



Función Pública

Sentencia 01403 de 2006 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES - Permite analizar si bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios se pretende ocultar una relación estatutaria o legal

Inicialmente podría afirmarse que la Sala Laboral de esta Corporación no es competente para conocer del presente asunto, por no tratarse de una controversia del orden laboral administrativo. Sin embargo, el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, permite analizar si bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios se pretende ocultar una relación estatutaria o legal, para determinar luego la posibilidad que el vínculo que ata a la demandante con la administración es de índole laboral, ya sea que la actividad es personal, que se cumple con un horario de trabajo, además que la subordinación sea de carácter permanente.

VINCULACION CON EL ESTADO - Clases

Para el entendimiento de la situación del personal vinculado con entidades públicas cabe anotar que resaltan la vinculación legal y reglamentaria (de empleados públicos), laboral contractual (de trabajadores oficiales con esa clase de contratos) y por contratos de prestación de servicios (contratistas), cada una con su propio régimen jurídico. El régimen jurídico colombiano ha contemplado tres clases de vinculaciones con entidades públicas, las cuales no se pueden confundir, porque ellas tienen sus propios elementos tipificadores. Son: a) De los empleados 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).

EMPLEO PUBLICO - Varias disposiciones contemplan su definición / **EMPLEO PUBLICO ADMINISTRATIVO** - Tiene la característica de desarrollar una función administrativa

-

Varias disposiciones han regulado los empleos públicos, que pueden desempeñar, entre otros, los empleados públicos. Entre ellas se destacan la Ley 4ª de 1913, el D. L. 2400 /68, etc. El Dcto. Ley No. 1042 de 1978 expedido por el Presidente de la Republica, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 5ª de 1978, estableció el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministros, departamentos administrativos, superintendencias, del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones. En cuanto a la "definición de empleo público" se anota que están proliferando en diversas disposiciones, lo cual puede llegar a crear confusión; es preferible que en una sola disposición legal se determine con toda claridad y a ella nos atengamos. Ahora, se pueden encontrar empleos públicos en el ámbito legislativo (del Congreso), de la Rama Administrativa, de la Rama Jurisdiccional y de todos los organismos públicos creados. En cuanto a los empleos públicos administrativos ellos tienen la característica de desarrollar una función administrativa, la cual tiene relación con esa función desarrollada por el Estado.

EMPLEO PUBLICO - Elementos / **CONTRATO DE TRABAJO** - De la demostración de sus elementos no es posible inferir la existencia del empleo publico / **EMPLEO PUBLICO** - No es posible inferir su existencia de la demostración de los elementos del contrato de trabajo / **EMPLEADO PUBLICO** - Relación legal y reglamentaria. Su ingreso al servicio se realiza en la forma establecida en el ordenamiento jurídico / **FUNCIONARIO DE HECHO** - Para esta figura es indispensable la existencia del empleo

Respecto de los "elementos propios de los empleos estatales", para que se admita que una persona pueda desempeñar un empleo público y pueda obtener los derechos que de ellos se derivan por su ejercicio, es necesario en principio que se den "los elementos" propios y atinentes a la existencia de los empleos estatales, determinados en la misma Constitución Política actual, como son: 1.) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad (art. 122 C. P.). Si el empleo no está previsto en la respectiva planta de personal, es imposible aceptar que se puede desempeñar lo que no existe. 2.) La determinación de las "funciones" propias del cargo ya previsto en la planta de personal (Art. 122

de la C. P.). Para la determinación de dichas funciones se tienen en cuenta las de la Entidad, de la dependencia donde se labora y de la labor que cumple. La “obligación” del empleado es la de cumplir los mandatos del ordenamiento jurídico que le competen; la desobediencia tiene relación con dichos mandatos. Ahora, cuando el empleo específico (que el interesado pretende desempeñar) no está previsto en la respectiva planta de personal, el hecho que existan otros cargos parecidos que ya están siendo desempeñados por otras personas y que el personal vinculado por contrato de prestación de servicios realice labores similares a las que desempeñan esos empleados públicos, no conduce a que se pueda aceptar que el empleo público existe de acuerdo al régimen jurídico con las funciones que atiende el contratista, para luego admitir que esa relación contractual encubre una relación legal y reglamentaria. 3.) La previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de los gastos que demande el empleo, tienen que ver con el salario, prestaciones sociales, etc. (Art. 122 de la C. P.) Entonces, es necesario distinguir entre los recursos para cubrir las obligaciones laborales de los servidores públicos y otra clase de recursos previstos en los presupuestos estatales. Por lo tanto, la existencia de otros recursos económicos con los cuales se puedan pagar obligaciones de otra naturaleza (v. gr. las derivadas de contratos estatales) no implica el cumplimiento de la exigencia señalada. Por lo tanto, la presunta demostración de los elementos del contrato de trabajo laboral (subordinación, etc.) podrían llegar –en un momento dado– a demostrar esa clase de relación, discutible ante la jurisdicción laboral ordinaria; pero de ello no es posible inferir la existencia del empleo público y la vinculación como empleado público y de las relaciones controlables por la jurisdicción contencioso administrativa. El empleado público aunque tiene superiores que ejercen control sobre él, en estricto sentido se encuentra sometido al imperio de la ley, es decir, deben cumplir los mandatos legales y no la voluntad del superior por fuera del ordenamiento jurídico. Además, para que una persona natural desempeñe un empleo público, en calidad de empleado público (relación legal y reglamentaria), es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Ahora, muy excepcionalmente se da el caso de los funcionarios de hecho, donde estos requisitos para el ingreso al empleo no se cumplen satisfactoriamente y cuyas repercusiones en diferentes campos del derecho han sido analizadas; para esta figura es indispensable la existencia del empleo, lo cual implica que esté previsto en la respectiva planta de personal.

TRABAJADOR OFICIAL – Está vinculado al Estado por una relación laboral pública contractual / CONTRATO DE TRABAJO – De las controversias derivadas de éste conoce la Jurisdicción Laboral Ordinaria / TRABAJADOR OFICIAL - Las labores relacionadas con su empleo se determinan en el contrato y demás normas compatibles / TRABAJADOR OFICIAL - Salvo situación especial no cumple funciones esencialmente ligadas con el Estado ni con la Administración

También pueden desempeñar empleos públicos los denominados “TRABAJADORES OFICIALES”, los cuales están vinculados por una RELACIÓN CONTRACTUAL LABORAL PÚBLICA. Ellos cuentan con su propia legislación y sus derechos están consagrados en las normas públicas, además de otras que se autorizan para ellos (v. gr. Convenciones colectivas y laudos arbitrales). Ahora, las controversias derivadas del contrato de trabajo son del resorte de la JURISDICCIÓN LABORAL ORDINARIA. Por el Decreto 2127 de agosto 28 de 1945, (D.O. No 25.933) el Presidente de la República, reglamentó la Ley 6a. de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo. Ahora bien, los trabajadores oficiales no están sujetos a una relación legal y reglamentaria. Las labores relacionadas con su empleo se determinan en el contrato y demás normas compatibles (relación de contrato de trabajo) y, así, en verdad, el trabajador oficial –salvo situación especial– no cumple funciones esencialmente ligadas con el Estado ni con la Administración; por eso, quienes tienen que ver con estas funciones estatales en las Empresas Industriales y Comerciales tienen el carácter de empleados públicos.

CONTRATO DE TRABAJO – Elementos esenciales / CONTRATO DE TRABAJO – Sus elementos son diferentes a los de la relación legal y reglamentaria de los empleados públicos / RELACION LEGAL Y REGLAMENTARIA – Sus elementos son diferentes a los del contrato de trabajo

A los trabajadores Oficiales les es aplicable el Capítulo de los derechos sociales, económicos y culturales, en particular el Art. 53, y el Código Sustantivo del Trabajo. El Código Sustantivo del Trabajo, en su art. 123 consagra los elementos esenciales para que haya contrato de trabajo. Entonces, LOS ELEMENTOS ESENCIALES QUE RIGEN TODO CONTRATO DE TRABAJO son en resumen, la prestación personal del servicio, la subordinación y un salario a título de retribución. Se advierte que estos tres elementos (tipificadores de la relación contractual laboral del trabajador oficial) son “diferentes” a los establecidos en la misma Constitución Política respecto de la relación legal y reglamentaria de los empleados públicos (relación laboral administrativa de derecho público) que ya se han enunciado. El cierto parecido de algunos de esos elementos no puede llevar a confusión: El trabajador cumple órdenes del superior según su voluntad, el reglamento y el contrato, mientras que el empleado público debe cumplir lo que dispone el ordenamiento jurídico al cual está sometido; el salario –como retribución del servicio– para el trabajador se determina libremente por el Patrono con algunas limitaciones por convención, etc. mientras que la remuneración del empleado público se fija conforme a las normas proferidas por las autoridades señaladas en el régimen jurídico.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - No genera vinculación laboral ni prestaciones sociales / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Eventos en los que la administración puede usar este tipo de vinculación

En el derecho público han existido algunas normas legales que han regulado la vinculación por “contrato de prestación de servicios”, a las cuales se han acomodado a las distintas Administraciones para vincular personal de esa manera y en forma temporal. Entre las disposiciones reguladoras de esa clase de vinculación se encuentran, en los últimos tiempos, el D. L. 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993; en ellas se contemplaron los contratos de prestación de servicios y han permitido la vinculación de personal para atender, entre otros, funciones que no podían serlo con el personal de planta. En la ley 80 de 1993, como en la ley 190 de 1995 –Art. 32, numerales 3 y 20, parágrafo único- se determina que los contratos de prestación de servicios no generan vinculación laboral ni prestaciones sociales. Conforme a lo dispuesto en el art. 32 de la Ley 80 de 1993 es posible que las entidades estatales vinculen personas por medio de “contrato de prestación de servicios” “... para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”, “cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.” Entonces, una situación autorizada por esta ley es cuando en la Planta de personal de la entidad no exista el cargo o los existentes no sean suficientes (y estén provistos), en cuyo evento la administración puede vincular, a través de contrato de prestación de servicios, personal para atender las funciones que autoriza la ley. Otro evento autorizado legalmente es para vincular personal con conocimientos especializados.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Contrato realidad / CONTRATO REALIDAD – Efectos / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Reconocimiento de prestaciones sociales a título de indemnización / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – No es posible admitir que encubra una relación legal y reglamentaria de empleado público

En Sentencia de Nov. 30 /00 del proceso No. 2888-99 de la Sección 2ª del Consejo de Estado, para la época se unificó la decisión en esta clase de controversias (contrato realidad). Se concluyó que mientras no existiera empleo que proveer y no se dieran otras circunstancias allí señaladas no era factible considerar que con el contrato de prestación de servicios se hubiera querido ocultar una relación laboral de derecho público. Se enfatizó que para adquirir la condición de empleado público (relación legal – reglamentaria del laboral administrativo) y que de éste se deriven derechos que ellos tienen, conforme a la legislación es necesario que se verifiquen “otros elementos” propios de esta clase de relación en el derecho público. Y respecto de salarios y prestaciones reclamadas en igualdad de condiciones a empleados públicos se llegó a la conclusión que no era factible su reconocimiento, lo cual concordaba con lo dispuesto al respecto en la Sentencia C-555 de 1994. Sobre el reconocimiento del tiempo bajo el contrato de prestación de servicios para efectos prestacionales y pensionales se consideró su improcedencia, porque la persona no tenía la calidad de empleado público conforme al ordenamiento jurídico. Ahora, se señaló que en algunos casos en los cuales la persona desempeñó labores realmente similares a las de los empleados públicos era factible, en aras de los principios de igualdad y equidad, hasta donde es posible, reconocerles a título de INDEMNIZACION y teniendo en cuenta los “honorarios” pactados, el valor equivalente a las prestaciones sociales que no pudieron devengar. Son múltiples las providencias de esta Jurisdicción en las cuales se ha aceptado reconocer a TITULO DE INDEMNIZACION las prestaciones sociales (que hubiera podido devengar de haber sido empleado público) teniendo el tiempo laborado y los “honorarios pactados” en el contrato de prestación de servicios en aras de una “equidad” hasta donde es factible, cuando se ha demostrado plenamente que la persona ha desempeñado una labor “similar” a la de un empleado público, en misión relevante al ejercicio de función administrativa propia de la entidad, aunque no exista el empleo. Se repite, se ha accedido, como se ha dicho, en aras de los principios de justicia y equidad. Aún en ese caso no es posible admitir que el contrato de prestación de servicios “encubra” una relación legal y reglamentaria (de empleado público), porque no están demostrados los elementos constitucionales propios que tipifican este tipo de relación, más el nombramiento y posesión, lo cual concuerda con la decisión que analizó esta situación en la Corte Constitucional. Y se resalta que en una controversia de esta naturaleza es trascendental que la parte interesada reclame desde su inicio a la Administración el reconocimiento de su relación laboral administrativa para luego impetrar unas reclamaciones de este corte. No puede llegar en la demanda a reclamar presuntos derechos de orden laboral administrativas (v. gr. Salarios y prestaciones sociales, etc.) si no se tiene una relación laboral pública o, por lo menos, desde la VIA ADMINISTRATIVA (petición) se haya planteado su discusión, sin que sea viable solo venir a hacerlo en la VIA JURISDICCIONAL porque en ese caso se impide a la administración su discusión y pronunciamiento oportuno, para aquí ejercer el “control de legalidad” sobre el mismo y sus consecuencias (negación de los presuntos derechos derivados de dicho status).

EMPLEO TEMPORAL – Ley 909 de 2004

La Ley 443 de junio 11 de 1998, por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones; en cuanto a empleos de carácter temporal nada consagró. La Ley 909 de septiembre 23 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, vino a llenar unos vacíos en materia de empleo público. En su art. 19, sobre el empleo público, destacó las funciones del mismo –que tienen relación con sus competencias- y los requisitos para el cargo; pero, se recuerda que la Constitución también exige la determinación del empleo en la Planta de Personal y los recursos económicos. Este artículo también exige que se determine el tiempo en el caso de los empleos temporales. El art. 21 de esta ley, en cuanto a los EMPLEOS TEMPORALES O TRANSITORIOS es trascendental y debe ser observado rigurosamente. Estos parámetros legales permitirán efectuar controles de legalidad sobre los actos administrativos en los cuales se creen EMPLEOS TEMPORALES O TRANSITORIOS. Ello, se espera, ayude a resolver múltiples situaciones relacionadas con CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "B"

Consejero ponente: TARSICIO CACERES TORO

Bogotá. D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil seis. (2006)

Rad. No.: 20001-23-21-000-2000-01403-01(5414-03)

Actor: JAIME DE JESUS VALENCUELA JARAMILLO

Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-

Controv: (sic) RECLAMACIONES LABORAL ADMINISTRATIVAS CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

Ref.: 05414-03 AUTORIDADES NACIONALES

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la Demandada contra Sentencia de junio 17 de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, en el Exp. No.00-01403, mediante la accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

LA PRIMERA INSTANCIA Y SU TRÁMITE

LA DEMANDA. El señor JAIME DE JESÚS VALENCZUELA JARAMILLO, en ejercicio de la acción consagrada en el Art. 85 del C.C.A., el 15 de noviembre de 2000 demandó al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, solicitó la nulidad del Oficio No. 2020-03730 del 31 de octubre de 2000, del Director Regional del Cesar mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de prestaciones salariales.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se declare la existencia de una relación laboral; que se condene al pago de cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por el no aviso oportuno de la terminación del contrato con anticipación de 30 días, sanción moratoria. Que se condene al pago de las cantidades requeridas para hacer los ajustes de valor, tomando como base el IPC, tal como lo prescribe el Art. 178 del C.C.A.; Que el fallo condenatorio se le de cumplimiento conforme a los Arts. 176 y 177 del C.C.A. y lo previsto en la ley 244 del 29 de diciembre de 1995.

Hechos. Se relatan de folios 32 del Expediente.

Las Normas Violadas y el Concepto de Violación. Se citan como transgredidas las siguientes disposiciones: 53 y 122 de la C.P.; 84 del C.C.A.; 1º del Dcto. 2767 de 1945; 17 de la ley 6 de 1945. Argumentó:

Que los argumentos de la entidad para negar el reconocimiento y pago de las prestaciones se baso en la definición de contrato de prestación de servicios que señala la Ley 80 de 1993, sin tener en cuenta que los elementos de la relación contractual se desdibujaron, porque a la P. Actora se le obligó al cumplimiento de un horario y es así como el servicio adquirió el carácter de permanente.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La P. Demandada se opuso a las pretensiones de la demanda. (Fls. 55-63)

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. El A-quo resolvió de la siguiente manera:

“1. Declarar que no prospera la excepción de falta de causa para pedir.

2. Declarar la nulidad de la decisión contenida en el oficio número 2020-03730 del 31 de octubre de 2000originario de la secretaria Regional (E) del servicio Nacional de Aprendizaje-Regional –Cesar.

3. A título de Indemnización el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA pagara al señor JAIME DE JESUS VALENZUELA JARAMILLO el equivalente a las prestaciones sociales devengadas por los empleados públicos vinculados a la entidad, por el periodo comprendido entre el 6 de septiembre de 1997 hasta el 6 de octubre de 2000, por haber operado el fenómeno de la prescripción extintiva de los derechos laborales por el anterior laborado según se expuso en la parte motiva de esta providencia.

4. La liquidación se efectuará con base en el valor pactado en los respectivos contratos u ordenes de trabajo. Las sumas que resulten a favor del señor JAIME DE JESUS VALENZUELA JARAMILLO serán reajustadas conforme quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = R_h \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

5. Ordénase a la entidad demandada darle cumplimiento a esta sentencia dentro de los términos previstos en los términos previstos en los artículos 178 y 179 del C.C.A.

6. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

7. Sin Costas.

8. En firme esta providencia, archívase el expediente.” Argumentó:

Que en proceso consta que el demandante se desempeñaba como instructor de Ganadería, es decir, no realizaba labores de los trabajadores oficiales. Por consiguiente, al ser sus funciones las propias de un empleado público nacional, ineludiblemente resulta su asimilación al orden legal y reglamentario. De lo cual se derive que el juez competente para conocer de este asunto es el contencioso administrativo. (Fl. 108-124)

LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA. La P. Demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia. Argumentó:

De las órdenes de trabajo que obran al expediente se desprende claramente que el actor se obligaba a prestar sus servicios profesionales como instructor de Ganadería y Especies menores, atendiendo acciones de capacitación en el área de la Ganadería dirigido a estudiantes externos, asunto inherente al ente público por la duración de los módulos. (Fl. 127-128)

LA SEGUNDA INSTANCIA. El recurso fue admitido y tramitado. Ahora, al no observar causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, la Sala procede a decidir la controversia, conforme a las siguientes

CONSIDERACIONES:

-

En este proceso se demandó la Oficio No. 2020-03730 del 31 de octubre de 2000, del Director Regional del Cesar mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de prestaciones salariales. El A-quo accedió parcialmente a las súplicas de la demanda. Compete ahora decidir los recursos de apelación interpuestos por la Parte Demandada contra la sentencia de primera instancia.

Para resolver se analizarán los siguientes aspectos relevantes:

Información preliminar

En este proceso se acusa en nulidad la actuación por la cual se negó las prestaciones sociales de la P. Actora, como consecuencia de un contrato de prestación de servicios entre este y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA- donde se desempeñaba como instructor de Ganadería.

1. La competencia en esta controversia

Inicialmente podría afirmarse que la Sala Laboral de esta Corporación no es competente para conocer del presente asunto, por no tratarse de una controversia del orden laboral administrativo. Sin embargo, el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, permite analizar si bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios se pretende ocultar una relación estatutaria o legal, para determinar luego la posibilidad que el vínculo que ata a la demandante con la administración es de índole laboral, ya sea que la actividad es personal, que se cumple con un horario de trabajo, además que la subordinación sea de carácter permanente.

2. De las clases de vinculaciones de personal con las entidades públicas y consecuencias jurídicas

-

Como el ordenamiento jurídico autoriza diferentes clases de vinculación de personas con las entidades públicas según sus situaciones, se debe hacer precisión respecto de ellas.

De las relaciones de los empleados públicos, los trabajadores oficiales los trabajadores oficiales y los contratistas de prestación de servicios.

Para el entendimiento de la situación del personal vinculado con entidades públicas cabe anotar que resaltan la vinculación legal y reglamentaria (de empleados públicos), laboral contractual (de trabajadores oficiales con esa clase de contratos) y por contratos de prestación de servicios (contratistas), cada una con su propio régimen jurídico.

Ahora, es necesario inicialmente precisar algunas normas relativas a esta materia.

La Constitución Nal. de 1886 y sus reformas.

En el Título V DE LAS RAMAS DEL PODER PÚBLICO Y DEL SERVICIO PÚBLICO, se establecían las normas referentes a la responsabilidad de los funcionarios y reglas generales sobre el servicio público, de la siguiente manera:

“Art. 62 La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva, las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución; las condiciones de ascenso y de jubilación y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del tesoro público.

El Presidente de la república, los gobernadores, los alcaldes, y en general todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerla sino dentro de las normas que expida el Congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido.

A los empleados y funcionarios públicos de la carrera administrativa les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho de sufragio.

El quebrantamiento de esta prohibición constituye causal de mala conducta.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo o cargo público de la carrera administrativa, o su destitución o promoción.”

Art. 63 No habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento.”

Art. 64 Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la nación, los departamentos y los municipios. “

Art. 65 Ningún funcionario entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de sostener y defender la Constitución y de cumplir con los deberes que le incumben.”

En conclusión bajo la Carta del 1886, se estableció de manera general los mecanismos de acceso a los empleos, las calidades que ellos deberían tener, las condiciones de ascenso, jubilación y regímenes especiales que dan derecho a pensión del tesoro público.

Las autoridades Administrativas en cabeza del Presidente de la República, al igual que todos los funcionarios que tuvieran la facultad de nombrar y remover empleados administrativos, estaban sometidos a las disposiciones que expidiera el Congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido.

Así mismo, establecía que no habría ningún empleo que no tuviera funciones detalladas en ley o reglamento.

La Constitución Política de 1991:

“Capítulo II - FUNCIÓN PÚBLICA

Art. 122 Desempeño de funciones públicas. 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.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. (. .). “

Y en el Art. 150 numeral 19 se dispone que el Congreso expedirá la ley marco para que luego el Gobierno Nacional regule ciertas materias bajo sus orientaciones; entre ellas se encuentra la del literal e) respecto de la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, y, en el f) sobre el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

Tres clases de vinculaciones con las entidades publicas.

El régimen jurídico colombiano ha contemplado tres clases de vinculaciones con entidades publicas, las cuales no se pueden confundir, porque ellas tienen sus propios elementos tipificadores. Son: a) De los empleados 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).

Se recuerda, por ejemplo, que en múltiples demandas ante la Jurisdicción contencioso administrativas se ha insistido en el cumplimiento de los ELEMENTOS DE LA RELACIÓN LABORAL (de derecho privado, contempladas en el Código Sustantivo del Trabajo) para demostrar una RELACIÓN LABORAL ADMINISTRATIVA (de empleado público del derecho público). Lo anterior con el objetivo de obtener como restablecimiento del derecho aquellos “derechos” que legalmente se reconocen a los empleados públicos, cuando quienes los reclaman tienen VINCULACIONES POR CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS con entidades publicas. Por eso es relevante establecer la distinción entre estas clases de relaciones jurídicas con las entidades públicas.

-) La relación legal y reglamentaria (de los empleados públicos)

-

Varias disposiciones han regulado los empleos públicos, que pueden desempeñar, entre otros, los empleados públicos. Entre ellas se destacan la Ley 4ª de 1913, el D. L. 2400 /68, etc.

La Ley 4ª de 1913, Código de Régimen Político y Municipal, en su tiempo, mandó:

“Art. 5º Son empleados públicos todos los individuos que desempeñan destinos creados o reconocidos en las leyes. Lo son igualmente los que desempeñan destinos creados por ordenanzas, acuerdos y decretos válidos. Dichos empleados se clasifican en tres categorías, a saber:

1. Los Magistrados, que son los empleados que ejercen jurisdicción o autoridad.
2. Los simples funcionarios públicos, que son los empleados que no ejercen jurisdicción o autoridad, pero que tienen funciones que no pueden ejecutar sino en su calidad de empleados;
3. Los meros oficiales públicos, que son los empleados que ejercen funciones que cualquiera puede desempeñar, aun sin tener la calidad de

empleado.”

El Dcto. Ley No. 2400 de 1968, expedido por el Presidente de la Republica, modifica las normas que regula la administración del personal civil, en el Art. 2º se dispuso:

“Art. 2º Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

...

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

Se observa que posteriormente, en la Ley 80 de 1993 se autorizó la vinculación de personal por “contrato de prestación de Servicios” en las condiciones que más adelante se precisan.

El Dcto. Ley No. 1042 de 1978 expedido por el Presidente de la Republica, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 5ª de 1978, estableció el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministros, departamentos administrativos, superintendencias, del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones; en lo pertinente, prevé :

“Art. 2º De la Noción de empleo. Se entiende por empleo el conjunto de funciones, deberes y responsabilidades que han de ser atendidos por una persona natural, para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública.

Los deberes, funciones y responsabilidades de los diferentes empleos son establecidos por la Constitución, la ley o el reglamento, o asignados por la autoridad competente.”

En resumen -de esta disposición- :

En cuanto a la “definición de empleo público” se anota que están proliferando en diversas disposiciones, lo cual puede llegar a crear confusión; es preferible que en una sola disposición legal se determine con toda claridad y a ella nos atengamos. Ahora, se pueden encontrar empleos públicos en el ámbito legislativo (del Congreso), de la Rama Administrativa, de la Rama Jurisdiccional y de todos los organismos públicos creados. En cuanto a los empleos públicos administrativos ellos tienen la característica de desarrollar una función administrativa, la cual tiene relación con esa función desarrollada por el Estado.

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

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

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

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

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

Por lo tanto, la presunta demostración de los ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO LABORAL (subordinación, etc.) podrían llegar -en un momento dado- a demostrar esa clase de relación, discutible ANTE LA JURISDICCIÓN LABORAL ORDINARIA; pero de ello no es posible inferir la existencia del EMPLEO PÚBLICO Y LA VINCULACIÓN COMO EMPLEADO PÚBLICO Y DE LAS RELACIONES CONTROLABLES POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA. El empleado público aunque tiene superiores que ejercen control sobre él, en estricto sentido se encuentra sometido al imperio de la ley, es decir, deben cumplir los mandatos legales y no la voluntad del superior por fuera del ordenamiento jurídico.

Además, para que una persona natural desempeñe un EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA), es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la persona nombrada y posesionada es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente. Ahora, muy excepcionalmente se da el caso de los FUNCIONARIOS DE HECHO, donde estos requisitos para el ingreso al empleo no se cumplen satisfactoriamente y cuyas repercusiones en diferentes campos del derecho han sido analizadas; para esta figura es indispensable la EXISTENCIA DEL EMPLEO, lo cual implica que esté previsto en la respectiva PLANTA DE PERSONAL.

Así podemos decir que, a los empleados públicos se les aplica DERECHO ADMINISTRATIVO RELEVANTE PARA ELLOS (relación legal y reglamentaria), de conformidad con el capítulo II de la función pública (Arts. 122-131 de la C.P.). Ellos son los titulares de los derechos y obligaciones consagrados en la normatividad en los diferentes campos: situacional, de carrera, remuneracional, prestacional, disciplinario, etc.

-) Relación laboral pública contractual (de trabajadores oficiales)

De otra parte, también pueden desempeñar empleos públicos los denominados “TRABAJADORES OFICIALES”, los cuales están vinculados por una RELACIÓN CONTRACTUAL LABORAL PÚBLICA. Ellos cuentan con su propia legislación y sus derechos están consagrados en las normas públicas, además de otras que se autorizan para ellos (v. gr. Convenciones colectivas y laudos arbitrales). Ahora, las controversias derivadas del contrato de trabajo son del resorte de la JURISDICCIÓN LABORAL ORDINARIA.

Por el Decreto 2127 de agosto 28 de 1945, (D.O. No 25.933) el Presidente de la República, reglamentó la Ley 6a. de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo; allí se dispone :

“Art. 1º Se entiende por contrato de trabajo la relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o labores, o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia y este último a pagar a aquel cierta remuneración.

Art.- 2º En consecuencia para que haya contrato de trabajo se requiere que CONCURREN ESTOS TRES ELEMENTOS:

- a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
- b. La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional,
- c. El salario como retribución del servicio. “

Art. 3º Por el contrario, una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, EL CONTRATO DE TRABAJO no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago; ni de otras circunstancias cualesquiera. “

Art. 4º No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las relaciones entre los empleados públicos y la administración Nacional, Departamental o Municipal no constituyen contratos de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por estos en la misma forma.”

De otra parte, el Dcto. 2127 de 1945, desarrollo de la Ley 6 de 1945, se determinó que la vinculación laboral contractual oficial tiene relación con tres grupos de actividades :

- a. Trabajo en construcción o sostenimiento de obras públicas de la administración, o
- b. Trabajo en Empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o,
- c. Trabajo en instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma.”

Ahora bien, los trabajadores oficiales no están sujetos a una relación legal y reglamentaria. Las labores relacionadas con su empleo se determinan en el contrato y demás normas compatibles (relación de contrato de trabajo) y, así, en verdad, el trabajador oficial -salvo situación especial- no cumple funciones esencialmente ligadas con el Estado ni con la Administración; por eso, quienes tienen que ver con estas funciones estatales en las Empresas Industriales y Comerciales tienen el carácter de empleados públicos. A los trabajadores Oficiales les es aplicable el Capítulo de los derechos sociales, económicos y culturales, en particular el Art. 53, y el Código sustantivo del Trabajo.

El Código Sustantivo del Trabajo, en su art. 123 consagra los elementos esenciales para que haya contrato de trabajo, a saber:

- a.) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo.
- b.) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país, y

c.) Un salario como retribución del servicio. “

Entonces, LOS ELEMENTOS ESENCIALES QUE RIGEN TODO CONTRATO DE TRABAJO son en resumen, la prestación personal del servicio, la subordinación y un salario a título de retribución. Se advierte que estos tres elementos (tipificadores de la relación contractual laboral del trabajador oficial) son “diferentes” a los establecidos en la misma Constitución Política respecto de la relación legal y reglamentaria de los empleados públicos (relación laboral administrativa de derecho público) que ya se han enunciado.

El cierto parecido de algunos de esos elementos no puede llevar a confusión : El trabajador cumple órdenes del superior según su voluntad, el reglamento y el contrato, mientras que el empleado público debe cumplir lo que dispone el ordenamiento jurídico al cual está sometido; el salario –como retribución del servicio- para el trabajador se determina libremente por el Patrono con algunas limitaciones por convención, etc. mientras que la remuneración del empleado público se fija conforme a las normas proferidas por las autoridades señaladas en el régimen jurídico.

-) Relación por contrato de prestación de servicios

-

En el derecho público han existido algunas normas legales que han regulado la vinculación por “contrato de prestación de servicios”, a las cuales se han acomodado a las distintas Administraciones para vincular personal de esa manera y en forma temporal. Entre las disposiciones reguladoras de esa clase de vinculación se encuentran, en los últimos tiempos, el D. L. 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993; en ellas se contemplaron los contratos de prestación de servicios y han permitido la vinculación de personal para atender, entre otros, funciones que no podían serlo con el personal de planta.

En la ley 80 de 1993, como en la ley 190 de 1995 –Art. 32, numerales 3 y 20, párrafo único- se determina que los contratos de prestación de servicios no generan vinculación laboral ni prestaciones sociales. La precitada ley 80 de octubre 28 de 1993, reglamentaria del nuevo régimen de la contratación administrativa y en alusión a los contratos de prestación de servicios, consagra lo siguiente:

“Art. 32 Son contratos estatales . . .

. . .

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.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.
(Resaltado fuera de texto)

Conforme a lo dispuesto en el art. 32 de la Ley 80 de 1993 es posible que las entidades estatales vinculen personas por medio de “contrato de prestación de servicios” “... para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”, “cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.” Entonces, una situación autorizada por esta ley es cuando en la Planta de personal de la entidad no exista el cargo o los existentes no sean suficientes (y estén provistos), en cuyo evento la administración puede vincular, a través de contrato de prestación de servicios, personal para atender las funciones que autoriza la ley. Otro evento autorizado legalmente es para vincular personal con conocimientos especializados.

Algunas providencias y criterios sobre la materia

En Sentencia de Nov. 30 /00 del proceso No. 2888-99 de la Sección 2ª del Consejo de Estado, para la época se unificó la decisión en esta clase de controversias (contrato realidad). Se concluyó que mientras no existiera empleo que proveer y no se dieran otras circunstancias allí señaladas no era factible considerar que con el contrato de prestación de servicios se hubiera querido ocultar una relación laboral de derecho público. Se enfatizó que para adquirir la condición de empleado público (relación legal - reglamentaria del laboral administrativo) y que de éste se deriven derechos que ellos tienen, conforme a la legislación es necesario que se verifiquen “otros elementos” propios de esta clase de relación en el derecho público, como son : I) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, ante la imposibilidad de desempeñar un cargo que no este creado por la Constitución, ley o reglamento; II) La determinación de las funciones propias del cargo previsto en la planta de personal; A cerca de este punto se observa que el cumplimiento de labores similares de empleados públicos no significa que “existan” esas funciones para otra clase de relaciones y que por tal razón se satisfaga esta exigencia; III) La previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de los gastos que demande el empleo, los cuales tienen que ver con el salario, prestaciones sociales, etc.; IV) La existencia de otros recursos económicos con los cuales se puedan pagar obligaciones de otra naturaleza, v. gr. Las derivadas de contratos estatales, no implica el cumplimiento de la exigencia señalada. (Art. 122 de la C. P.) Además, se precisó que el INGRESO AL SERVICIO PUBLICO (en relación laboral administrativa) requiere de la designación válida (nombramiento o elección) conforme al régimen jurídico, seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo.

Y respecto de salarios y prestaciones reclamadas en igualdad de condiciones a empleados públicos se llegó a la conclusión que no era factible su reconocimiento, lo cual concordaba con lo dispuesto al respecto en la Sentencia C-555 de 1994. Sobre el reconocimiento del tiempo bajo el contrato de prestación de servicios para efectos prestacionales y pensionales se consideró su improcedencia, porque la persona no tenía la calidad de empleado público conforme al ordenamiento jurídico. Ahora, se señaló que en algunos casos en los cuales la persona desempeñó labores realmente similares a las de los empleados públicos era factible, en aras de los principios de igualdad y equidad, hasta donde es posible, reconocerles a título de INDEMNIZACION y teniendo en cuenta los “honorarios” pactados, el valor equivalente a las prestaciones sociales que no pudieron devengar.

Y en Sentencia Nov. 18 de 2003 de la Sala Plena Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, M. P. Pájaro, Exp. IJ- 0039, se resolvió una controversia en la cual una persona vinculada con contrato de prestación de servicios solicitaba el reconocimiento de su status laboral público y los derechos derivados de ella, que no prosperó y en la cual se hicieron diversos pronunciamientos sobre las relaciones con las entidades públicas; tal pronunciamiento tuvo numerosas discrepancias.

En varias providencias se han planteado diversos criterios en relación con la vinculación por este medio contractual, a saber :

En la relación laboral administrativa el empleado público no está sometido exactamente a la “subordinación” frente a un superior que impera en la relación laboral privada; aquí está obligado es a obedecer y cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos administrativos correspondientes, en los cuales se consagran los deberes, obligaciones, prohibiciones, etc. a que están sometidos los servidores públicos. La relación jerárquica en los empleos públicos tiene otro alcance.

En el evento que exista en la dependencia estatal uno o más empleos de igual denominación al que se ha dado a la persona vinculada por contrato de prestación de servicios, per-se no significa que en ese momento exista un “cargo vacante” de esa nomenclatura que hubiera podido ejercer y que la administración lo vinculó contractualmente para burlar la ley y sus derechos. Si se plantea este tesis habrá de demostrar la situación fáctica concreta del caso.

El hecho que en el caso de la ejecución de los CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS se den algunas circunstancias parecidas a las que existen respecto de los empleados públicos no puede llevar a la conclusión que por ello se encubre una RELACION LABORAL ADMINISTRATIVA. Además, existen diferencias entre los contratos estatales, la relación laboral privada y la relación laboral administrativa del derecho público que se deben respetar. Se debe tener en cuenta : -) El hecho que el contratista tenga una dedicación temporal suficiente (prolongada) o que se repitan contratos de prestación de servicios con una finalidad similar, cuando no existe el empleo en la planta de personal, per-se no convierte dicha relación contractual administrativa en relación legal y reglamentaria del personal contratado, más cuando la labor encomendada no haga parte de la esencia del cometido de la entidad pública. -) La circunstancia que la persona tenga un horario o unos parámetros de tiempo para su desempeño (que en ciertas actividades es necesario para cumplir el objetivo del contrato), por si solo no puede servir para que se admita que en ese evento existió o debió existir una relación legal y reglamentaria; v.gr. una persona que presta colaboración en actividades médicas, deberá hacerlo dentro del tiempo en que es necesario cumplir esa misión. -) El suministro de local u oficina donde cumplir los servicios contratados por si solo no es elemento transformador del tipo de relación pactado. -) El contrato de prestación de servicios indudablemente que tiene un objeto; no es posible aceptar que se realice una contratación de esta naturaleza para que el contratista realice lo que quiera, cuando quiera y como quiera, sino que tiene que estar sometido a unas pautas mínimas y esenciales relacionadas con el objeto contratado; éstas últimas no desvirtúan

la clase de contratación.

Así es cierto que la administración en ocasiones requiere de mayor número de personas para cumplir sus cometidos sin que en la planta de personal existan todos los empleos necesarios, a veces por problemas presupuestales; en algunos casos la administración realiza otra clase de vinculación contemplada en la ley para que la persona colabore en el cumplimiento de ciertas actividades. En esos eventos, consideramos, no es posible que el Juez, so pretexto de interpretar la legislación, llegue a la conclusión que esa vinculación diferente a la del “empleado público” corresponde a la de éste, para hacerle derivar consecuencias en parte similares en cuanto a derechos de los servidores públicos, pues –conforme a la Constitución- debe tener en cuenta los elementos que nuestro derecho público exige para que se acepte la existencia de una relación de tal naturaleza. La misma Jurisprudencia ha marcado la diferencia y algunas soluciones posibles.

En fin, son múltiples las providencias de esta Jurisdicción en las cuales se ha aceptado reconocer a TITULO DE INDEMNIZACION las prestaciones sociales (que hubiera podido devengar de haber sido empleado público) teniendo el tiempo laborado y los “honorarios pactados” en el contrato de prestación de servicios en aras de una “equidad” hasta donde es factible, cuando se ha demostrado plenamente que la persona ha desempeñado una labor “similar” a la de un empleado público, en misión relevante al ejercicio de función administrativa propia de la entidad, aunque no exista el empleo. Se repite, se ha accedido, como se ha dicho, en aras de los principios de justicia y equidad. Aún en ese caso no es posible admitir que el contrato de prestación de servicios “encubra” una relación legal y reglamentaria (de empleado público), porque no están demostrados los elementos constitucionales propios que tipifican este tipo de relación, más el nombramiento y posesión, lo cual concuerda con la decisión que analizó esta situación en la Corte Constitucional.

Y se resalta que en una controversia de esta naturaleza es trascendental que la parte interesada reclame desde su inicio a la Administración el reconocimiento de su relación laboral administrativa para luego impetrar unas reclamaciones de este corte. No puede llegar en la demanda a reclamar presuntos derechos de orden laboral administrativas (v. gr. Salarios y prestaciones sociales, etc.) si no se tiene una relación laboral pública o, por lo menos, desde la VIA ADMINISTRATIVA (petición) se haya planteado su discusión, sin que sea viable solo venir a hacerlo en la VIA JURISDICCIONAL porque en ese caso se impide a la administración su discusión y pronunciamiento oportuno, para aquí ejercer el “control de legalidad” sobre el mismo y sus consecuencias (negación de los presuntos derechos derivados de dicho status) .

De los nuevos regimenes de los empleos públicos relevantes en el Sector Público.

-

La Ley 443 de junio 11 de 1998, por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones; en cuanto a empleos de carácter temporal nada consagró.

La Ley 909 de septiembre 23 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, en materia de empleo público dispuso:

“Art. 19 El Empleo Público.

1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

2. El diseño de cada empleo debe contener:

a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;

b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las

demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;

c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales.

Parágrafo. La Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, liderará los estudios y las mesas de concertación para la identificación, caracterización ocupacional y la determinación de los requisitos y procedimientos de acreditación, apoyada en metodologías reconocidas. Los resultados de las mismas permitirán al Gobierno Nacional establecer los requisitos de formación académica y ocupacional de los cargos. El Gobierno Nacional designará el organismo competente para la normalización, acreditación y certificación de las competencias laborales en el sector público.

Art. 21 Empleos de carácter temporal.

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente EN SUS PLANTAS DE PERSONAL empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;

b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;

c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;

d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos."

Esta Ley (No. 909 de sept. 23 /04) vino a llenar unos vacíos en materia de empleo público. En su art. 19, sobre el empleo público, destacó las funciones del mismo –que tienen relación con sus competencias- y los requisitos para el cargo; pero, se recuerda que la Constitución también exige la determinación del empleo en la Planta de Personal y los recursos económicos. Este artículo también exige que se determine el tiempo en el caso de los empleos temporales. El art. 21 de esta ley, en cuanto a los EMPLEOS TEMPORALES O TRANSITORIOS es trascendental y debe ser observado rigurosamente. Estos parámetros legales permitirán efectuar controles de legalidad sobre los actos administrativos en los cuales se creen EMPLEOS TEMPORALES O TRANSITORIOS. Ello, se espera, ayude a resolver múltiples situaciones relacionadas con CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS.

3. De la vinculación (por contrato de prestación de servicios) con entidades públicas y las pretensiones laboral-administrativas de ese personal. La controversia actual

3.1 La situación fáctica

Del mismo se destacan :

Las vinculaciones de la parte actora. Aparecen por contrato de prestación de servicios. Posteriormente se precisarán.

-

La Petición y la respuesta. La petición de octubre 6 de 2000 ante la Secretaria Regional (E) fue elevada por la Parte contratista y en ella solicitó: las prestaciones sociales como consecuencia de la prestación de sus servicios, tales como: cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por el no aviso oportuno de la terminación del contrato con anticipación de 30 días, sanción moratoria. (Fl. 7-9)

Por Oficio No. 2020-03730 del 31 de octubre de 2000, del Director Regional del Cesar mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de prestaciones salariales (Fl. 2-5)

3.2 La primera instancia.

La demanda. En la primera se reclamó la “nulidad” del Oficio No. 2020-03730 del 31 de octubre de 2000, del Director Regional del Cesar mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de prestaciones salariales y el “restablecimiento del derecho” consistente en el reconocimiento y pago de cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por el no aviso oportuno de la terminación del contrato con anticipación de 30 días, sanción moratoria.

La sentencia del a-quo. El a-quo accedió parcialmente a las súplicas de la demanda. Ahora, la parte demandada interpuso la apelación contra tal decisión judicial, como ya se precisó.

3.3 La segunda instancia

-

Inicialmente resaltan las siguientes pruebas relativas a la vinculación y relación de la Parte Actora con la demandada.

Se arrimaron al proceso:

=) Orden de servicio No. 000504 de 1995 suscrito entre el SENA y la parte actora para prestar sus servicios como instructor de Ganadería, a partir de junio 27 a 20 diciembre con una asignación mensual de \$ 550.000.00 (Noticia de este contrato en acto administrativo Fl. 2)

=) Orden de servicio No. 000017 de 1996 suscrito entre el SENA y la parte actora para prestar sus servicios como instructor de Ganadería, a partir de enero 18 a 28 de junio de 1996 con una asignación mensual de \$ 650.000.00 (Noticia de este contrato en acto administrativo Fl. 2-3)

=) Orden de servicio No. 000204 de 1997 suscrito entre el SENA y la parte actora para prestar sus servicios como instructor de Ganadería, a partir de enero 16 y junio 30 de 1997 con una asignación mensual de \$ 737.750.00 (Noticia de este contrato en acto administrativo Fl. 3)

=) Orden de servicio No. 000337 de 1998 suscrito entre el SENA y la parte actora para prestar sus servicios como instructor de Ganadería, a partir de marzo 17 hasta 31 de marzo con una asignación mensual de \$ 390.000.00 dictando 60 horas a razón de \$6.500.00 pesos por hora. (Noticia de este contrato en acto administrativo Fl. 3)

=) Orden de servicio No. 000778 de 1998 suscrito entre el SENA y la parte actora para prestar sus servicios como instructor de Ganadería, a partir de junio 1 al 30 de julio de 30 de 1998 con una asignación mensual de \$ 850.000.00 (Noticia de este contrato en acto administrativo Fl. 3-4)

=) Orden de servicio No. 000932 de 1999 suscrito entre el SENA y la parte actora para prestar sus servicios como instructor de Ganadería, a partir del mes de agosto y octubre con una asignación mensual de \$ 1.920.000.00 (Noticia de este contrato en acto administrativo Fl. 4)

=) Orden de servicio No. 710032 de 2000 suscrito entre el SENA y la parte actora para prestar sus servicios como instructor de Ganadería, a partir de febrero 5 hasta marzo 30 de 2000 con una asignación mensual de \$ 1.392.000.00 (Noticia de este contrato en acto administrativo Fl. 4)

=) Orden de servicio No. 7100663 de 2000 suscrito entre el SENA y la parte actora para prestar sus servicios como instructor de Ganadería, a partir de julio 27 hasta agosto 19 de 2000 con una asignación mensual de \$ 808.000.00 (Noticia de este contrato en acto administrativo Fl. 4)

Queda así claramente establecido la clase de vinculación trabada, la finalidad y su retribución.

La Sala, en esta instancia, teniendo en cuenta las pretensiones formuladas (de nulidad y restablecimiento del derecho), las pruebas aportadas y la providencia proferida, considera :

En el proceso no aparece prueba sobre la “existencia” del empleo de “instructor de Ganadería” en la Planta de Personal de la entidad demandada -dependencia en donde cumplió sus servicios- que hubiera podido desempeñar la parte demandante. . En efecto, en el proceso no está demostrado que el empleo público (de instructor de Ganadería de la entidad demandada) existiera, estuviera vacante y a pesar de ello, la administración hubiera vinculado por contrato de prestación de servicios a la parte actora para evitar la relación legal y reglamentaria.

Marginalmente se anota que en el evento que hubieran existido uno o más empleos de igual nomenclatura en la dependencia, per-se no significa que existiera un “cargo vacante” de esa denominación que hubiera podido ejercer y que la administración lo vinculó contractualmente para burlar la ley y sus derechos.

Quedó demostrado que la parte actora, por medio de vinculación por contrato de prestación de servicios, se desempeñó como instructor de Ganadería, en el Sena. Esta labor no es de la esencia de la función de la entidad administrativa del caso; la labor que atendía la parte actora bien podía ser prestada por particulares más cuando no comprende ejercicio de autoridad administrativa.

Y en la contratación de prestación de servicios realizada en el sub-lite no se probó que se hiciera con la finalidad de ocultar una relación laboral pública en la entidad.

Algunos puntos relevantes en este tipo de controversia son :

El hecho que la parte actora en su labor tuviera una dedicación temporal suficiente, o que se repitan contratos de prestación de servicios con una finalidad similar, cuando no existe el empleo en la planta de personal, per-se no convierte dicha relación contractual administrativa en relación legal y reglamentaria del personal contratado, más cuando la labor encomendada no hace parte de la esencia del cometido de la entidad pública.

Se agrega que el hecho que la persona tenga un horario o unos parámetros de tiempo para su desempeño (que en ciertas actividades es necesario para cumplir el objetivo del contrato), por si solo no puede servir para que se admita que en ese evento existió o debió existir una relación legal y reglamentaria; v.gr. una persona que presta colaboración en actividades médicas, deberá hacerlo dentro del tiempo en que es necesario cumplir esa misión.

El suministro de local u oficina donde cumplir los servicios contratados por si solo no es elemento transformador del tipo de relación pactado.

La determinación, por la entidad contratante, de ciertas labores a realizar en virtud del contrato –en este caso de servicios generales- no conlleva la subordinación (elemento de la relación laboral contractual, no de relación la legal y reglamentaria). El contrato de prestación de servicios indudablemente que tiene un objeto; no es posible aceptar que se realice una contratación de esta naturaleza para que el contratista realice lo que quiera, cuando quiera y como quiera, sino que tiene que estar sometido a unas pautas mínimas y esenciales relacionadas con el objeto contratado; éstas últimas no desvirtúan la clase de contratación.

Y se resalta que en una controversia de esta naturaleza es trascendental que la parte interesada reclame desde su inicio a la Administración el reconocimiento de su relación laboral administrativa para luego impetrar unas reclamaciones de este corte. No puede llegar en la demanda a reclamar presuntos derechos de orden laboral administrativas (v. gr. Salarios y prestaciones sociales, etc.) si no se tiene una relación laboral pública o, por lo menos, desde la VIA ADMINISTRATIVA (petición) se haya planteado su discusión, sin que sea viable solo venir a hacerlo en la VIA JURISDICCIONAL porque en ese caso se impide a la administración su discusión y pronunciamiento oportuno, para aquí ejercer el “control de legalidad” sobre el mismo y sus consecuencias (negación de los presuntos derechos derivados de dicho status) .

Como la P. Actora no demostró los elementos constitutivos de la relación laboral pública, ni que con los contratos de prestación de servicios suscritos se pretendió ocultar la relación laboral administrativa, se infiere que no logró su cometido y en esas condiciones, se impone la confirmación del numeral primero y sexto que declaró no prospera la excepción de falta de causa para pedir y negó las demás suplicas de la demanda. Así pues se revocarán los numerales segundo, tercero, cuarto, quinto, séptimo y octavo que accedieron a las pretensiones de la demanda y en su lugar se denegarán las pretensiones de la demanda.

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:

1º) CONFÍRMASE el ordinal primero (1º) y sexto (6º) la sentencia del 17 de junio del 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, en el Expediente No. 2000-01403, promovida por JAIME DE JESUS VALENZUELA JARAMILLO contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, que declaró no prospera la excepción de falta de causa para pedir y negó las demás suplicas de la demanda.

2º) REVÓCASE el ordinal segundo (2º), tercero (3º), cuarto (4º), quinto (5º) séptimo (7º) y octavo (8º) de la sentencia mencionada en cuanto accedió a las pretensiones de la demanda. Y en su lugar

3º) DENIÉNGANSE las suplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior decisión la estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha precitada.

TARSICIO CÁCERES TORO JESÚS

MARÍA LEMOS BUSTAMANTE

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 04:04:32