sin fecha de emisión del 2 de agosto de 2012 con radicado de correspondencia No. 11559 del 3 de agosto de 2012 y oficio aclaratorio No. 100-0353 del 14 de agosto de 2012 con radicado de correspondencia No. 12292 del 14 de agosto de 2012 (fls 6, 18 y 24 c.1), suscritos por funcionarios de la Gobernación de Casanare, por medio de los cuales se contesta negativamente la solicitud de pago de prestaciones sociales al señor JUAN CARLOS FONSECA SOLANO.

TERCERO: CONDENAR al DEPARTAMENTO DE CASANARE a reconocer y pagar al actor JUAN CARLOS FONSECA SOLANO, identificado con cédula de ciudadanía No. 91.181.221 expedida en Girón – Santander, todas las prestaciones sociales que le correspondan - que no le hayan sido canceladas por la entidad - sin excepción a empleado público de planta de dicha entidad con similares funciones a las ocupadas (mensajero, auxiliar de servicios administrativos etc.), desde el día 13 de mayo de 1998 al 29 de mayo de 2006 y desde el 16 de enero de 2007 al 29 de abril de 2008, de acuerdo con la ley y las precisiones realizadas en esta sentencia. Deberá incluirse el aporte a seguridad social de pensiones conforme se señaló en la parte motiva de esta providencia.

Además, la entidad demandada deberá reembolsar al demandante los pagos que por concepto de seguridad social debió realizar éste, en lo que haya cotizado durante el periodo arriba referido.

CUARTO: Las sumas liquidadas devengarán intereses moratorios desde cuando quede ejecutoriada la sentencia definitiva.

QUINTO:- Denegar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Disponer que se dé cumplimiento a la sentencia dentro del término y reglas señalados en los artículos 189 y 192 del CPACA.

SÉPTIMO: Sin costas en esta Instancia, por lo atrás motivado.

OCTAVO: Ordenar la devolución de los valores del excedente de lo consignado para gastos procesales, si lo hubiere.

NOVENO: Ejecutoriada esta sentencia y para su cumplimiento expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando a lo largo del proceso. Líbrense las demás comunicaciones de ley.

DÉCIMO.- Désele a conocer a las partes y sus apoderados, lo mismo que al señor Agente del Ministerio Público la presente decisión, siguiendo las reglas establecidas en el artículo 203 del CPACA.

UNDÉCIMO.- Cumplido lo anterior, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NELSON MANUEL BRICEÑO CHIRIV
Juez

