Sentencia T-903/10

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional pago de acreencias laborales/ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para solicitar declaratoria de contrato realidad/CONTRATO REALIDAD

La Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela no procede para solicitar reclamaciones de naturaleza laboral y la declaratoria del contrato realidad porque el carácter de dicha acción es subsidiaria y residual. No obstante, esta regla también contiene una excepción que consiste en la posibilidad de que la mentada acción constitucional puede ser ejercida por los sujetos que son titulares de una especial protección constitucional por parte del Estado, por tanto, cuando existe una amenaza o vulneración a sus derechos fundamentales, esta resulta ser una herramienta eficaz e idónea en procura de su respectivo amparo

CONTRATO REALIDAD-Jurisprudencia de la Corte Constitucional

CONTRATO REALIDAD-Jurisprudencia del Consejo de Estado

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS-Naturaleza

El contrato de prestación de servicios regulado por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 contiene características propias que lo diferencian de otro tipo de formas jurídicas en materia laboral: la prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer en la cual la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato; la vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por consiguiente, cuando se ejecutan este tipo de contratos no es admisible exigir el pago de prestaciones sociales propias de la regulación prescrita en el Código Sustantivo del Trabajo o en las disposiciones que regulan el derecho de la función pública. Finalmente, la jurisprudencia constitucional es clara cuando afirma que bajo esta modalidad contractual también es viable aplicar la teoría del contrato realidad, según la cual, si se reúnen los tres requisitos enunciados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, prima la situación objetiva sobre la forma jurídica que las partes hayan adoptado para regir determinada situación. Esta teoría tiene dos ámbitos de aplicación: cuando se trata de trabajadores vinculados con particulares o con el Estado. Una consideración adicional que esta Sala debe reafirmar con respecto al tipo de vinculación del actor y la Institución Educativa los Fundadores, es que las funciones que desempeñó en la Institución no correspondían a las características del contrato de prestación de servicios del artículo 32 Ley 80 de 1993.

CONTRATO LABORAL-Regulación del pago de salario en especie/SALARIO EN ESPECIE

El legislador en ejercicio de sus funciones ha dispuesto la posibilidad de que el empleador pacte con el trabajador que un porcentaje de su salario sea pagado en especie, lo cual significa que aquel podrá proveer alimentación, habitación o vestuario al trabajador o a su familia como contraprestación del servicio realizado. Su valor deberá estipularse en cada contrato, a falta de esto un perito lo determinará. No obstante, al tratarse, como en el caso

concreto, de un salario mínimo mensual legal vigente el valor total de este tipo de pago no podrá ser superior al 30% del total de la remuneración

CONTRATO REALIDAD-Para su declaración deben reunirse los requisitos establecidos en el artículo 23 del CST subrogado por el artículo 1 de la Ley 50/90

Conforme con la jurisprudencia precitada, en la parte 2 de las consideraciones de esta providencia, las solicitudes sobre la declaración del contrato realidad deben reunir los requisitos establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 1 de la Ley 50 de 1990: la prestación personal del servicio, la continua subordinación o dependencia del patrono y la contraprestación económica. Como se afirmó con antelación, en este tipo de casos los indicios permiten demostrar la existencia o no de la relación laboral cuya declaración se invoca

CONTRATO REALIDAD Y PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS

CONTRATO REALIDAD-Caso en que se configuraron los presupuestos jurídicos

Como conclusión, la Corte considera que en el presente caso se configuraron los presupuestos jurídicos de un contrato realidad. El trabajo desplegado por el actor estuvo revestido de diferentes formas jurídicas que no casan con la auténtica naturaleza de las funciones y de la relación que éste asumió en la Institución Educativa los Fundadores. En un momento, el contrato de prestación de servicios, prescrito en la Ley 80 de 1993, fue el mecanismo adoptado por el municipio para regir la relación del demandante con la Institución Educativa los Fundadores, a pesar de que sus características difieren de la situación objetiva del actor. En un segundo momento, la Institución acudió a los denominados contratos de arrendamiento los cuales estipulaban dos tipos de obligaciones: por una parte las de tipo civil, respecto al uso y goce del bien inmueble en el que habita el actor y, por otra parte, las de tipo laboral que prescribían de manera precisa las responsabilidades que el demandante tenía con el colegio. Y por último, la Secretaría Departamental del Quindío persistió con las órdenes de prestación de servicios. Como se demostró, la situación objetiva del accionante contrasta con las formas jurídicas adoptadas por parte del municipio, de la institución y de la gobernación.

CONTRATO REALIDAD ENTRE UNA PERSONA Y UNA INSTITUCION OFICIAL-No significa que se adquiera la calidad de empleado público

Bajo estos enunciados, mantener a una persona de 73 años de edad, que hace parte del nivel 1 del SISBEN realizando funciones de celaduría y demás oficios en un establecimiento educativo, sin reconocerle sus derechos laborales más elementales implica un comportamiento ajeno a la parte dogmática de la Constitución Política de 1991 y a las reglas jurisprudenciales establecidas por la Corte Constitucional en materia de contrato realidad. Por este motivo, la decisión de esta corporación en este caso particular procurará cesar la vulneración a los derechos fundamentales del accionante por parte de la Institución Educativa y definir los términos de la relación existente acorde a la dignidad humana, entendida como vivir bien, vivir sin humillaciones y vivir como se quiere. La Sala de Revisión también debe precisar, como se estableció en la parte 3 de esta sentencia, que el hecho de que se configuren los elementos propios del contrato realidad entre una persona y una

institución oficial no significa que se adquiera la calidad de empleado público. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha definido un límite al alcance del principio de "primacía de la realidad sobre las formas" en los casos en los cuales este se ha aplicado: el respeto de los principios que configuran la función pública. En consecuencia, la regla jurisprudencial que se ha decantado con los diferentes pronunciamientos de estas corporaciones es que ninguna persona puede ser empleado público sin que medien las siguientes condiciones: el nombramiento y la posesión, la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una vacante en la planta de personal y la respectiva disponibilidad presupuestal; a pesar de que entre la respectiva entidad y el trabajador se haya verificado el cumplimiento del principio de primacía de la realidad sobre las formas. Por consiguiente, al aplicar esta regla a los supuestos del caso concreto la Corte debe afirmar que el actor no es empleado público del Municipio de Montenegro ni del Departamento del Quindío. Según se ha explicado en esta providencia, en este caso se configuran los supuestos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, y por tanto, se debe aplicar el principio de primacía de la realidad sobre las formas. El accionante prestó personalmente el servicio en la Institución Educativa los Fundadores, bajo continua subordinación y dependencia acorde a las obligaciones establecidas por las directivas de esta institución y con la correspondiente remuneración, la cual ha sido cancelada tanto en dinero como en especie. No obstante lo anterior, las mentadas entidades territoriales no han realizado el procedimiento prescrito en el ordenamiento jurídico para designarlo como empleado público: no se ha realizado el nombramiento ni la posesión, no existe un régimen legal particular para su cargo, ni una vacante en la planta de personal y tampoco se acredita la respectiva disponibilidad presupuestal.

SALARIO EN ESPECIE-Caso en que el uso y goce de la vivienda en las instalaciones del colegio debe cesar de manera definitiva

Un asunto adicional que debe ser objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación es la posibilidad de que el actor continúe viviendo en las instalaciones del colegio. Como se ha afirmado en las partes 6 y 7 de esta providencia, la Corte estima que el actor usa y goza el bien en razón del pago en especie que el Municipio de Montenegro y el Departamento del Quindío han erogado en contraprestación por la relación laboral existente entre ellos. En la medida que el uso del bien depende de la relación descrita por concepto del pago en especie, esta Sala de Revisión considera que si la relación laboral se liquida acorde a las exigencias constitucionales y legales, dicho uso y goce debe cesar de manera definitiva porque la relación jurídica que lo autoriza ha perdido validez y por tanto ha dejado de producir efectos jurídicos. En las órdenes que se adoptarán en la parte resolutiva de este caso, mediante las cuales se solucionará el problema jurídico evidenciado, la Sala Tercera de Revisión tendrá en cuenta que el accionante habita en la Institución Educativa los Fundadores por autorización de las directivas del mismo establecimiento, la cual se pactó en los contratos de arrendamiento suscritos entre las partes, cuya naturaleza jurídica ya fue explicada en la parte considerativa de esta providencia. Adicionalmente, es menester reiterar que el actor hace parte de la tercera edad y que un cambio súbito o abrupto en las condiciones en las cuales pervive afectaría derechos fundamentales de un sujeto que es titular de una especial protección constitucional, razón por la cual la entrega del lugar en que reside, como consecuencia de la terminación de la relación laboral declarada en esta providencia, debe seguir con los trámites derivados del cumplimiento del derecho.

AMPARO DE POBREZA-Caso en que se ordena prueba pericial para determinar el monto correspondiente al pago del salario en especie

Según los numerales 5.1. a 5.4. de esta providencia, se deberá calcular el monto correspondiente al pago en especie sufragado por el Municipio de Montenegro desde diciembre de 1991 hasta la fecha. Para este propósito, teniendo en cuenta que las partes no fijaron el valor del mismo, se comisionará al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Montenegro con el fin de que ordene la práctica de una prueba pericial que estime el valor real de este concepto, siempre y cuando, no sea superior al 30% del salario mínimo legal que el señor actor devengaba. A juicio de esta Sala de Revisión, el pago de dicha prueba debe ser asumido por el Municipio de Montenegro, porque si bien es cierto que por regla general, las pruebas oficiosas deben ser pagadas por las partes, las condiciones particulares del accionante, explicadas en el transcurso de esta providencia, permiten inferir que él no cuenta con los medios suficientes para sufragar este tipo de gastos pues se afectarían las condiciones básicas para su propia subsistencia y las de su familia. Esta circunstancia coincide con lo dispuesto en el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil que regula lo concerniente al amparo de pobreza. Los efectos de dicha declaración, según lo prescrito en el artículo 163 del mentado Código, son que: “El amparado por pobre no estará obligado a prestar cauciones procesales ni a pagar expensas, honorarios de auxiliares de la justicia u otros gastos de la actuación, y no será condenado en costas.” De esta manera, se garantiza la igualdad real de las partes en el proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia, en los términos de la jurisprudencia constitucional. A este argumento se suma el hecho de que la entidad demandada será condenada en el presente proceso, motivo por el cual, en los términos de la ley procesal, deberá asumir el valor de las costas del proceso. El objetivo de esta diligencia es realizar, posteriormente, una compensación de cuentas con el valor adeudado. Finalmente, el municipio deberá cancelar los aportes correspondientes a la seguridad social a partir de la fecha en que se declaró la existencia de la presente relación laboral.

PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES-Término de prescripción

El siguiente aspecto a analizar radica en determinar a partir de qué momento se debe ordenar el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, así como los aportes correspondientes a la seguridad social, subsistema de pensiones. La legislación laboral y la Corte Constitucional disponen que los derechos laborales cuyo cumplimiento no ha sido exigido ante el patrono, se extingan luego de tres años a partir del momento en que se han configurado los presupuestos fácticos y jurídicos que permiten su exigibilidad. En el evento que el trabajador ha solicitado al patrono el pago de la prestación adeudada se suspenderá la prescripción por una sola vez pero sólo por un lapso igual, es decir, por tres años adicionales. En el expediente consta que la primera actuación realizada por accionante tendiente a solicitar el pago de las acreencias adeudadas fue el 2 de enero de 2007, en ella pidió el pago de 15 años y 20 días consecutivos adeudados. Por esta consideración, para la Corte es claro que el restablecimiento de los derechos vulnerados en materia laboral, en el presente caso, tan sólo proceden desde el 2 de enero de 2004, ya que esto coincide con los tres años a partir del cual se interrumpe la prescripción. En consecuencia, el accionante está habilitado para acudir a la vía ordinaria en aras de obtener los demás rubros que el accionante considere que fueron causados en virtud de la relación laboral que se ha declarado en la

presente providencia. De igual manera, es preciso aclarar que se ordenará el pago de los aportes al sistema de seguridad social, subsistema de pensiones, en tanto que es el único concepto que se relaciona directamente con el restablecimiento de los derechos que la Corte efectúa en el presente caso.

Referencia: expediente T-2311653

Acción de tutela instaurada por Gilmer Sierra García contra el Municipio de Montenegro, Quindío.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Colaboró:

Federico Suárez Ricaurte

Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil diez (2010)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Juan Carlos Henao Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo dictado por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Montenegro, Quindío, el veintiuno (21) de mayo de dos mil nueve (2009), dentro de la acción de tutela iniciada por Gilmer Sierra García contra el Municipio de Montenegro, Quindío.

I. ANTECEDENTES

Hechos

1. El señor Gilmer Sierra nació el 9 de noviembre de 1936. En estos momentos tiene 73 años de edad. Se encuentra afiliado al nivel 1 del SISBEN y manifiesta que en la actualidad sufre de gastritis y que tiene una hernia inguinal.

2. El 1 de enero de 2001 se suscribió el “contrato de arrendamiento de vivienda de un colegio oficial”, suscrito por Ariel Loaiza González y el señor Gilmer Sierra García, “El término de este contrato de arrendamiento es por doce (12) meses, contados a partir del primero de enero del año 2001. (…) El canon o precio del arrendamiento mensual es de veinte mil pesos ($20.000) que serán pagados por el arrendatario al arrendador en los cinco (5) primeros días de cada mes en la siguiente forma: en dinero efectivo pagará la suma de un (sic) mil pesos ($1.000) a la Tesorería del Colegio y la suma restante la pagará en trabajo, el cual consiste en: limpiar y podar los prados, conservar los alrededores del Colegio y de la vivienda en perfecto estado de limpieza y aseo incluyendo las baterías sanitarias de los estudiantes en

las épocas de vacaciones, puentes y festivos.”

3. El 14 de diciembre de 2001, el señor Ariel Loaiza, como rector de la Institución Educativa los Fundadores y el señor Gilmer Sierra García suscribieron un certificado en el que consta que “el Colegio durante el período de vacaciones diciembre 15 del 2001 a enero 13 del 2002, queda bajo el control y vigilancia del señor Gilmer Sierra (…), no percibirá remuneración alguna por cuanto la contraprestación de dicho servicio, es la de disfrutar de la vivienda por la cual no paga ni un peso. (…) Que en el momento de tener que entregar el colegio, el mencionado señor Sierra, por no ser empleado del Colegio ni de la Administración Municipal, no podrá exigir liquidación de ninguna índole.”

4. El 15 de marzo de 2002, Gustavo Zamudio Barbosa, como nuevo Rector de la Institución Educativa “Los Fundadores” y el señor Gilmer Sierra suscribieron un documento denominado “contrato de ocupación de vivienda escolar sector urbano Municipio de Montenegro”. De este documento se destaca lo siguiente: “recibe en arrendamiento una casa de habitación perteneciente al Centro Educativo los Fundadores”

“2. El término de duración de este contrato de arrendamiento es por seis (6) meses, contados a partir del catorce (14) de marzo de 2002. 3. El canon o precio del arrendamiento mensual es de $1.000, que serán pagados por el Arrendatario al Arrendador, en los primeros cinco (5) días de cada mes, a la Secretaria Tesorera del Plantel. El arrendatario expedirá un recibo por cada mensualidad de arrendamiento que recibe dinero en efectivo, suma que consignará en la cuenta del colegio. 4. El presente contrato se regirá por las siguientes cláusulas. 1- Como los servicios de agua y energía los paga el municipio, queda exento de ello. 2.- La vivienda se destinará exclusivamente para el arrendatario y su familia (…) 3.- El arrendatario se obliga a conservar y restituir el inmueble en el mismo buen estado en que se ha recibido, salvo el deterioro causado por el uso y goce legítimo. (…) 5.- Mantener en completo estado de limpieza y orden la vivienda que ocupa, igualmente los alrededores cuidando y embelleciendo el centro docente. 6.- Racionalizar el consumo de agua y luz, y velar por el mantenimiento y buen estado de llaves y tanques de acueducto o reserva a nivel del Centro Docente. (…) 8. A administrar la tenencia de animales domésticos en situaciones debidas, a encerrarlos en horas en que los alumnos se encuentren en el plantel, estos no deben ser motivo de malestar para la comunidad educativa. (…) 10.- mantener en buen estado las plantas ornamentales y prados que existen en el plantel. (…) 15. El arrendatario debe entregar la habitación del Centro Docente en buen estado de organización y limpieza al Rector del Colegio una vez cumplido el tiempo fijado para ocuparla, sin oponer resistencia y sin exigir utilidades o prebendas, reclamación de liquidación u otros. 19.- El término del presente contrato solo podrá prorrogarse a voluntad del arrendador y tiene validez por un lapso de seis meses contados a partir de la firma y aceptación. (…)”.

5. El 23 de julio de 2003, la Secretaría Municipal de Montenegro Quindío le envió una comunicación a la Institución Educativa los Fundadores en la que se indicó que, “me complace comunicarle que a partir del 17 de julio de 2003, la Secretaría de Educación Departamental ha asignado el (sic) señor Gilmer Sierra García; para que preste sus servicios de celaduría en la Institución Educativa Los Fundadores y sus funciones sean determinadas por usted de acuerdo con las necesidades del servicio, por un término de tres meses mediante la modalidad de Supernumerario.”

6. El 27 de enero de 2005, el Jefe de Personal del Municipio de Montenegro expidió un certificado en el que consta, “Que el señor Gilmer Sierra García (…) estuvo vinculado a la Administración Municipal como contratista de prestación de servicios personales, en convenio F.I.S y mantenimiento alcantarillado desde el 1 de mayo de 1997 hasta el 31 de diciembre de 1997, desde el 1 de marzo de 1998 hasta el 31 de marzo de 1998; y desde el 1 de mayo de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2000; desde el 4 de abril de 2001 hasta el 3 de junio de 2001; desde el 1 de abril de 2002 hasta el 30 de abril del 2002 y desde el 2 de mayo de 2002 hasta el 4 de septiembre y desde el 16 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2002 como celador en la escuela Los Fundadores. Dichos contratos están regidos por la Ley 80 de 1993.”

7. El 7 de marzo de 2006, los señores Luis Gómez García y José Aníbal Muñoz Cárdenas comparecieron a rendir declaración juramentada sobre ciertos hechos de este proceso. De esta actuación se selecciona lo siguiente: “Conocemos al señor Gilmer Sierra García hace 14 años, más precisamente desde diciembre de 1991 el señor Gilmer entró a trabajar al Colegio Fundadores en Montenegro. Todos estos años lo hemos visto ahí en el Colegio sembrando árboles. (…) El señor Gilmer era quien hacia mantenimiento de las zonas verdes, el (sic) limpiaba los prados, sembraba árboles frutales de sombrío, hacia (sic) trabajos de jardinería, hizo sembrados de cabuya, plátano, hacía funciones de mantenimiento de alcantarillado, agua, luz (…)”.

8. El 2 de enero de 2007, el señor Gilmer Sierra García presentó derecho de petición ante el Alcalde Municipal de Montenegro, señor Eleazar Jiménez Montes. En dicho escrito solicitó “(…) a la administración municipal de Montenegro Quindío, me sean reconocidos a la fecha, los quince (15) años veinte días consecutivos, trabajados al servicio de la institución educativa `Los Fundadores´ del once (11) de diciembre de 1991 al 2 de enero de 2007, por cuanto se realizó un contrato verbal de trabajo, en el que intervinieron personas de derecho público y el suscrito (…) se me reconozca las actividades de siembre de árboles en promedio de 150 unidades, ya en producción, mantenimiento de prados y áreas comunes, reparaciones locativas durante todo el tiempo, la vigilancia diurna y nocturna, incluyendo festivos, dominicales, el cuidado y asistencia permanente de los dos semovientes.” En su escrito también solicitó que se le reconociera su derecho a la seguridad social.

9. El 13 de noviembre de 2008, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Montenegro profirió sentencia para resolver el proceso abreviado para restitución de la posesión, iniciado por el Municipio de Montenegro en contra del señor Gilmer Sierra. La decisión del juez de instancia fue, “desestimar las pretensiones de la demanda para proceso de restitución de la posesión formulada por el Municipio de Montenegro a través de apoderada judicial, en contra del señor Gilmer Sierra García, y en relación con el predio ubicado en la calle 23 con carreras 10 y 12 de esta localidad.” En consecuencia, ordenó condenar al Municipio al pago de las costas.

El argumento fundamental que adujo este juzgado para adoptar esta determinación fue la falta de congruencia en la demanda pues “los hechos de la demanda y las pretensiones no corresponden con los finalmente probados.”

10. El 2 de diciembre de 2008, el Rector de la Institución Educativa Los Fundadores José Luis

Marulanda Acosta, dirigió un oficio al Municipio de Montenegro "con el fin de solicitarle con respecto a las personas que actualmente ocupan viviendas en las tres sedes de esta institución, se les convoque y se les definan unas funciones claras de colaboración con la vigilancia, en especial para la época de vacaciones que se inicia la siguiente semana, lo anterior por que es necesario definir responsabilidades ante la situación de no contar con el numero (sic) suficiente de celadores para cubrir todos los horarios y los Rectores no podemos asignar dichas funciones a los caseros por ser ellos personas colocadas por el Municipio y no por la institución."

11. El 7 de mayo de 2009 el señor Gilmer Sierra García interpuso acción de tutela contra el Municipio de Montenegro, Departamento del Quindío. En su escrito manifestó con relación a su trabajo lo siguiente: "Desde 2004 no me renovaron contrato de trabajo dizque (sic) porque había cumplido los 65 años de edad pero aún así tuve que seguir cuidando los fines de semana, sábados, domingos y festivos, haciendo aseo en el colegio, limpiando jardines (…) Mi trabajo durante el tiempo que he permanecido en el colegio ha consistido en celaduría, mantenimiento de las instalaciones, aseo, limpieza, barrido con mi esposa, jardinería, organización de los prados, pido venenos para las hormigas (sic) me lo traen lo (sic) hecho, he puesto tejas de eternidad en las aulas, organizo las llaves de paso para el agua potable, candados para puertas, organizo pupitres, sillas.(…) Yo he seguido en oficios varios y haciendo vigilancia los sábados (sic) domingos y festivos y (sic) 24 horas cuando no se ha designado la vigilancia en horas hábiles."

Sus pretensiones en el presente caso son las siguientes: "La cancelación de los salarios que se adeudan al señor Gilmer Sierra en virtud de sus labores como celador y aseador del centro docente Los Fundadores, a partir del momento en que terminó su contrato inicial y hasta el instante en que se efectúe el pago.

Inscribirlo en una EPS para la atención en salud, cotizar lo correspondiente al tiempo real de servicios en su totalidad, en salud, y ARP; tenerlo como su empleado para todos los fines legales.

Cancelar las sumas por concepto de pensiones (sic) se ha dejado de cotizar al sistema de seguridad social.

Ordenar el pago de las prestaciones e indemnizaciones a las que tenga derecho el accionante desde el contrato realidad de trabajo."

Respuesta de la entidad demandada

Municipio de Montenegro, Departamento del Quindío.

El municipio solicitó denegar la acción de tutela impetrada por el señor Gilmer Sierra por los argumentos que se exponen a continuación.

En primer lugar el municipio se manifestó con relación al tipo de vinculación que sostuvo con el señor Sierra: "(…) el señor Gilmer Sierra si (sic) estuvo vinculado con la administración según las pruebas documentales referidas pero bajo las siguientes salvedades: la primera, desarrolló actividades contractuales precisas de vigilancia o celaduría antes de la vigencia de

la Ley 715 de 2001 en la Institución Educativa los Fundadores, bajo contratos de servicios personales regidos por la Ley 80 de 1993 en las fechas precisas citadas en los acuerdos los cuales tuvieron lugar en varios meses del año 2002, la segunda, se constató ante la Secretaría Administrativa del Municipio, Oficina de Personal no encontrándose evidencia o expediente alguno que denote que el señor Gilmer Sierra García haya sido empleado público o trabajador oficial, pues si esto hubiese ocurrido existiría prueba de la relación legal y reglamentaria, tampoco aparece contrato de trabajo como trabajador oficial. La tercera, para la fecha del 27 de enero de 2005 la funcionaria que se desempeñaba como Jefe de Personal certificó que el señor Gilmer Sierra García desde el primero de mayo de 1997 desarrollo (sic) objetos precisos de mantenimiento de alcantarillado vinculado por contratos de prestación de servicios personales regidos por la Ley 80 de 1993 es decir, sin vinculo (sic) laboral ni pago de prestaciones sociales, de igual forma certificó que en el año 2002 desarrollo (sic) objeto de vigilancia y/o celaduría en la Institución Educativa los Fundadores regidos igualmente por la Ley 80 de 1993, correspondiendo el plazo del ultimo contrato hasta el mes de noviembre de 2002."

Con relación a la actual ocupación que ejerce el señor Sierra sobre parte del bien en el que opera la Institución Educativa, el Municipio indicó: "Si el señor Gilmer Sierra permanece aún en la Institución Educativa los Fundadores es porque ejerce derecho de retención ilegal del espacio que en un principio estaba amparado en un contrato de arrendamiento suscrito con el Rector ha querido postergar de forma indefinida, pretendiendo que se le reconozcan los derechos de una relación laboral, sin contar con que desde 2001 vive en un espacio del colegio sin sufragar gastos de arrendamiento, ni de servicios públicos, ante lo cual se alega la figura de la compensación de obligaciones, máxime cuando así quedó estipulado en los acuerdos que suscribió con la Rectoría, en donde se repite el ente territorial como persona jurídica independiente de la Institución no tiene injerencia en las relaciones contractuales que celebra."

Respecto a la situación de indefensión del señor Sierra, la entidad territorial demandada señaló: "Verificando la base de datos del SISBEN se encontró que el señor Gilmer Sierra García (…) es nivel 1 y cuenta con su código para el ingreso al Programa de Alimentación al Adulto Mayor ´ración preparada´ y en el momento que amplié (sic) cobertura el Ministerio cumple con los requisitos para el ingreso al Programa de Protección Social al Adulto Mayor, para lo cual la administración dará prioridad.

(…) no puede afirmarse que el Municipio de Montenegro este (sic) ejerciendo poder dominante sobre este ciudadano montenegrino, pues afirmar esto por el hecho de no acceder a sus pretensiones de pago de prestaciones sociales y otros factores que no adeuda la entidad territorial sería caer en el absurdo de que por el hecho de ser adulto mayor el Estado tenga que dar reconocimiento a unos derechos que no ha adquirido en ninguna manera como empleado público, ni como trabajador oficial del Estado (…) No puede tampoco otorgarse status de pensionado sino se dan los presupuestos legales para ello, como es el caso del señor Sierra García donde se pueden probar con los documentos los vínculos celebrados, no daban lugar al pago de la seguridad social en pensiones por parte de la entidad territorial."

Además de reiterar que entre el Municipio y el señor Sierra no existió ningún tipo de relación,

concluyó señalando que la acción de tutela debe declarase improcedente por la existencia de mecanismos ordinarios de defensa.

Intervinientes

Institución Educativa los Fundadores

La Institución Educativa solicitó que se declarará improcedente la acción de tutela presentada por el señor Gilmer Sierra. Para argumentar su postura señaló que, "(…) no ha probado por ningún medio idóneo dentro de este proceso, ni en otros, que exista una relación laboral entre él y el Municipio de Montenegro o la Institución Educativa Los Fundadores o la Secretaría de Educación, razón por la cual no puede reclamar salarios, prestaciones y mucho menos una pensión. Lo que si (sic) está probado es que el (sic) ocupa con su familia una vivienda de propiedad del Municipio de Montenegro, ubicada dentro del predio y que hace parte integrante de la construcción del Colegio Los Fundadores y donde no paga canon de arrendamiento ni servicios públicos, estos últimos son asumidos por el Municipio en su totalidad ya que las conexiones allí existentes hacen parte de la red general de toda la construcción y los contadores son únicos, es decir, no hay contadores separados para la vivienda."

La entidad también manifestó que, a pesar de que el señor Sierra hubiera celebrado ciertos contratos, no implica que en este momento tenga un contrato con la entidad. En este sentido explica: "Es cierto que en algunas oportunidades tanto el Municipio de Montenegro como el Departamento del Quindío a través de la Secretaría de Educación vincularon al señor Gilmer Sierra García como celador supernumerario, pero dichos contratos realizados conforme a la Ley también fueron terminados y liquidados legalmente, estando tanto el Municipio como el Departamento a paz y salvo. La Institución Educativa nunca ha vinculado al señor Sierra García como trabajador ya que no está facultada para hacerlo. Los celadores y aseadores siempre son nombrados por el Departamento del Quindío a través de la Secretaría de Educación. En reiteradas oportunidades he enviado oficios a la Secretaría de Educación sobre la necesidad de celadores y aseadores. Igualmente he enviado oficios a la Alcaldía Municipal solicitando se regule la ocupación de las viviendas porque considero irregular la forma como se hace en la actualidad ya que los ocupantes de las mismas usufructúan este servicio pero no lo retribuyen de ninguna manera."

Secretaría de Educación del Departamento del Quindío.

La Secretaría de Educación solicitó que no se condenará a su entidad por "falta de legitimación en la causa por pasiva". Respecto de los hechos alegados por el demandante, la entidad indicó: "Revisado el expediente del señor Gilmer Sierra García, el cual reposa en el archivo de esta dependencia, se encontró que el citado señor laboró como supernumerario con funciones de vigilancia en las siguientes fechas:

– Del 23-07-2003 al 22-10-2003

– Del 23-10-2003 al 31-12-2003

Al finalizar su período de vinculación, la Secretaría de Educación Departamental, liquidó las

prestaciones sociales a que tuvo derecho el señor Gilmer, encontrándose hoy a paz y salvo por todo concepto.

3. En cuanto al reconocimiento y el pago de prestaciones sociales, no es posible que la Secretaría de Educación haga tal reconocimiento toda vez que la autorización de habitar la vivienda del centro educativo no fue dada por esta Secretaria, por ser un bien inmueble del Municipio de Montenegro.

4. En la actualidad la Secretaría de Educación Departamental, tiene asignado a tres personas para que cumplan con las actividades de vigilancia de la Institución Educativa, (sic) las cuales una es pagada con recursos del Sistema General de Participaciones y las dos restantes con recursos del Monopolio y su vinculación es temporal.

5. De los hechos, la acción o la omisión que motiva la presente tutela y los derechos que se consideran violados o amenazados, se desprende que la Secretaría de Educación Departamental carece de competencia en el asunto, toda vez que este Despacho no tiene ninguna relación de tipo laboral con el accionante."

Pruebas

Las pruebas que obran en el expediente se pueden clasificar de la siguiente manera:

Pruebas que acreditan la prestación personal del servicio del señor Gilmer Sierra García en la Institución Educativa los Fundadores:

– Copia del Acta de Declaración para fin extraprocesal, con fecha del 7 de marzo de 2006. (F. 1)

– Copia del certificado proferido por el Jefe de Personal del Municipio de Montenegro, Departamento del Quindío, con fecha del 27 de enero de 2005 (F. 2).

– Copia informal de un cuaderno en el que los celadores de la Institución Educativa Los Fundadores firman la entrega y la recepción del turno de celaduría en los años 2007, 2008 y 2009 (F. 3-12).

– Copia del contrato de ocupación de vivienda escolar sector urbano Municipio de Montenegro, con fecha del 15 de marzo de 2001, suscrito entre Gustavo Zamudio Barbosa y Gilmer Sierra. (F. 13-15)

– Copia de la constancia suscrita entre el señor Ariel Loaiza y el señor Gilmer Sierra García. (F. 16)

– Copia del contrato de arrendamiento de vivienda de un colegio oficial, suscrito por Ariel Loaiza González y Gilmer Sierra García con fecha del 1 de enero de 2001. (F. 17-18)

– Copia del derecho de petición interpuesto por Gilmer Sierra García ante la Alcaldía Municipal de Montenegro, con fecha del 2 de enero de 2007. (F. 23-25)

– Copia de la declaración realizada por el señor Gilmer Sierra, con fecha del 21 de febrero de

2006. (F. 26-28)

– Copia de la certificación que expide el rector de la Institución Educativa Los Fundadores, señor Gustavo Zamudio, con fecha del 20 de febrero de 2004. (F. 32)

– Copia del certificado de terminación de labores del señor Gilmer Sierra proferido por la Secretaría de Educación Departamental del Departamento del Quindío, con fecha del 13 de febrero de 2004. (F. 33)

– Copia informal de un cuaderno en el que los celadores de la Institución Educativa Los Fundadores firman la entrega y la recepción del turno de celaduría en los años 2007, 2008 y 2009. (F. 42-107)

Pruebas que acreditan la existencia de órdenes de prestación de servicios entre el señor Gilmer Sierra García y el Municipio de Montenegro, Departamento del Quindío:

– Copia de la Orden Directa Nº 140 suscrita entre el Municipio de Montenegro y el señor Gilmer Sierra García, con fecha del 4 de abril de 2001. (F. 166-168)

– Copia de la Orden Directa Nº 0257 suscrita entre el Municipio de Montenegro y el señor Gilmer Sierra con fecha del 1 de abril de 2002. (F. 170-171)

– Copia de la Orden Directa Nº 0356 suscrita entre el Municipio de Montenegro y el señor Gilmer Sierra con fecha del 2 de mayo de 2002. (F.172-173)

– Copia de la Orden Directa Nº 0402 suscrita entre el Municipio de Montenegro y el señor Gilmer Sierra con fecha del 4 de junio de 2002. (F. 174-175)

– Copia de la Orden Directa Nº 0538 suscrita entre el Municipio de Montenegro y el señor Gilmer Sierra con fecha del 3 de julio de 2002. (F. 176-177)

– Copia de la Orden Directa Nº 0586 suscrita entre el Municipio de Montenegro y el señor Gilmer Sierra con fecha del 5 de agosto de 2002. (178-179)

– Copia de la Orden Directa Nº 0647 suscrita entre el Municipio de Montenegro y el señor Gilmer Sierra con fecha del 15 de septiembre de 2002. (F. 180-181)

– Copia de la Orden Directa Nº 0699 suscrita entre el Municipio de Montenegro y el señor Gilmer Sierra con fecha del 16 de octubre de 2002. (F.187-188)

– Certificación emitida por la Secretaría de la Subsecretaria de Asuntos Administrativos del Municipio de Montenegro respecto al tipo de vinculación de Gilmer Sierra, con fecha del 12 de mayo de 2009. (F. 238)

– Copia de la certificación suscrita por la Profesional Universitaria de Jefatura de Personal del Municipio de Montenegro Quindío, con fecha del 27 de enero de 2005. (F. 239)

Pruebas relacionadas con el proceso abreviado de restitución de la posesión adelantado por el Municipio de Montenegro contra el señor Gilmer Sierra García.

– Copia del requerimiento efectuado por la Secretaria de Gobierno del Municipio de Montenegro a Gilmer Sierra con el fin de que se le entregue el bien inmueble, con fecha del 12 de octubre de 2006. (F. 34)

– Copia de la demanda abreviada de restitución de la posesión interpuesta por el Municipio de Montenegro en contra del señor Gilmer Sierra. (F. 35-41)

– Copia de la contestación de la demanda del señor Gilmer Sierra en el proceso de restitución de la posesión iniciado por el Municipio de Montenegro. (F. 108-110)

– Copia de la sentencia del Juzgado 2 Promiscuo Municipal de Montenegro por medio de la cual se resolvió el Proceso Abreviado para Restitución de la Posesión iniciado a instancias del Municipio de Montenegro, con fecha del 13 de noviembre de 2008. (F. 114-122)

– Cuaderno numero dos del expediente.

Pruebas de las diferentes comunicaciones surtidas entre la Institución Educativa los Fundadores con el Municipio de Montenegro y con el Departamento del Quindío:

– Copia de la comunicación surtida por la Secretaria de Educación del Municipio de Montenegro a la Institución Educativa los Fundadores, con fecha del 23 de julio de 2003. (F. 29)

– Oficio del Rector de la Institución Educativa los Fundadores respecto de la planta de celadores que han laborado en dicho establecimiento, con fecha del 12 de mayo de 2009. (F. 235- 237)

– Copia del oficio suscrito por el Rector de la Institución Educativa Los Fundadores, José Luis Marulanda, dirigido a la Alcaldesa Municipal de Montenegro, con fecha del 2 de diciembre de 2008. (F. 250)

– Copia del oficio suscrito por el Rector de la Institución Educativa los Fundadores señor José Luis Marulanda Acosta dirigida a la Secretaría de Educación Departamental, con fecha del 16 de enero de 2008. (F. 252)

– Copia del oficio suscrito por el Rector de la Institución Educativa los Fundadores señor José Luis Marulanda Acosta dirigida a la Secretaría de Educación Departamental, con fecha del 30 de enero de 2009. (F. 253-254)

– Copia del oficio suscrito por el Rector de la Institución Educativa los Fundadores señor José Luis Marulanda Acosta dirigida a la Secretaría de Educación Departamental, con fecha del 28 de enero de 2009. (F. 255)

Pruebas adicionales que constan en el expediente:

– Copia de la partida de bautismo, proferida por la Parroquia Nuestra Señora de Valvanera de Pereira, Risaralda. (F. 30)

– Copia de la cédula de ciudadanía del señor Gilmer Sierra García. (F. 31)

– Copia del carné de afiliación al SISBEN del señor Gilmer Sierra García. (F. 31)

– Poder especial, amplio y suficiente otorgado por el Alcalde encargado del Municipio de Montenegro a su apoderado. (F.139)

– Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Gloria Inés Gutiérrez Botero. (F. 142)

– Copia del Decreto de Encargo Nº 056 de mayo 8 de 2009. (F. 145)

– Copia del Decreto de Nombramiento Nº 001 de enero 1 de 2009. (F. 143)

– Copia del acta de Posesión Nº 02 de 2009 (F. 144)

– Copia de los documentos de posesión y credencial electoral de la titular del cargo de Alcalde. (F. 140-141)

– Copia de la comunicación surtida por el Rector de la Institución Educativa los Fundadores, Ariel Loaiza, a la Alcaldía Municipal de Montenegro, con fecha del 2 de abril de 2001. (F. 169)

– Copia del Decreto Nº 473 de septiembre 30 de 2002, "Por medio del cual se zonifica el servicio educativo, se crean las instituciones educativas y se designan los directivos, docentes para la nueva organización educativa del Municipio de Montenegro que establece la Ley 715 de 2001". (F. 182-186)

– Copia del acta de conciliación extraproceso suscrita entre el señor Gilmer Sierra García y el Municipio de Montenegro con sus respectivos apoderados, con fecha del 24 de agosto de 2007. (F. 189-192)

– Copia del Decreto Nº 132 del 18 de diciembre de 2008 " Por medio del cual se liquida el presupuesto general de ingresos y gastos del Municipio de Montenegro Quindío para la vigencia fiscal del año 2009" y su anexo técnico. (F. 202-226)

– Copia del oficio de la Secretaría de Gobierno y Convivencia Municipal sobre la atención a la población de la tercera edad, con fecha del 11 de mayo de 2009. (F. 227-228)

– Copia del oficio remitido por el Consejo Directivo de la Institución Educativo los Fundadores al Contralor Departamental del Quindío, con fecha del 11 de abril de 2008. (F. 251)

– Copia de la comunicación surtida por la Secretaria de Gobierno del Municipio de Montenegro al señor Gilmer Sierra, con fecha del 15 de noviembre de 2006. (F. 256)

– Copia del acta de posesión de la Gobernadora del Departamento del Quindío, con fecha del 2 de enero de 2008. (F. 272)

– Copia del Decreto Nº 1 del 1 de enero de 2008 "Por medio del cual se hacen unos nombramientos" proferido por el Gobernador del Departamento del Quindío. (F. 269-271)

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

Única Instancia. Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Montenegro, Quindío.

El 21 de mayo de 2009, el juez de primera instancia decidió no tutelar los derechos invocados por el demandante. Para sustentar su decisión indicó que "Quedó establecido, tanto por lo manifestado por el mismo quejoso como por las entidades accionadas, que el señor Gilmer Sierra García no es víctima de vulneración en sus derechos fundamentales, el material probatorio aportado, es suficientemente claro para concluir que no estamos frente a un derecho reconocido y por tanto no resulta jurídicamente aceptable una vulneración.

Como se indicó con antelación la prosperidad del mecanismo de amparo constitucional deprecado por el accionante, está sujeto a que se pruebe la existencia de una acción u omisión por la autoridad pública que conlleve a una amenaza o vulneración de los derechos constitucionales fundamentales. De lo hasta aquí expuesto se concluye que el señor Gilmer Sierra García no se le ha afectado el "mínimo vital", a que se hace acreedor de conformidad con lo dispuesto por el artículo 53 de la Constitución Política."

Aunado a lo anterior, el juez indicó que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para tramitar la naturaleza de las pretensiones que el actor alega: "No es la acción de tutela el mecanismo idóneo para establecer si la relación contractual existente entre los peticionarios y el municipio es de carácter laboral o de otro orden. Ello corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En ese orden de ideas, si el motivo de la posible vulneración de los derechos invocados en este proceso radica en que la administración pretendió desconocer las garantías laborales disfrazando relaciones de esa índole con el ropaje de la prestación de servicios independientes, el juez competente para dilucidar el punto es el que conoce de las controversias de índole laboral que se traban entre la administración y los particulares. Únicamente a él atañe definir si, pese a las formas externas del contrato, hay en verdad una relación jurídica en la que éste (sic) de por medio la efectividad de los principios y las normas del Derecho del Trabajo. Tampoco es competente el juez de tutela para decidir si a la persona vinculada con la administración en la prestación de un determinado servicio se deben reconocer o no prestaciones sociales, ni para ordenar que se la afilie a una entidad de seguridad social."

III. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISION

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, por medio de auto de pruebas proferido el 15 de octubre de 2009, solicitó la siguiente información:

"Primero.- Ordenar que por Secretaría General se oficie al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal del Municipio de Montenegro, Departamento del Quindío, con la solicitud de que, en un término de quince (15) días hábiles a partir de la notificación de este auto, reciba y allegue al proceso los testimonios de las siguientes personas en relación con los cuestionarios que se detallan a continuación:

Ariel Loaiza (Ex Rector de la Institución Educativa Los Fundadores)

1. ¿Por cuánto tiempo fue usted Rector de la Institución Educativa Los Fundadores? ¿En qué período?

2. ¿Es cierto que el señor Gilmer Sierra García habitó y laboró en el colegio Los Fundadores desde el 11 de diciembre de 1991 hasta el momento en que usted dejó la Rectoría? En caso de ser afirmativa su respuesta:

a. ¿En qué calidad habitó el señor Sierra en los predios del colegio? ¿Se firmaron contratos de arrendamiento para cubrir todo el período? ¿Cuáles eran las condiciones de esos contratos? Favor adjuntar copia de los mismos.

b. ¿Qué funciones desempeñó el señor Sierra en el Colegio y en qué períodos lo hizo? ¿Bajo qué tipo de vinculación desarrolló sus labores el señor Sierra en la Institución Educativa Los Fundadores? Favor adjuntar copia de los contratos.

4. En el expediente consta que, el 14 de diciembre de 2001, usted y Gilmer Sierra García suscribieron la siguiente constancia: "Que el Colegio durante el período de vacaciones diciembre 15 del 2001 a enero del 2002, queda bajo el Control y Vigilancia del señor Gilmer Sierra, Señora y familia, quien de acuerdo al CONVENIO hecho con el Rector, no percibirá remuneración alguna por cuanto la contraprestación de dicho servicio es la de disfrutar de la vivienda por la cual no paga ni un peso". ¿Cuál fue el motivo para expedir esa constancia?

5. Gilmer Sierra García afirma que, en 1997, usted le indicó que asistiera a la Alcaldía Municipal de Montenegro para que comenzaran a suscribir contratos de prestación de servicios que regirían su situación laboral con la Institución Educativa. ¿Es eso cierto? ¿Por qué motivo le hizo usted esa indicación al señor Sierra?

Gustavo Zamudio Barbosa. (Ex Rector de la Institución Educativa Los Fundadores)

1. ¿Por cuánto tiempo fue usted Rector de la Institución Educativa Los Fundadores? ¿En qué período?

2. El 15 de marzo de 2002 usted y el Señor Gilmer Sierra García suscribieron un contrato de ocupación de vivienda escolar ¿Por qué suscribieron ese contrato? ¿Conoce usted desde cuando habitaba el señor Sierra esa vivienda? ¿Firmó otros contratos de arrendamiento con el señor Sierra?

3. ¿Por qué se incluyeron obligaciones de índole laboral en el contrato de 2002? ¿Ese contrato se renovó? ¿Estuvo vigente ese contrato durante todo su período como Rector?

4. Gilmer Sierra García afirma que, en 2005, usted le encargó el cuidado, el aseo, la limpieza y el barrido del colegio. ¿Es eso cierto? En caso de ser cierto, ¿bajo que modalidad contractual se prestaron esos servicios?

5. En el expediente reposa que, el 30 de enero de 2004, usted expidió una certificación en la que consta que el señor Gilmer Sierra trabajó como supernumerario con funciones de celador hasta el día 15 de febrero de 2004. ¿Desde cuando trabajó? ¿Suscribió usted otros contratos de esta índole con el señor Sierra? En caso de ser así, por favor descríbalos y adjúntelos.

José Luís Marulanda Acosta. Rector de la Institución Educativa Los Fundadores

1. ¿Desde cuando fue usted Rector de la Institución Educativa Los Fundadores? ¿En qué

período?

2. ¿El señor Gilmer Sierra habita actualmente en la Institución Educativa Los Fundadores? ¿Bajo que condiciones? ¿Tiene un contrato de arrendamiento? En caso de ser así. ¿Cuales son las condiciones del mismo? ¿Dentro de ellas se encuentra la obligación del señor Sierra de prestar vigilancia y realizar labores de mantenimiento en el colegio?

3. En el expediente del proceso reposa la copia informal de un cuaderno en el que los celadores de la Institución Educativa Los Fundadores firman la entrega y la recepción del turno de celaduría en los años 2007, 2008 y 2009. En el cuaderno aparece frecuentemente el señor Gilmer Sierra entregando y recibiendo el turno de vigilancia. ¿Cómo explica usted esa situación? ¿Trabajó el señor Gilmer Sierra como celador del colegio? En caso de ser así, ¿bajo qué condiciones?"

A los vigilantes María Elena Álvarez, Walter López, Jaime Naranjo y Julián Alberto Cortazar la Corte se les formuló el siguiente cuestionario:

"1. En el expediente del proceso de tutela instaurado por el señor Gilmer Sierra contra la Alcaldía de Montenegro reposa la copia informal de un cuaderno en el que los celadores de la Institución Educativa Los Fundadores firman la entrega y la recepción del turno de celaduría en los años 2007, 2008 y 2009. En el cuaderno aparece frecuentemente el señor Gilmer Sierra entregando y recibiendo el turno de vigilancia. ¿Trabaja usted como vigilante del colegio? ¿Desde cuando? ¿Llevan ustedes un cuaderno de estas características? ¿Conoce usted por qué motivo suscribió el señor Gilmer Sierra García un cuaderno de estas características?

2. ¿A usted le consta que el señor Gilmer Sierra trabajaba para el colegio? En caso de ser así, ¿usted conocía las condiciones de tiempo, modo y lugar bajo las cuales Gilmer Sierra García se encontraba vinculado a la Institución Educativa Los Fundadores?"

De igual manera, en el auto de pruebas en comentó se requirió a la Secretaria de Educación del Departamento del Quindío y al Municipio de Montenegro, Departamento del Quindío:

1. Desde hace varios años el señor Gilmer Sierra García habita en una vivienda ubicada dentro de la Institución Educativa Los Fundadores, en el municipio de Montenegro. ¿Qué le consta a usted acerca de las condiciones contractuales en las que el señor Sierra habita en ese lugar? ¿Sabe usted desde hace cuánto vive el señor Sierra en ese lugar? En caso de que disponga de los contratos que rigen esa relación, favor allegar copia de los mismos.

2. En el expediente consta que el señor Gilmer Sierra ha prestado servicios de vigilancia en la Institución Educativa mencionada. ¿Ha prestado el señor Sierra servicios de vigilancia o de otra índole para la Secretaria en relación con la institución mencionada? En caso de ser así, favor allegar copia de los contratos.

3. Favor remitir todos los documentos que considere importantes para la resolución de este proceso.

Tercero. Ordenar que por Secretaría General se oficie al Municipio de Montenegro, Departamento del Quindío, con la solicitud de que, en un término de diez (10) días hábiles a

partir de la notificación de este auto, responda a esta Corporación el siguiente cuestionario y allegue los siguientes documentos:

1. Desde hace varios años el señor Gilmer Sierra García habita en una vivienda ubicada dentro de la Institución Educativa Los Fundadores, en el municipio de Montenegro. ¿Qué le consta a usted acerca de las condiciones contractuales en las que el señor Sierra habita en ese lugar? ¿Sabe usted desde hace cuánto vive el señor Sierra en ese lugar? En caso de que disponga de los contratos que rigen esa relación, favor allegar copia de los mismos.

2. En el expediente consta que el señor Gilmer Sierra ha prestado servicios de vigilancia en la Institución Educativa Los Fundadores del Municipio de Montenegro. ¿Ha prestado el señor Sierra servicios de vigilancia o de otra índole para el Municipio en relación con el Instituto? En caso de ser así, favor allegar copia de los contratos.

3. En el expediente reposa la copia informal de un cuaderno en el que los celadores de la Institución Educativa Los Fundadores firman la entrega y la recepción del turno de celaduría en los años 2007, 2008 y 2009. En el cuaderno aparece frecuentemente el señor Gilmer Sierra entregando y recibiendo el turno de vigilancia. ¿Gilmer Sierra trabaja como vigilante del colegio? ¿Desde cuándo? ¿Cuál es la relación laboral o civil del señor Sierra con el municipio?

4. Gilmer Sierra afirma que, en el año 2006, el Municipio de Montenegro realizó una reunión con los caseros para formalizar su situación laboral. ¿Es eso cierto? ¿Si es cierto, describa como era la relación anterior con los caseros? ¿Tenían ellos que cumplir servicios de vigilancia, aseo y mantenimiento? ¿Qué recibían ellos en contraprestación? ¿A título de qué contrato habitaban en la vivienda escolar? Además, ¿cuáles fueron las conclusiones que allí se adoptaron? En caso de existir actas sobre la reunión favor allegarlas. ¿Se les propuso a los caseros un determinado contrato que regiría su vinculación con las instituciones y con el Municipio? Favor allegar copia del contrato presentado en dicha reunión.

5. Favor remitir todos los documentos que considere importantes para la resolución de este proceso."

De conformidad con lo solicitado se fueron acopiando los diferentes testimonios solicitados y la información requerida. La Sala de Revisión se permite hacer un breve recuento sobre los aspectos más relevantes del mentado acervo probatorio:

La Alcaldía Municipal de Montenegro indicó lo siguiente:

"Se contesta lo que se ha venido argumentado en el proceso tutelar cuyo conocimiento se obtuvo del entonces Rector de la Institución Educativa Los Fundadores, José Luis Marulanda: según el cual anteriores antecesores de él celebraron contratos de arrendamiento con el señor Gilmer Sierra entre ellos los que se citaron en la contestación al hecho segundo de la demanda: 01 de enero de 2001 y por 12 meses, diciembre 14 de 2001 por dos meses, el de seis (6) meses suscrito entre el 14 de marzo de 2002 y septiembre de 2002.

El citado señor ha ocupado según la información del Rector un espacio como casero de la vivienda de la Institución en las fechas indicadas bajo contrato y posteriormente se negó a

entregar el espacio, desde entonces deviene el conflicto entre las partes (Institución Educativa y Sr. Gilmer Sierra). Es decir el conocimiento de la relación contractual o extracontractual ha sido por información del Rector, mas no porque la entidad territorial que representó (sic) haya sido partícipe de dichas relaciones amparadas o no en un contrato, ni menos porque dichos contratos reposen en la Alcaldía de Montenegro, teniendo en cuenta que el manejo personal de las instituciones educativas y la celebración de acuerdos de diferente naturaleza no son competencia del ente territorial pues el municipio no esta (sic) certificado para la prestación directa del servicio de educación."

Las demás preguntas fueron respondidas con los mismos elementos anteriormente descritos, no obstante realizó una afirmación para concluir su intervención que merece indicarse:

"Cabe resaltar Honorables Magistrados que la Institución Educativa tantas veces mencionada pese a que esta (sic) ubicada en el ámbito territorial de Montenegro fue creada por el Departamento del Quindío según Decreto 00473 en cumplimiento de la ley 715 de 2001, considerándose que por ese solo hecho no puede ser solidario en ninguna manera de las pretensiones laborales que por vía de tutela reclama el actor, máxime cuando por competencia de ley al ente territorial no le corresponde los gastos de funcionamiento de las Instituciones Educativas públicas del Municipio."

La Gobernación del Departamento del Quindío indicó lo siguiente sobre los asuntos requeridos:

"Que el señor Gilmer Sierra García con cédula de ciudadanía número 3.372.079 recibió del Departamento del Quindío por intermedio de esta entidad como: Celador, del 23 de julio al 31 de diciembre de 2003 con un sueldo de $332.001, con $37.500 por subsidio de transporte y $28.805 como prima de alimentación mensuales. Del 1 de enero al 18 de febrero de 2004 con un sueldo de $357.997, con $41.600 por subsidio de transporte y por $49.080 como prima de alimentación mensuales."

Los testimonios solicitados por la Corte Constitucional fueron practicados el 10 de noviembre de 2009. El señor Ariel Loaiza: "desde el 21 de febrero de 1971, me nombraron Director del Plantel antes citado. A partir de 1996, que empezó el Bachillerato en dicho establecimiento educativo, ya mi cargo fue el de Rector. Por consiguiente, teniendo en cuenta mi vinculación como Director y luego como Rector del colegio los Fundadores, fueron treinta y un (31) años al servicio de ese centro educativo. En cuanto al período exacto, entonces tenemos que fue desde el 21 de febrero de 1971 al 17 de enero de 2002, fecha en la cual me retiré por cumplimiento de edad de retiro forzoso; y, empecé a disfrutar la pensión de jubilación."

El señor Loaiza manifestó que el señor Gilmer Sierra laboró en el colegio desde el 11 de diciembre de 1991. "En esa época el Municipio ni nadie nombraba celadores, vigilantes, ni personas para cuidar el colegio. Entonces por convenio se le daba la vivienda a una persona pobre bajo el compromiso de pagar un arrendamiento mensual, a bajo precio, pongamos para ese año, más o menos veinte mil pesos (…), pero en verdad, que ni él nos pagaba ni nosotros le cobrábamos, ese mismo dinero quedaba compensado como retribución por él cuidarnos el colegio. Cada año firmábamos un documento, en el que constaba que el día que el Rector necesitara el colegio no habría compromiso ni demandas de nada, que él libremente aceptaba dichas cláusulas, pues en últimas a él se le colaboraba con la vivienda.

Igualmente, se dejaba la constancia que en caso de él querer retirarse de esa vivienda, avisaría con tiempo al Rector, para que éste consiguiera a otra persona. Sinceramente, éste era un comodato de uso. De esta manera así funcionó el convenio o contrato hasta marzo de 1997, cuando fue nombrado a partir de ese año, en propiedad, el señor Sierra por el Municipio de Montenegro, Quindío, ya como vigilante, haciendo ya parte de la planta de personal del municipio, pero hasta donde yo sé, antes de retirarme, él estuvo laborando como vigilante nombrado por la Secretaría de Educación Departamental, pero no sé en qué condiciones como tampoco sé ni recuerdo la fecha. Mucho menos sé qué sucedió, a partir del 18 de enero de 2002, ya retirado de la institución. (…)".

El señor Loaiza expresó lo trascrito a continuación con relación a las funciones del señor Sierra: "El cuidaba el colegio, así como expresé anteriormente. De esa manera, se desempeñó en convenio desde 1991 hasta marzo de 1997. Después, ya fue vinculado como empleado de la Administración Municipal y luego de la Departamental, como vigilante. Como dije antes, cada año se firmaba un documento cuando estaba en convenio. Ya después, él vinculado a la Administración, no sé qué acto administrativo existiría. (…)"

En su testimonio hizo referencia a las obligaciones laborales pactadas en el contrato de arrendamiento del 1 de enero de 2001. "Muy raro que aparezca eso así, porque es como he venido expresando, era un comodato. No debe aparecer eso, pues en los mismos documentos que cada año se firmaban, decía que él no haría ningún tipo de reclamación y que él se beneficiaría con el uso de la vivienda, tanto él (sic) su propia familia. Si, desde 1991, cada año se renovaba y se firmaba el documento, con las mismas cláusulas, donde él disfrutaría la vivienda, lo cual se realizó en unión de su familia, y a cambio nos colaboraba con cuidar el colegio, pues allí no había vigilante ni el Municipio de Montenegro, Quindío, nombraba vigilante. Esos documentos los firmábamos el señor Gilmer Sierra y yo."

Finalmente, el señor Ariel Loaiza reconoció que en 1997 le indicó al señor Gilmer Sierra que asistiera a la Alcaldía Municipal de Montenegro para que comenzaran a suscribir contratos de prestación de servicios que regirían su situación laboral con la Institución Educativa "porque siempre luché porque nombraran en propiedad a un vigilante, que nos cuidara el colegio."

El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Montenegro también recibió la declaración del ex Rector Gustavo Zamudio Barbosa. "Yo estuve como Rector de esta Institución más o menos tres (3) años. Por el período comprendido entre el 2002 al 2005, pero no sé las fechas exactas." Cuando fue interrogado sobre el contrato suscrito por él y por el señor Sierra en marzo de 2002 señaló: "La verdad no recuerdo haber firmado ningún contrato. De pronto como era el Municipio de Montenegro quien disponía quien (sic) vivía en las casas de las instituciones educativas, me comisionó para que el señor firmara ese documento y yo como testigo, pero nunca yo como director responsable. (…)"

El señor Sierra manifestó que en el año 2005 el entonces rector, Gustavo Zamudio Barbosa le había encargado el cuidado, el aseo, la limpieza y el barrido del colegio. Al respecto el señor Zamudio indicó: "No es cierto. El no tenía ningún vínculo de carácter laboral conmigo ni con la Institución. El simplemente era el casero del colegio, vivía ahí y disfrutaba la vivienda. Por tanto entre él y yo, no existía ningún contrato porque él dependía del Municipio. A veces el Municipio le daba contrato y otras veces no, como dije antes, a término fijo."

El otro rector que fue interrogado para la solución del presente caso fue el señor José Luis Marulanda Acosta: “Estuve 4 años pasaditos. Desde el 11 de julio de 2005 hasta el 31 de agosto de 2009.” Acerca de las actuales condiciones en las que se encuentra el señor Sierra el ex rector manifestó: “Sí el (sic) habita allí. El ocupa la vivienda que existe dentro del colegio, no paga servicios públicos ni alquiler. Fue una concesión de la Alcaldía de mucho tiempo atrás, que desafortunadamente la misma alcaldía nunca reguló por escrito. Inclusive, en el año 2007 la Alcaldía Municipal de Montenegro, le inició un proceso de restitución de la posesión, tramitado en el Juzgado Promiscuo Municipal de Montenegro, Quindío, el cual finalizó con sentencia donde se desestimaron las pretensiones del municipio aduciendo que existió un contrato de arrendamiento entre el colegio y el señor Gilmer Sierra. No existió obligación del señor Sierra de prestar vigilancia y realizar labores de mantenimiento dentro del colegio, precisamente durante mi tiempo como Rector en varias oportunidades solicité al Despacho de la Alcaldía Municipal de Montenegro, se regulara de alguna manera, no solamente la situación de Don Gilmer Sierra, sino de todos los caseros en las escuelas y colegios del Municipio de Montenegro, ya que estas personas residían y se beneficiaban incluso no pagando servicios públicos, pero no retribuían en nada por esta especie de comodato. Nunca atendió el Municipio mi llamado.”

Finalmente, al señor Marulanda se respondió lo relativo a la copia del cuaderno informal de los años 2007, 2008 y 2009 en el que consta la entrega y recepción del turno de vigilancia: “Don Gilmer nunca tuvo la calidad de empleado del colegio, al menos durante mi mandato. A él, en calidad de casero, los celadores o porteros del colegio le entregaban las llaves al finalizar las labores, pero no significaba esto que le estuvieran entregando un turno de vigilancia. Si él firmaba era para la seguridad del portero que entregaba las llaves. Nada más significaba eso. Al señor Gilmer Sierra nunca se le asignaron funciones de celaduría por mi parte. Por consiguiente, durante mi mandato, el señor Sierra nunca trabajó como celador del colegio.”

Flor Elena Álvarez Madrigal, quien trabaja para la Institución Educativa los Fundadores fue consultada sobre la copia informal del cuaderno en el que firman la entrega y recepción del turno de celaduría en los años 2007, 2008 y 2009: “Yo soy nombrada por la Secretaría de Educación Departamental del Quindío, como auxiliar de servicios generales, pero por enfermedad profesional, salud ocupacional, riesgos profesionales y medicina laboral, hablaron con el señor Gustavo Zamudio y después por el señor José Luis Marulanda, que no podía hacer aseo en el colegio ni trabajos pesados por mi enfermedad, entonces fui reubicada por los mencionados señores en la portería, para estar pendiente de la entrada y salida de personal. Como allí no hay vigilante, entonces yo le entrego el turno a Don Gilmer Sierra, incluyendo llaves y firmamos en el cuaderno. Así hacen los otros porteros de turno cuando se nombran o no están en descanso. Eso lo hace así porque él vive en la vivienda y precisamente, cuando no hay celadores nombrados. Yo trabajo sola de nueve de la mañana a seis de la tarde, de lunes a viernes. El firma el libro porque recibe turno como si fuera celador, no sé por que se reporte (sic) así, lo hace como si fuera celador.”

De igual manera, a la señora se le preguntó acerca de las condiciones laborales del señor Sierra: “Yo lo veo ahí, ayuda en todo, portería, siembra, corta la maleza y cuida ahí. Vive todavía. Don Gilmer Sierra no tiene contrato ahora. En un tiempo atrás sí tuvo contrato con la Secretaría de Educación Departamental y me consta, que allí, por la edad, no lo volvieron a

contratar." (…) "Lo único que sé es que es un señor muy ancianito, pero muy guapo, muy responsable para trabajar, además de colaborador en todo."

Walter López Soto, quien también trabajó en la Institución Educativa los Fundadores, fue interrogado sobre el mentado cuaderno: "Sí, soy auxiliar de servicios generales y hago de todo un poquito, entre esas, la portería del colegio. Estoy en ese colegio, desde el 29 de septiembre de 2004. Sí hay que llevar el cuaderno con esas características, hay que firmar cuando se entrega y se recibe el turno. El señor Gilmer Sierra firma, a veces un fin de semana que no laboramos o no hay auxiliares nombrados, como él es el casero, a él le debe entregar, porque allí no queda nadie más y debemos entregar a alguien. (…) Siempre he conocido a don Gilmer Sierra como el casero del colegio."

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes, y por haber sido escogido para revisión por la Sala de Selección Numero Siete.

Problema jurídico

A la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional le corresponde determinar si el Municipio de Montenegro, Departamento del Quindío, ha vulnerado los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital y a la seguridad social del señor Gilmer Sierra García, quien sostiene que se ha configurado un contrato realidad en materia laboral por las funciones que ha desempeñado en la Institución Educativa Los Fundadores.

El orden que se desarrollará para resolver dicho problema jurídico es: i) La procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el pago de acreencias laborales y solicitar la declaratoria del contrato realidad. ii) La jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el contrato realidad. iii) La jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el contrato realidad iv) La naturaleza del contrato de prestación de servicios. v) La regulación del pago en especie. vi) La solución del caso concreto y las vii) conclusiones.

1. Procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el pago de acreencias laborales y solicitar la declaratoria del contrato realidad.

1. 1. La jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela no procede, de manera general, para solicitar el cumplimiento de prestaciones de naturaleza laboral debido a su carácter subsidiario y residual. No obstante, se admite su procedencia excepcional atendiendo a las particularidades del caso y cuando se ven comprometidos derechos fundamentales de una persona que es titular de una protección especial por parte del Estado. En la sentencia T-426 de 2004 se afirmó lo siguiente sobre este asunto:

"(…) la tutela, por regla general, no es el mecanismo idóneo para obtener el pago de acreencias laborales, ante la existencia de otros mecanismos judiciales de defensa. Sin embargo, la tutela procederá de manera excepcional,1 atendiendo a las circunstancias

especiales de cada caso, cuando (i) el medio de defensa judicial no sea eficaz; (ii) se esté en presencia de un perjuicio irremediable; (iii) se trate de una persona de la tercera edad cuyo estado de indefensión no le permita esperar los trámites propios de un proceso ordinario, y finalmente, (iv) cuando se vea afectado el mínimo vital del accionante o su familia2. Lo anterior, por cuanto se estaría ante una vulneración directa del derecho a la vida en condiciones dignas y justas3, pues ante la ausencia de pago de los salarios devengados se imposibilita el cubrimiento de las necesidades más básicas de vivienda, vestido, salud, alimentación, educación y pago de servicios públicos."

1.2. Del mismo modo, en la sentencia T-447 de 2008, caso en el cual el accionante se encontraba vinculado a una cooperativa y sufrió una incapacidad de origen no profesional, lo que generó que fuere desvinculado de la empresa, y perdiere su afiliación a la seguridad social, solicitó al juez de tutela que le protegieran sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social. En esa ocasión la Corte afirmó que:

"(…) uno de los postulados desarrollados de manera más prolija en materia laboral por esta Corporación es aquel conocido como el `principio de contrato realidad` o `primacía de la realidad sobre las formalidades`4. Como fue señalado en sentencia C-166 de 1997, esta máxima guarda relación con el principio de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 228 del texto constitucional como uno de los preceptos rectores de la administración de justicia. En desarrollo de esta máxima, corresponde al juez llevar a cabo un atento examen de cada uno de los elementos que rodean la prestación de servicios de manera tal que logre determinar el contenido material de la relación que subyace la pretensión de las partes que se dirigen a la autoridad judicial. En tal sentido, el operador jurídico se encuentra llamado a hacer prescindencia de los elementos formales que envuelven el contrato con el objetivo de establecer si en el caso concreto se presentan los elementos que de acuerdo al artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo definen el vínculo laboral."

1.3. Igualmente, en la sentencia T-290 de 2006 se abordó el caso de una persona que trabajó como docente para el Estado por más de dos meses y sus salarios nunca fueron cancelados. De igual forma el accionante alegó que desconoció las razones de su desvinculación. Por ello, solicitó la protección de sus derechos fundamentales. Para determinar la procedencia de esta controversia la Corte señaló:

"…En los casos en que excepcionalmente procede la tutela para dirimir este tipo de controversias -uno de los cuales es, como en el presente, el de la afectación del mínimo vital de la persona-, el juez debe establecer con claridad y firmeza cuál es la modalidad de trabajo existente en el caso concreto, cuáles son sus características y la situación específica, y ha de resolver, de conformidad con lo probado, lo que corresponda a la efectiva protección de los derechos fundamentales del trabajador. Y en esa tarea, está obligado a verificar los hechos, aunque desde el punto de vista formal se haya exhibido ante él una relación distinta de la laboral, con el fin de quitarle competencia y desconocer las mínimas garantías plasmadas en la legislación a favor del trabajador."5

1.4. Un caso adicional en el que se analizó la procedibilidad de la acción de tutela sobre casos que implicaban la declaratoria de una relación laboral fue la sentencia T- 519 de 2009.

El accionante, de 89 años, laboró para el Estado en diferentes entidades; sin embargo, al momento de reclamar su pensión el ISS la negó por falta de tiempo de servicio, pues según una de las entidades nunca existió vinculo laboral con el demandante. Al determinar la procedencia de la tutela en este caso la Corte estipuló que:

1.5. En esta sentencia también se especificó lo referente al perjuicio irremediable en materia laboral:

"Cuando alega como perjuicio irremediable la afectación del mínimo vital, la Corte ha establecido, en esencia, dos presunciones de afectación del mismo:7 De un lado, cuando se dé un incumplimiento prolongado o indefinido de las prestaciones, estimándose el término de más de dos meses como suficiente para tal efecto;8 y, de otro, un incumplimiento, aún inferior a dos meses, si la prestación es menor a dos salarios mínimos.9 Incluso, dadas las condiciones reunidas en estas hipótesis, aunque no se presuma su afectación, todavía puede considerarse vulnerado el derecho al mínimo vital cuando el actor pruebe así sea sumariamente, que su subsistencia digna se ve conculcada por el incumplimiento. No obstante, en general, quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de pago de alguna acreencia laboral o pensional, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria, pues la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de esa manera, los hechos en los que basa sus pretensiones.10"11

1.6. Por el interés y la importancia que adquiere para la solución del presente caso, también es oportuno señalar lo expuesto en la mentada sentencia sobre la procedibilidad de la acción de tutela, cuando se trata de declarar la existencia del contrato realidad. En ese caso al tratarse de un sujeto de especial protección constitucional la acción de tutela procedió para el amparo de su derecho al mínimo vital, y por tanto, la Corte procedió a verificar los elementos de la relación laboral en el proceso y determinó que era pertinente conceder el amparo en el caso concreto.

"(…) bajo la premisa de que pueden verse comprometidos los derechos fundamentales a la integridad, al mínimo vital y derechos de los sujetos de especial protección, la Corte ha procedido a analizar, bajo la noción del "contrato realidad", si es posible derivar una relación de orden laboral de una vinculación que formalmente responde a cualquier otro orden. Desde luego, como ya se dijo, la definición de este tipo de controversias, por ser de índole estrictamente legal, deben plantearse ante la jurisdicción laboral o ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues ellas son las competentes para conocerlas y decidirlas.

Con todo, en situaciones excepcionales, como la que se estudia, cuando el desconocimiento del principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales vulnera derechos fundamentales de personas de la tercera edad, llegando al punto de plantear un perjuicio irremediable, o cuando los jueces han negado su aplicación de manera manifiestamente infundada, la jurisprudencia constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela con miras a la protección de los derechos conculcados. En ese sentido, la noción del "contrato realidad" parte de la estructuración fáctica de los elementos determinantes de una relación de orden laboral, éstos son: (i) prestación personal de servicios, (ii) subordinación o dependencia, lo que se manifiesta en el cumplimiento de órdenes y (iii) salario como

contraprestación del servicio prestado.”12

1.7. En suma, la Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela no procede para solicitar reclamaciones de naturaleza laboral y la declaratoria del contrato realidad porque el carácter de dicha acción es subsidiaria y residual. No obstante, esta regla también contiene una excepción que consiste en la posibilidad de que la mentada acción constitucional puede ser ejercida por los sujetos que son titulares de una especial protección constitucional por parte del Estado, por tanto, cuando existe una amenaza o vulneración a sus derechos fundamentales, esta resulta ser una herramienta eficaz e idónea en procura de su respectivo amparo.

2. La jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el contrato realidad

2. 1. El origen constitucional de la declaratoria de una relación laboral subyace en lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución al enunciar la “primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”. En dicho enunciado normativo se prescriben los principios mínimos fundamentales que deben regir el estatuto del trabajo. La Corte Constitucional ha establecido que, a pesar de que este estatuto no haya sido promulgado, estos principios de actuación deben ser interpretados de manera directa de la Carta.13

2.2. En este acápite se realizará un recuento sobre ciertos casos en los cuales la Corte Constitucional ha declarado la existencia real y efectiva de una relación laboral, con el fin de contrastar las reglas jurisprudenciales allí enunciadas con los presupuestos fácticos del presente proceso. La Corte Constitucional ha subsumido, en los distintos casos que ha abordado el tema, los requisitos prescritos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 1 de la Ley 50 de 1990, para desarrollar el enunciado constitucional de la prevalencia de la realidad sobre la forma en materia laboral:

“1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales: 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 mínimos del trabajador 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.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”

2.3. En la sentencia T-180 del 2000 el accionante interpuso acción de tutela contra el Municipio de Túquerres por violación de sus derechos constitucionales al trabajo y a la seguridad social. En dicho caso el tutelante había sido nombrado vigilante en la Escuela de Varones Nº 1 “Don Bosco” de la ciudad de Túquerres y dentro de un plan de reestructuración llevado a cabo en 1995, la administración municipal le comunicó la decisión de retirarlo, sin

que se le hubiera cancelado ningún valor por concepto de indemnización. No obstante lo anterior, en forma verbal se le pidió que continuara laborando como vigilante, cumpliendo horario y sin ninguna contraprestación de salarios. El peticionario era de avanzada edad.

2.4. Ante este supuesto la Corte Constitucional señaló:

"(…) lo determinante para que se configure la relación laboral y para que nazcan las correspondientes obligaciones en cabeza del patrono es la concreta y real prestación de servicios remunerados en condiciones de dependencia o subordinación.

De allí resulta que el acto del patrono por medio del cual desvincula formalmente a su trabajador queda sin efecto si, de hecho, con el consentimiento del empleador, aquél continúa por poco o mucho tiempo ejecutando las labores propias de su antigua vinculación.

Por ello, el contrato de trabajo no tiene que constar por escrito, lo cual significa que la existencia jurídica del vínculo laboral no está ligada a documento alguno sino a la relación efectiva. El documento suscrito por las partes solamente sirve para regular con mayor precisión las relaciones recíprocas, laborales y económicas, en un plano de libre y voluntario acuerdo. Pero, si no lo hay, no por ello desaparece ni se desdibuja el convenio (…)"

2.5. Del mismo modo, en la sentencia T-335 de 2004 se resolvió un caso en donde la accionante trabajó como auxiliar de enfermería en la Empresa Social del Estado Hospital Materno Infantil durante cinco meses y un día, pero nunca le pagaron los salarios correspondientes. En dicho caso la tutelante era madre cabeza de familia y la subsistencia de sus hijos dependía de sus ingresos. En esa ocasión la Corte afirmó que:

"el mínimo vital está compuesto por aquellos `requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia`, especialmente en lo relacionado con su alimentación, vestido, educación, vivienda y seguridad social. Así mismo, la jurisprudencia Constitucional ha precisado que el mínimo vital es una institución de justicia elemental que se impone aplicar, como repetidamente lo ha hecho la Corte Constitucional, en situaciones humanas límites producidas por la extrema pobreza y la indigencia cuando quiera que frente a las necesidades más elementales y primarias, el Estado y la sociedad no responden de manera congruente y dejan de notificarse de las afectaciones más extremas de la dignidad humana".

2.6. Igualmente, se tiene que anotar que en la sentencia en comento se arguyó la afectación del derecho al mínimo vital, como requisito de procedebilidad de la acción de tutela para este tipo de casos. Dicha afectación debe reunir las siguientes condiciones:

i. "Cuando existe un incumplimiento salarial.

ii. Cuando el incumplimiento afecta el mínimo vital del trabajador

a. Puede presumirse la afectación al mínimo vital, si el incumplimiento es prolongado o indefinido,

b. Se entiende por incumplimiento prolongado o indefinido, aquel que se extiende por más de dos meses, con excepción de aquella remuneración equivalente a un salario mínimo,

c. Los argumentos económicos, presupuestales o financieros no justifican el incumplimiento salarial,

d. Aún cuando se comprueben las anteriores hipótesis, no se entiende afectado el mínimo vital, cuando se demuestra que la persona posee otros ingresos o recursos con los cuales puede atender sus necesidades primarias vitales y las de su familia.

Por lo tanto, considera la Corte que la relación entre quien ve afectado su derecho al mínimo vital y quien lo afecta ha de ser una relación de carácter laboral. Por eso, procede ha (sic) estudiar las relaciones laborales; en primer lugar, establece que no procede la protección por medio de tutela cuando media un contrato de prestación de servicios; "sin embargo, la Corte también ha manifestado que en ciertos eventos, las circunstancias fácticas demuestran que en un caso concreto puede existir una relación laboral, oculta bajo la figura de un contrato de prestación de servicios. Por tal razón, resulta indispensable analizar en cada situación, si efectivamente se dan los supuestos para concluir que en realidad existe un contrato de trabajo, y que por tanto debe protegerse el salario. Así lo indicó la Corte en la sentencia T – 500 de 2000, en donde señaló que la denominación "contrato de prestación de servicios" no afecta la viabilidad de la tutela, si en realidad puede probarse una relación laboral."14

Para resolver este caso la Corte reiteró los criterios que se expusieron en el acápite 2.2 de esta providencia sobre la declaración de la relación laboral. Por ello, en este caso, la Sala verificó dichos elementos y además se vislumbró que se le había afectado a ella y a su familia su derecho al mínimo vital; razón por la cual procedió a conceder el amparo solicitado.15

2.8. Una regla adicional que la Corte ha estructurado sobre la declaración de la relación laboral es que está se define a partir de indicios. Esta tesis se presentó en la sentencia T-501 de 2004 en donde se dijo que:

"(…) se advierte que, si bien los contratos de prestación de servicios excluyen cualquier tipo de relación laboral, es claro que en algunas ocasiones el mismo es utilizado tanto por los empleadores privados como públicos para distraer la configuración de una verdadera relación laboral y el pago consecuente de las prestaciones que se originan en este tipo de relación. En la misma sentencia también se recuerda que los elementos que configuran la existencia de un contrato de trabajo son el salario, la continua subordinación y la prestación personal del servicio.

Así pues, se indica que la noción del contrato realidad conlleva a dar primacía a la estructuración material de los elementos fundamentales de una relación de trabajo, independientemente de la denominación que adopte el empleador para el tipo de contrato que suscriba con el trabajador.

Para tal efecto, se expone que se deben establecer los supuestos fácticos de cada caso concreto para lo cual es necesario acudir a indicios, con base en el contrato realidad, que permitieren inferir la estructuración de una relación laboral." (Subrayado fuero del texto

original)

2.9. Igualmente, la sentencia T-1109 de 2005 también constituye un precedente importante para la solución del presente proceso. En ese caso, el accionante se desempeñó en virtud de sucesivas órdenes de prestación de servicios expedidas por la Secretaría de Educación del Municipio de Pereira, en forma ininterrumpida, como celador del Instituto Docente Normal Superior de dicha ciudad, desde el mes de junio del año 2002. Fue hospitalizado el 3 de septiembre de dicho año pues se le diagnosticó Epoc Severo Cardioplegaria y se le dictaminó una incapacidad inicial de 30 días, que venció el 15 de enero de 2005, la cual se fue prorrogando en forma periódica hasta el 16 de mayo de 2005, fecha en la que le prescribieron oxígeno de por vida. El peticionario aseguró que el 1 de marzo de 2005, fue citado en la Secretaría de Educación para suscribir un contrato de prestación de servicios, en aras de continuar con la labor de celador que venía desempeñando, contrato que inicialmente se negó a firmar por el hecho de estar incapacitado, pero a pesar de ello fue obligado a hacerlo.

Para solucionar ese caso, la Corte indicó lo siguiente: "Como fue señalado en sentencia T-992 de 2005 `En conclusión, el principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales permite determinar la situación real en que se encuentra el trabajador respecto del patrono, la realidad de los hechos y las situaciones objetivas surgidas entre estos. Debido a esto es posible afirmar la existencia de un contrato de trabajo y desvirtuar las formas jurídicas mediante las cuales se pretende encubrir, tal como ocurre con los contratos civiles o comerciales o aún con los contratos de prestación de servicios`."

2.10. Por otra parte, en la sentencia T- 021 de 2006 se acogió la teoría del contrato realidad para solicitar la protección de los derechos fundamentales de una mujer embarazada. La accionante empezó a trabajar en un establecimiento de comercio, desempeñando labores de secretaría y oficios varios. El propietario y administrador del establecimiento señalado, negó esa situación; en cambio, afirmó que la actora nunca estuvo vinculada laboralmente a su establecimiento y que la relación de la accionante con su empresa se circunscribía a la prestación de servicios varios de manera ocasional, de acuerdo con las necesidades del negocio. Luego la actora quedó en estado de embarazo. La demandante le comunicó de manera verbal esta situación al empleador, lo cual fue negado por el propietario del establecimiento. En razón de su estado de embarazo, el demandado dio por terminado su contrato de trabajo.

Para resolver el problema jurídico planteado en esta providencia la Corte indicó: "Esta Corporación ha establecido, a través de reiterados pronunciamientos, que, de acuerdo con el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas16, independientemente de la denominación que se le dé al contrato o a la relación por virtud de la cual una persona presta sus servicios personales a otra, si en la práctica se comprueba la existencia de unos elementos específicos, definitorios de una relación de trabajo, será necesario concluir que el vínculo existente es de carácter laboral."

2.11. Siguiendo con la jurisprudencia en torno al contrato realidad en la sentencia C-960 de 200717 se reitera el precedente explicado con relación a la prevalencia de la realidad sobre

la forma y sostiene que el rasgo definitorio de la relación laboral es la subordinación durante la prestación personal del servicio:

“De acuerdo a lo anterior, cuando se hace referencia a una “relación laboral” se debe entender que ésta no depende de la clasificación que se le haya dado al contrato formalmente celebrado sino de las condiciones reales en las que se desarrolla la actividad. Por lo tanto, si se encuentran los elementos esenciales mencionados, se deberá entender que existe una relación de tipo laboral con todas las implicaciones que ello tiene.

De otra parte, la Corte ha destacado que el elemento determinante y diferenciador de la relación laboral es la subordinación.” (Subrayado fuera del texto original)

2.12. Otro caso de la jurisprudencia constitucional sobre el contrato realidad que debe ser mencionado en este acápite es la sentencia T-528 de 2008. En ese caso la accionante celebró un contrato verbal con dos personas naturales para realizar labores domésticas. Durante el tiempo de ejecución del contrato ella le avisó a sus jefes acerca de su estado de embarazo. A pesar de esta situación la demandante fue despedida por sus empleadores. Ante estos presupuestos la Corte indicó lo siguiente:

“(…) sabido es que el artículo 53 constitucional consagra como un principio mínimo fundamental la `(…) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (…)`. A partir de esta disposición constitucional, se ha hablado de la noción del “contrato realidad”, que parte de la estructuración fáctica de los elementos determinantes de una relación de orden laboral sin importar el nombre o denominación que los intervinientes les pongan.

(…)

Ahora bien, en principio, la determinación de la ocurrencia de estos elementos implica una labor que no se encuentra dentro del ámbito del juez de tutela, por lo que debe acudirse a la jurisdicción ordinaria para que sea el juez laboral quien con su decisión zanje el conflicto planteado y determine la naturaleza y condiciones de la relación existente. Sin embargo, en ciertos casos y bajo la premisa de que pueden verse comprometidos los derechos fundamentales de una forma irremediable, la Corte Constitucional ha procedido a analizar, bajo la noción del “contrato realidad”, situaciones y casos específicos.” (Subrayado fuera del texto original)

2.13. Finalmente, se debe relacionar la reciente sentencia T-629 de 2010 en la cual la Corte Constitucional reconoció la existencia del contrato realidad para el caso de las trabajadoras sexuales. Allí se dijo:

212. De conformidad con lo anterior, la Sala concluye que doña LAIS desarrolló una actividad personal como trabajadora sexual y en la prestación de otros menesteres al servicio del bar PANDEMO, durante los meses de febrero de 2008 y marzo de 2009, tareas realizadas de manera continuada y sujetas a las reglas de subordinación y dependencia admisibles en cuanto a los servicios sexuales y a las demás tareas desempeñadas para la comercialización, organización y limpieza del bar, todo ello a cambio de una retribución económica.

Esto es, que se configuró un contrato realidad cuyos términos en el tiempo no están determinados con total precisión en el proceso de tutela, salvo en lo que hace a la fecha de despido, pero cuya existencia se acredita de manera suficiente para reconocer la violación de derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, la igualdad, la dignidad, la protección de la mujer en estado de embarazo, el derecho del que está por nacer, el fuero materno y el mínimo vital.

2.14. A manera de conclusión, la Sala de Revisión se permite sistematizar las reglas jurisprudenciales sobre la declaración del contrato realidad en la jurisprudencia constitucional reseñada. En primer lugar, en los casos mencionados es patente que cuando el juez constitucional constata la existencia de los elementos prescritos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, a saber i) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; ii) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un iii) salario en retribución al trabajo prestado, el peso de la realidad prevalece sobre las formalidades que revistan determinada situación jurídica y se procede a declarar la existencia de la relación laboral con las implicaciones salariales y prestacionales que dicha decisión conlleva.

2.15. Como se evidenció, esta teoría fue aplicada para resolver diferentes presupuestos fácticos que tienen una connotación constitucional como la licencia de maternidad, la vinculación por medio de contratos de prestación de servicios, el trabajo de los vigilantes o de quien desempeña servicios varios en una institución educativa, los derechos de las empleadas domésticas, los derechos de quien trabaja en una cooperativa de trabajo asociado o para exigir el pago de indemnizaciones o de salarios dejados de percibir.

2.16. Además de las reglas expuestas, la Corte precisó que la declaración del contrato realidad se puede hacer a partir de indicios. Es decir, partiendo de la idea de que en este tipo de procesos la forma adoptada para regir la situación específica no corresponde con la realidad, cobran relevancia aquellos hechos ciertos que indican la existencia de otro tipo de hechos que en principio son inciertos y que ponen de relieve la existencia de la relación laboral. De otra parte, la Corte ha destacado que el elemento determinante y diferenciador de la relación laboral es la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.

3. La jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el contrato realidad.

3.1. El señor Gilmer Sierra ha desplegado su actividad en una institución de naturaleza pública. Por esta razón, esta Sala de Revisión considera que es adecuado realizar un recuento de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la aplicación de la teoría del contrato realidad, en aquellos casos en los que el Estado ha vinculado personal para desarrollar diferentes labores, sin cumplir con los requisitos legales exigidos para el efecto. De esta manera, se compilarán las reglas que la mentada corporación ha establecido sobre el tema objeto de estudio para que la decisión que resuelve el problema jurídico planteado en este proceso sea coherente con el conjunto del ordenamiento jurídico.

3.2. El 21 de febrero de 2002, la Sección Segunda del Consejo de Estado profirió una sentencia para referirse al cargo de una aseadora del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), seccional Huila. Con base en el principio de la primacía de la realidad sobre las

formas, reconoció la existencia de una relación laboral, donde concurrieron los tres elementos esenciales de este tipo de contratación, sin importar que no se cumpliera el mismo horario que los demás empleados y que el cargo no estuviere previsto en la planta de personal, pues estos factores no son determinantes para desconocer el vinculo laboral y acudir a la figura de la prestación de servicios. Al respecto reiteró posiciones de anteriores ocasiones:

"El contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, y en ese evento surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (…) En este orden de ideas, no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas, pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a éste. La Sala conforme a la preceptiva de que trata el artículo 85 del C.C.A. considera que en este caso específico hay lugar a la reparación del daño, en razón a que la actora tiene pleno derecho a devengar los mismos salarios y prestaciones que devengan los empleados públicos del municipio. Lo cual quiere decir también que las sumas que se causen en su favor habrán de expresarse como reparación del daño causado, tal como lo autoriza el artículo 85 del C.C.A.. Así las cosas, resulta procedente reconocer en favor de la demandante, a título de indemnización, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los empleados públicos docentes del Municipio".

"(…) De conformidad con el artículo 1 del Decreto 3074 de 1968 y el artículo 6o. y 7o. del Decreto 1950 de 1973, no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento por mandato constitucional, y el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes. Así las cosas, dirá la Sala que las funciones públicas de carácter permanente asignadas por la ley a los cargos públicos solo las puede ejercer una persona natural, que así adquiere el carácter de trabajador estatal, y para ello debe prestar personalmente el servicio".

3.3. En esta sentencia y con base en decisiones anteriores, también se estableció que la situación de los trabajadores a quienes se les declara la existencia de un contrato realidad no es equiparable a la de los empleados públicos pues sus condiciones de vinculación son diferentes:

"Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público" 18

3.4. El 3 de julio de 2003 la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado reconoció

la existencia del “contrato realidad” por su tiempo de trabajo en la entidad demandada en el cargo de auxiliar de enfermería. Esta persona fue contratada en la modalidad de prestación de servicios y realizaba labores permanentes de la entidad, en forma continua e ininterrumpida y en igualdad de condiciones respecto de los empleados públicos que se desempeñaban en la misma dependencia. De la misma manera, el Consejo estableció que no es válido celebrar contratos de prestación de servicios respecto de actividades que requieran necesariamente la relación laboral o reglamentaria con el Estado para ser desarrolladas debidamente. En esa oportunidad también se reconoció el pago de las prestaciones sociales a título de indemnización por el daño sufrido:

“El contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendieron ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, con la finalidad de exigir la especial protección del derecho, en similares condiciones a quienes realizan la misma función pero en condición de servidores públicos.

– Significa lo anterior, que los derechos laborales por comportar el carácter de irrenunciables, no pueden menoscabarse por acuerdos de voluntades que disfracen la relación laboral que surge ab initio,

(…)

En las condiciones indicadas, la Sala comparte la sentencia en lo atinente a la declaratoria de nulidad del acto acusado y la modificará para disponer, conforme a la tesis de Sala Plena de Sección, el reconocimiento a título de indemnización, de las prestaciones sociales, primas, bonificaciones y demás conceptos prestacionales dejados de percibir por la demandante, tomando en consideración el valor pactado en el contrato.

Obedece lo anterior, a que la vinculación de la demandante no fue en condición de empleada pública y por ello, no le asiste el derecho al reconocimiento de los salarios en las condiciones reclamadas, en tanto las formalidades sustanciales de derecho público no pueden ser pretermitidas y no pueden suplirse en aras de alcanzar el status de cualquier empleado oficial que ha sido designado mediante acto administrativo, ha tomado posesión del cargo y cuyo empleo se encuentra previsto dentro de la planta de personal con la disponibilidad presupuestal pertinente.”19

3.5. Igualmente, en sentencia emitida el 7 de abril de 2005 por la Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado se analizó la naturaleza de la vinculación a la administración por parte de la demandante quien se desempeñaba como secretaria de un colegio oficial. Sobre el caso indicó:

“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, las que, sin embargo, deben pagarse a titulo de indemnización porque no se puede adquirir la condición de empleado público si no se accede al cargo en los términos de ley".

3.6. Siguiendo con la descripción de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado es necesario hacer referencia a la sentencia proferida el 6 de marzo de 2008 por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección "A". En esa oportunidad se estudió si el demandante tenía derecho al reconocimiento del "contrato realidad" por los períodos laborados bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, mediante los cuales fue incorporado al Municipio de San Andrés de Sotavento como docente de tiempo completo. En la parte motiva de esta providencia esta Corporación manifestó cuáles son los requisitos que debe reunir un empleado público:

"Debe decirse que para admitir que una persona desempeña un empleo público en su condición de empleado público -relación legal y reglamentaria propia del derecho administrativo- y se deriven los derechos que ellos tienen, es necesario la verificación de elementos propios de esta clase de relación como son: 1) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, porque no es posible desempeñar un cargo que no existe (artículo 122 de la Constitución Política); 2) La determinación de las funciones propias del cargo (artículo 122 de la Constitución Política); y 3) La previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de gastos que demande el empleo; requisitos éstos sin los cuales no es posible hablar en términos de empleado público, a quien se le debe reconocer su salario y sus correspondientes prestaciones sociales. Además, "en la relación laboral administrativa el empleado público no está sometido exactamente a la subordinación 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"20."

3.7. Para resolver ese caso concreto el Consejo de Estado constató la existencia de los tres elementos que configuran la relación laboral: prestación personal del servicio, continua subordinación y la remuneración correlativa. De igual forma, indicó que la finalidad de los contratos de prestación de servicios era negar la existencia de la relación laboral y el pago de las prestaciones sociales que le son inherentes.

"Por ello, y conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, existía una relación laboral, creándose con el contrato administrativo una mera ficción, la cual impone la especial protección del Estado en igualdad de condiciones a la de los docentes de planta, según términos de los artículos 13, 25 y 53 de la Carta, razón por la cual el acto acusado resulta anulable."21

3.8. Finalmente, es menester citar la sentencia del 17 de abril de 2008 proferida por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado. En ese proceso el demandante laboró para el Instituto Financiero para el Desarrollo de Norte de Santander "Ifinorte" mediante órdenes de prestación de servicios, desempeñándose en diferentes cargos del área de sistemas. En esa providencia se citó la sentencia C- 555 de 1994, mediante la cual la Corte Constitucional limitó el alcance del principió de la primacía de la realidad en el entendido que

su declaratoria no implica desconocer los principios de la función pública y que, por tanto, las personas que despliegan su actividad laboral bajo esta característica no son empleados públicos:

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

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

3.9. En la referida sentencia se ratifican los criterios previamente expuestos respecto al principio de la primacía de la realidad sobre las formas. No obstante, la diferencia con las jurisprudencias referenciadas es que las prestaciones sociales y la afiliación a la seguridad social del accionante no se otorgan a título de indemnización sino en razón de que el actor es titular de los derechos derivados de la existencia de una relación laboral:

"Así las cosas, el Estado infractor no puede entonces beneficiarse de su conducta irregular y pretender trasladar la responsabilidad de su actuación a quien ha sido de esa manera contratado, pues el verdadero sentido del principio de la realidad sobre la formalidad lo que impone es que se le reconozca con certeza y efectivamente todo derecho que deviene del despliegue de su actividad laboral.

Por lo anterior, los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación. No es, por tanto, una decisión extra-petita, pues como quedó dicho, son derechos inherentes a la relación laboral."22

3.10. De la jurisprudencia descrita del Consejo de Estado sobre la aplicación de la teoría de la primacía de la realidad sobre las formas se coligen tres conclusiones: i) Esta teoría rige para los casos en los cuales el Estado encubre relaciones laborales permanentes y continuas en

contratos de prestación de servicios, lo cual implica desconocer por un lado, los principios que rigen el funcionamiento de la función pública, y por otro lado, las prestaciones sociales que son propias a la actividad laboral. ii) Cuando el Consejo de Estado declara la existencia de la relación laboral entre el accionante y el Estado, reconoce que este le ha infringido un daño al actor, motivo por el cual, ordena el pago de las prestaciones sociales. En un primer momento dicho pago se reconoció a título de indemnización, en aras de reparar al trabajador el perjuicio que había padecido. Posteriormente, dicho pago se otorgó en razón de que toda persona que desarrolla su actividad laboral, de acuerdo a los presupuestos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, es titular de los derechos laborales prescritos en la ley, los cuales tienen un carácter cierto e indiscutible. iii) Un límite importante que ha fijado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la del Consejo de Estado es que la declaratoria del contrato realidad no implica afirmar que el trabajador es un empleado público, pues sus características de vinculación a la administración son diferentes. Los requisitos para ser un servidor público de esta naturaleza son: el nombramiento y la posesión, lo que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y la respectiva disponibilidad presupuestal. Como se afirmó en la parte 2 de esta providencia, cuando se declara la existencia del contrato realidad se verifica el cumplimiento de los requisitos dispuestos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual en los términos del Consejo de Estado no es equiparable a las calidades de un empleado público.

4. La naturaleza del contrato de prestación de servicios.

4.1. Para la solución del presente proceso se debe esclarecer la naturaleza del contrato de prestación de servicios y cuáles son sus características definitorias. De esta manera se puede diferenciar su naturaleza de la del contrato laboral. En la sentencia C-154 de 199723 se indicó que los contratos de prestación de servicios versan sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional; el contratista goza de autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico y por último, esos contratos son temporales:

“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

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.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente."

4.2. Esta sentencia aclara que los contratos de prestación de servicios tienen características diferentes a las del laboral. Por esta razón, cuando se está en presencia de este tipo de convenciones no es admisible exigir prestaciones propias de la relación laboral:

"Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada."24

4.3. En esta sentencia también se indicó que el principio de la primacía de la realidad en materia laboral puede igualmente ser aplicada cuando el empleador o contratante sea el Estado:

"(…) el principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto sub lite, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal, con lo cual "agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a

particulares como al Estado mismo.” 25

4.4. En definitiva, el contrato de prestación de servicios regulado por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 contiene características propias que lo diferencian de otro tipo de formas jurídicas en materia laboral: la prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer en la cual la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato; la vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por consiguiente, cuando se ejecutan este tipo de contratos no es admisible exigir el pago de prestaciones sociales propias de la regulación prescrita en el Código Sustantivo del Trabajo o en las disposiciones que regulan el derecho de la función pública. Finalmente, la jurisprudencia constitucional es clara cuando afirma que bajo esta modalidad contractual también es viable aplicar la teoría del contrato realidad, según la cual, si se reúnen los tres requisitos enunciados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, prima la situación objetiva sobre la forma jurídica que las partes hayan adoptado para regir determinada situación. Esta teoría tiene dos ámbitos de aplicación: cuando se trata de trabajadores vinculados con particulares o con el Estado.

5. La regulación del pago en especie

5.1. La regulación del contrato laboral dispone la posibilidad de que las partes involucradas en un contrato de esta naturaleza acuerden que el pago del trabajador se realice en dinero y en especie. El artículo 129 del Código Sustantivo del Trabajo, reformado por el artículo 16 de la Ley 50 de 1990 prescribe las reglas que rigen el pago en especie:

“ARTICULO 129. SALARIO EN ESPECIE. Artículo modificado por el artículo 16 de la Ley 50 de 1990:

1. Constituye salario en especie toda aquella parte de la remuneración ordinaria y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio, tales como alimentación, habitación o vestuario que el empleador suministra al trabajador o a su familia, salvo la estipulación prevista en el artículo 15 de esta ley.

2. El salario en especie debe valorarse expresamente en todo contrato de trabajo. A falta de estipulación o de acuerdo sobre su valor real se estimará pericialmente, sin que pueda llegar a constituir y conformar más del cincuenta por ciento (50%) de la totalidad del salario.

3. No obstante, cuando un trabajador devengue el salario mínimo legal, el valor por el concepto de salario en especie no podrá exceder del treinta por ciento (30%).”

5.2. Esta disposición fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad que se resolvió en la sentencia C-521 de 199526 en la que la Corte Constitucional afirmó que este enunciado se encontraba acorde con la Constitución y fijó los criterios a partir de los cuales se debe interpretar:

“Los diferentes pagos laborales que recibe el trabajador del empleador, clasificados en la aludida sentencia como salarios, descansos, prestaciones sociales, indemnizaciones y pagos no salariales tienen su fuente o causa en la relación laboral, a que da origen el vínculo

jurídico que surge entre el trabajador y el empleador con ocasión del servicio subordinado que el primero realiza en favor de éste, aunque cada uno tenga su propia significación y respondan a objetivos diferentes, como la retribución directa por la actividad laboral, o la que cubre los riesgos inherentes al trabajo, o constituye un resarcimiento de los perjuicios irrogados al trabajador por la violación de sus derechos, o tiene el significado de una liberalidad o está destinada a facilitar la labor del trabajador, etc."

5.3. De igual forma, en esta sentencia se estableció que la posibilidad de fijar dos tipos de remuneraciones corresponde al conjunto de funciones enmarcadas en la libertad de configuración del legislador:

"Estima la Sala que es de la competencia del legislador, dentro de la libertad que tiene como conformador de la norma jurídica, determinar los elementos de la retribución directa del servicio dentro de la relación laboral subordinada, esto es, lo que constituye salario, con arreglo a los criterios y principios ya mencionados, lo cual le impide desconocer la primacía de la realidad sobre la forma y mudar arbitrariamente la naturaleza de las cosas, como sería quitarle la naturaleza de salario a lo que realmente tiene este carácter.

(…)

La regulación de las relaciones de trabajo por los aludidos instrumentos, supone el reconocimiento constitucional de un amplio espacio para que se acuerden entre los trabajadores y los empleadores las condiciones de la prestación del servicio, en forma libre y espontánea, obedeciendo al principio de la autonomía de la voluntad, el cual tiene plena operancia en las relaciones laborales y resulta compatible con las normas constitucionales que regulan el trabajo, en cuanto su aplicación no implique la vulneración de los derechos esenciales o mínimos de los trabajadores, regulados por éstas y la ley."27

5.4. A manera de conclusión, el legislador en ejercicio de sus funciones ha dispuesto la posibilidad de que el empleador pacte con el trabajador que un porcentaje de su salario sea pagado en especie, lo cual significa que aquel podrá proveer alimentación, habitación o vestuario al trabajador o a su familia como contraprestación del servicio realizado. Su valor deberá estipularse en cada contrato, a falta de esto un perito lo determinará. No obstante, al tratarse, como en el caso concreto, de un salario mínimo mensual legal vigente el valor total de este tipo de pago no podrá ser superior al 30% del total de la remuneración.

6. El caso concreto

6.1. En el presente caso la Sala Tercera de Revisión debe determinar si los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital y a la seguridad social del señor Gilmer Sierra García fueron vulnerados por el Municipio de Montenegro, Departamento del Quindío, en razón de la posible existencia de una relación laboral entre el señor Sierra y el municipio por las funciones que aquel desempeñó en la Institución Educativa los Fundadores. A partir de esta situación se analizarán los requisitos jurisprudenciales asentados por la Corte para determinar la existencia de una relación laboral entre las partes de este proceso.

6.2. En primer lugar, le corresponde a esta Corporación determinar la procedibilidad de la presente acción de tutela. Como se estableció en la parte número 1 de las consideraciones de esta providencia, la acción de tutela es improcedente para solicitar la exigibilidad de prestaciones de naturaleza laboral y la declaratoria del contrato realidad por su carácter subsidiario y residual. Sin embargo, se ha admitido su procedibilidad en este tipo de procesos cuando las condiciones particulares del caso indican que los mecanismos ordinarios no son eficaces ni idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales.

6.3. El caso que es objeto de estudio por parte de esta corporación involucra a un sujeto de especial protección, pues el señor Gilmer Sierra cuenta con 73 años de edad. Aunado a lo anterior, según se acredita en las pruebas que obran en el expediente, el señor Sierra se encuentra en el nivel 1 del SISBEN, lo cual indica la ausencia de un ingreso mensual y de un trabajo constante y permanente para solventar sus necesidades básicas. Finalmente, con base en las pruebas que reposan en el expediente y las que fueron recaudadas en sede de revisión, la última remuneración que percibió el señor Sierra fue el 18 de febrero de 2004. Estas circunstancias permiten inferir que el derecho fundamental al mínimo vital del señor Gilmer Sierra se encuentra amenazado, lo cual torna ineficaz los mecanismos ordinarios para solicitar las pretensiones que se están solicitando. Por estas razones, la Corte considera que la presente acción de tutela es procedente y analizará el fondo de la controversia planteada.

6.4. Conforme con la jurisprudencia precitada, en la parte 2 de las consideraciones de esta providencia, las solicitudes sobre la declaración del contrato realidad deben reunir los requisitos establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 1 de la Ley 50 de 1990: la prestación personal del servicio, la continua subordinación o dependencia del patrono y la contraprestación económica. Como se afirmó con antelación, en este tipo de casos los indicios permiten demostrar la existencia o no de la relación laboral cuya declaración se invoca. La Corte procederá a verificar el cumplimiento de estos requisitos en el presente proceso, para aceptar o desestimar las pretensiones del actor.

6.5. En relación con la prestación personal del servicio se puede afirmar que el señor Gilmer Sierra García trabaja en la Institución Educativa los Fundadores desde 1991 hasta la fecha. Este hecho se puede establecer, entre otros, a partir del testimonio practicado al señor Ariel Loaiza, Rector de la Institución en ese momento: “En esa época el Municipio ni nadie nombraba celadores, vigilantes, ni personas para cuidar el colegio. Entonces por convenio se le daba la vivienda a una persona pobre bajo el compromiso de pagar un arrendamiento mensual, a bajo precio, pongamos para ese año, más o menos veinte mil pesos (…), pero en verdad, que ni él nos pagaba ni nosotros le cobrábamos, ese mismo dinero quedaba compensado como retribución por él cuidarnos el colegio.”

6.6. En el mismo sentido se expresaron Luis Gómez García y José Aníbal Muñoz Cárdenas, quienes rindieron testimonio a petición del señor Sierra, al momento de comparecer a rendir declaración juramentada sobre ciertos hechos del proceso: “Conocemos al señor Gilmer Sierra García hace 14 años, más precisamente desde diciembre de 1991 el señor Gilmer entró a trabajar al Colegio Fundadores en Montenegro. Todos estos años lo hemos visto ahí en el Colegio sembrando árboles. (…) El señor Gilmer era quien hacia mantenimiento de las zonas verdes, el (sic) limpiaba los prados, sembraba árboles frutales de sombrío, hacia (sic)

trabajos de jardinería, hizo sembrados de cabuya, plátano, hacía funciones de mantenimiento de alcantarillado, agua, luz (…)".

6.7. El señor Sierra modificó su situación laboral a partir del año 1997. El Municipio de Montenegro certificó que a partir de ese año fue vinculado desde el 1 de mayo hasta el 31 de diciembre, desde el 1 de marzo de 1998 hasta el 31 de marzo de 1998; desde el 1 de mayo de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2000; desde el 4 de abril de 2001 hasta el 3 de junio de 2001; desde el 1 de abril de 2002 hasta el 30 de abril del 2002; desde el 2 de mayo hasta el 4 de septiembre de 2002 y desde el 16 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2002. Posteriormente, la Secretaría de Educación del Departamento de Quindío vinculó al señor Sierra como supernumerario con funciones de vigilancia durante los siguientes períodos: del 23 de julio de 2003 al 22 de octubre de 2003, del 23 de octubre de 2003 al 31 de diciembre de 2003 y del 1 de enero 2004 al 18 de febrero de 2004.

6.8. Adicional a lo expuesto, los testimonios practicados al ex Rector José Luis Marulanda Acosta y a los vigilantes Flor Elena Álvarez Madrigal y Walter López Soto, permiten inferir que el señor Gilmer Sierra García presta personalmente el servicio de vigilancia en la Institución Educativa los Fundadores. A estas personas se les inquirió sobre la copia informal de un cuaderno en el que constan la entrega y la recepción del turno de vigilancia en los años 2007, 2008 y 2009. El señor Marulanda Acosta, quien se desempeñó como Rector de la Institución Educativa desde el 11 de julio de 2005 hasta el 31 de agosto de 2009 afirmó lo siguiente con relación al mentado cuaderno: "Si él firmaba era para la seguridad del portero que entregaba las llaves. Nada más significaba eso. Al señor Gilmer Sierra nunca se le asignaron funciones de celaduría por mi parte. Por consiguiente, durante mi mandato, el señor Sierra nunca trabajó como celador del colegio."

6.9. Flor Elena Álvarez Madrigal, quien trabaja como vigilante para la Institución Educativa los Fundadores fue consultada sobre la misma copia informal del cuaderno: "(…) Como allí no hay vigilante, entonces yo le entrego el turno a Don Gilmer Sierra, incluyendo llaves y firmamos en el cuaderno. Así hacen los otros porteros de turno cuando se nombran o no están en descanso. Eso lo hace así porque él vive en la vivienda y precisamente, cuando no hay celadores nombrados. Yo trabajo sola de nueve de la mañana a seis de la tarde, de lunes a viernes. El firma el libro porque recibe turno como si fuera celador, no sé por que se reporte (sic) así, lo hace como si fuera celador." Y agregó: "Yo lo veo ahí, ayuda en todo, portería, siembra, corta la maleza y cuida ahí. Vive todavía. Don Gilmer Sierra no tiene contrato ahora. En un tiempo atrás si tuvo contrato con la Secretaría de Educación Departamental y me consta, que allí, por la edad, no lo volvieron a contratar." (…) "Lo único que sé es que es un señor muy ancianito, pero muy guapo, muy responsable para trabajar, además de colaborador en todo."

6.10. Walter López Soto, quien también trabajó en la Institución Educativa los Fundadores, se manifestó en un sentido semejante al de los otros testigos: "Si, soy auxiliar de servicios generales y hago de todo un poquito, entre esas, la portería del colegio. Estoy en ese colegio, desde el 29 de septiembre de 2004. Sí hay que llevar el cuaderno con esas características, hay que firmar cuando se entrega y se recibe el turno. El señor Gilmer Sierra firma, a veces un fin de semana que no laboramos o no hay auxiliares nombrados, como él es el casero, a él le debe entregar, porque allí no queda nadie más y debemos entregar a alguien. (…) Siempre

he conocido a don Gilmer Sierra como el casero del colegio.”

6.11. A pesar de que el señor Marulanda afirme que al señor Sierra no le fueron asignadas funciones de vigilancia, los demás elementos probatorios permiten inferir que él sí prestó personalmente el servicio en la Institución Educativa los Fundadores desde 1991 hasta el momento de esta providencia. En efecto, el señor Loaiza, ex Rector, reconoció el origen de la vinculación del señor Sierra a la Institución Educativa los Fundadores y explicó que por cerca de 7 años este desempeñó funciones de vigilancia y oficios varios sin percibir una remuneración económica en contraprestación. Además, las diferentes órdenes de prestación de servicios suscritas con el municipio y con el departamento indican que el actor sí desarrolló personalmente el servicio. Por contera, los testimonios de los vigilantes del colegio, quienes fueron indagados por la copia informal de un cuaderno que registra el cambio de turno, dan fe de que el accionante labora en la institución, tiene unas tareas asignadas -como cuidar el colegio los fines de semana- y que ha dejado de percibir una remuneración económica correlativa al trabajo desplegado. El acervo probatorio comentado permite inferir que el señor Gilmer Sierra prestó de manera personal el servicio de vigilancia en la Institución Educativa los Fundadores desde el año de 1991 hasta la fecha.

6.12. El otro requisito que se debe estudiar en el presente caso para determinar la existencia de la relación laboral es la subordinación o dependencia del señor Gilmer Sierra García con respecto a la Institución. En el expediente consta que, paralelo a la vinculación que Gilmer Sierra García tuvo con el municipio y con el departamento por medio de contratos de prestación de servicios, se celebraron dos contratos de arrendamiento entre la Institución Educativa los Fundadores y el señor Sierra sobre el inmueble que este habita.

El 1 de enero de 2001 se suscribió el “contrato de arrendamiento de vivienda de un colegio oficial”, suscrito por Ariel Loaiza González y el señor Gilmer Sierra García, “El término de este contrato de arrendamiento es por doce (12) meses, contados a partir del primero de enero del año 2001 (…) El canón o precio del arrendamiento mensual es de veinte mil pesos ($20.000) que serán pagados por el arrendatario al arrendador en los cinco (5) primeros días de cada mes en la siguiente forma: en dinero efectivo pagará la suma de un (sic) mil pesos ($1.000) a la Tesorería del Colegio y la suma restante la pagará en trabajo, el cual consiste en: limpiar y podar los prados, conservar los alrededores del Colegio y de la vivienda en perfecto estado de limpieza y aseo incluyendo las baterías sanitarias de los estudiantes en las épocas de vacaciones, puentes y festivos.”

6.13. El otro contrato de arrendamiento se suscribió el 15 de marzo de 2002. Gustavo Zamudio Barbosa, como nuevo Rector de la Institución Educativa “Los Fundadores” y el señor Gilmer Sierra suscribieron un documento denominado “contrato de ocupación de vivienda escolar sector urbano Municipio de Montenegro”:

“2. El término de duración de este contrato de arrendamiento es por seis (6) meses, contados a partir del catorce (14) de marzo de 2002. 3. El canon o precio del arrendamiento mensual es de $1.000, que serán pagados por el Arrendatario al Arrendador, en los primeros cinco (5) días de cada mes, a la Secretaria Tesorera del Plantel. El arrendatario expedirá un recibo por cada mensualidad de arrendamiento que recibe dinero en efectivo, suma que consignará en la cuenta del colegio. 4. El presente contrato se regirá por las siguientes cláusulas. 1- Como

los servicios de agua y energía los paga el municipio, queda exento de ello. 2.- La vivienda se destinará exclusivamente para el arrendatario y su familia (…) 3.- El arrendatario se obliga a conservar y restituir el inmueble en el mismo buen estado en que se ha recibido, salvo el deterioro causado por el uso y goce legítimo. (…) 5.- Mantener en completo estado de limpieza y orden la vivienda que ocupa, igualmente los alrededores cuidando y embelleciendo el centro docente. 6.- Racionalizar el consumo de agua y luz, y velar por el mantenimiento y buen estado de llaves y tanques de acueducto o reserva a nivel del Centro Docente. (…) 8. A administrar la tenencia de animales domésticos en situaciones debidas, a encerrarlos en horas en que los alumnos se encuentren en el plantel, estos no deben ser motivo de malestar para la comunidad educativa. (…) 10.- mantener en buen estado las plantas ornamentales y prados que existen en el plantel. (…) 15. El arrendatario debe entregar la habitación del Centro Docente en buen estado de organización y limpieza al Rector del Colegio una vez cumplido el tiempo fijado para ocuparla, sin oponer resistencia y sin exigir utilidades o prebendas, reclamación de liquidación u otros. 19.- El término del presente contrato solo podrá prorrogarse a voluntad del arrendador y tiene validez por un lapso de seis meses contados a partir de la firma y aceptación. (…)".

6.14. Estos contratos estipulaban dos tipos de obligaciones que fueron calificados por las partes, en virtud de su autonomía de disposición de interés, como de arrendamiento. Por un lado, las que hacían referencia al uso del bien inmueble del cual gozaría el señor Sierra García y su familia. Por otro lado, las obligaciones de naturaleza laboral que regían el comportamiento del señor Sierra y que configuran otro indicio de la existencia de subordinación y dependencia entre este y la Institución Educativa los Fundadores.

6.15. El testimonio practicado al señor Ariel Loaiza, ex Rector del Colegio también constituye una prueba acerca de la subordinación que existía entre el Colegio y el señor Sierra: "El cuidaba el colegio, así como expresé anteriormente. De esa manera, se desempeñó en convenio desde 1991 hasta marzo de 1997. Después, ya fue vinculado como empleado de la Administración Municipal y luego de la Departamental, como vigilante. Como dije antes, cada año se firmaba un documento cuando estaba en convenio. Ya después, él vinculado a la Administración, no sé qué acto administrativo existiría. (…)".

6.16. Otro hecho que permite identificar el elemento de la subordinación es la declaración que el señor Gilmer Sierra rindió al momento de presentar la acción de tutela: "Desde 2004 no me renovaron contrato de trabajo dizque (sic) porque había cumplido los 65 años de edad pero aún así tuve que seguir cuidando los fines de semana, sábados, domingos y festivos, haciendo aseo en el colegio, limpiando jardines (…) Mi trabajo durante el tiempo que he permanecido en el colegio ha consistido en celaduría, mantenimiento de las instalaciones, aseo, limpieza, barrido con mi esposa, jardinería, organización de los prados, pido venenos para las hormigas (sic) me lo traen lo (sic) hecho, he puesto tejas de eternidad en las aulas, organizo las llaves de paso para el agua potable, candados para puertas, organizo pupitres, sillas.(…) Yo he seguido en oficios varios y haciendo vigilancia los sábados (sic) domingos y festivos y (sic) 24 horas cuando no se ha designado la vigilancia en horas hábiles." Observa de todas formas la Sala que carece de coherencia utilizar la edad de retiro forzoso, como argumento para la desvinculación de Gilmer Sierra García de la Institución Educativa, cuando se afirma de manera simultánea que este no es trabajador de dicho establecimiento.

6.17. Los elementos aquí expuestos permiten concluir que el señor Gilmer Sierra García tenía subordinación y dependencia de las directivas del establecimiento educativo. En virtud de ello, las directivas de la Institución estaban facultadas a exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos al señor Sierra sobre la vigilancia y los demás oficios que este desempeñaba en dicho lugar. Las obligaciones de naturaleza laboral estipuladas en los denominados contratos de arrendamiento, el testimonio practicado al ex Rector Ariel Loaiza y la declaración realizada por el actor; configuran las pruebas que fundamentan la existencia del elemento de la subordinación, aspecto que, como se estableció en los acápites 2 y 3 de esta sentencia, es un elemento definitorio de la relación laboral en los casos en los cuales se debe aplicar el principio constitucional de "primacía de la realidad sobre las formas", prescrito en el artículo 53 de la Carta.

6.18. Finalmente, el último requisito que se debe analizar para declarar la existencia de una relación laboral es la remuneración por las funciones realizadas. La Gobernación del Departamento del Quindío indicó lo siguiente sobre el particular cuando fue interrogado por la Sala de Revisión:

"Que el señor Gilmer Sierra García con cédula de ciudadanía número 3.372.079 recibió del Departamento del Quindío por intermedio de esta entidad como: Celador, del 23 de julio al 31 de diciembre de 2003 con un sueldo de $332.001, con $37.500 por subsidio de transporte y $28.805 como prima de alimentación mensuales. Del 1 de enero al 18 de febrero de 2004 con un sueldo de $357.997, con $41.600 por subsidio de transporte y por $49.080 como prima de alimentación mensuales."

6.19. La remuneración de tipo económico cesó cuando finalizaron los denominados contratos de prestación de servicios. No obstante, el hecho de que el Municipio de Montenegro sufrague los gastos de alojamiento y servicios públicos también configura otra forma de retribución a favor del actor. Las distintas pruebas recopiladas al inicio y durante el proceso indican que el señor Gilmer Sierra y su familia habitan en un bien inmueble que hace parte de las instalaciones de la Institución Educativa los Fundadores. De hecho, las funciones que el actor desempeña en el colegio se han relacionado de manera directa con la circunstancia de que él vive ahí.

6.21. Una consideración adicional que esta Sala debe reafirmar con respecto al tipo de vinculación del señor Gilmer Sierra y la Institución Educativa los Fundadores, es que las funciones que desempeñó en la Institución no correspondían a las características del contrato de prestación de servicios del artículo 32 Ley 80 de 1993. En efecto, en el acápite 4 de las consideraciones de esta sentencia, se explicó que los contratos de prestación de servicios versan sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional; el contratista goza de autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico y por último, esos contratos son temporales.

6.22. Si se contrastan estos presupuestos jurídicos con los elementos del caso se deduce que, el tipo de vinculación del señor Gilmer Sierra con la Institución, no era acorde a la naturaleza del contrato de prestación de servicios. En efecto, para realizar las funciones de vigilancia, aseo y mantenimiento que se han desarrollado a lo largo de la relación no se

exigió la experiencia, capacitación y formación profesional propia del contrato de prestación de servicios. El señor Sierra no contaba con autonomía ni independencia para el desarrollo de las funciones porque tenía un horario específico para ejercer la vigilancia, que era los fines de semana y los días festivos, y de igual forma, estaba sujeto a las órdenes de los directivos de la institución en relación con los oficios varios que desempeñaba. Los múltiples contratos de prestación de servicios suscritos durante cerca de 8 años son la prueba fehaciente de que, en lugar de tener una relación limitada en el tiempo, era una relación laboral a término indefinido con obligaciones claramente estipuladas, por esto, es claro que el requisito de la temporalidad tampoco se cumplió. En fin, la naturaleza del cargo que desempeñaba el señor Gilmer Sierra dificultaba que su contratación fuera por medio de un contrato de prestación de servicios. Como se explicó, esta forma de contratación encubrió una relación de índole laboral, cuya implicación principal fue que no se reconocieran a favor de Gilmer Sierra los salarios durante la vigencia real de la relación laboral, las prestaciones sociales ni la afiliación a la seguridad social.

7. Conclusiones

7.1. Como conclusión, la Corte considera que en el presente caso se configuraron los presupuestos jurídicos de un contrato realidad. El trabajo desplegado por el señor Sierra García estuvo revestido de diferentes formas jurídicas que no casan con la auténtica naturaleza de las funciones y de la relación que éste asumió en la Institución Educativa los Fundadores. En un momento, el contrato de prestación de servicios, prescrito en la Ley 80 de 1993, fue el mecanismo adoptado por el municipio para regir la relación del señor Sierra con la Institución Educativa los Fundadores, a pesar de que sus características difieren de la situación objetiva del señor Sierra. En un segundo momento, la Institución acudió a los denominados contratos de arrendamiento los cuales estipulaban dos tipos de obligaciones: por una parte las de tipo civil, respecto al uso y goce del bien inmueble en el que habita el señor Sierra García y, por otra parte, las de tipo laboral que prescribían de manera precisa las responsabilidades que el demandante tenía con el colegio. Y por último, la Secretaría Departamental del Quindío persistió con las órdenes de prestación de servicios. Como se demostró, la situación objetiva del señor Sierra contrasta con las formas jurídicas adoptadas por parte del municipio, de la institución y de la gobernación.

7.2. Este comportamiento riñe de manera meridiana con los postulados constitucionales que rigen el derecho al trabajo. Según el artículo 1 constitucional, Colombia es un Estado Social de Derecho “fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran”. De igual forma, el artículo 13 constitucional prescribe que “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”. El artículo 25 de la Carta enuncia que “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.” El artículo 48 de la Constitución enuncia: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.”

7.3. Bajo estos enunciados, mantener a una persona de 73 años de edad, que hace parte del nivel 1 del SISBEN realizando funciones de celaduría y demás oficios en un establecimiento

educativo, sin reconocerle sus derechos laborales más elementales implica un comportamiento ajeno a la parte dogmática de la Constitución Política de 1991 y a las reglas jurisprudenciales establecidas por la Corte Constitucional en materia de contrato realidad. Por este motivo, la decisión de esta corporación en este caso particular procurará cesar la vulneración a los derechos fundamentales del accionante por parte de la Institución Educativa y definir los términos de la relación existente acorde a la dignidad humana, entendida como vivir bien, vivir sin humillaciones y vivir como se quiere.28

7.4. La Sala de Revisión también debe precisar, como se estableció en la parte 3 de esta sentencia, que el hecho de que se configuren los elementos propios del contrato realidad entre una persona y una institución oficial no significa que se adquiera la calidad de empleado público. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha definido un límite al alcance del principio de "primacía de la realidad sobre las formas" en los casos en los cuales este se ha aplicado: el respeto de los principios que configuran la función pública. En consecuencia, la regla jurisprudencial que se ha decantado con los diferentes pronunciamientos de estas corporaciones es que ninguna persona puede ser empleado público sin que medien las siguientes condiciones: el nombramiento y la posesión, la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una vacante en la planta de personal y la respectiva disponibilidad presupuestal; a pesar de que entre la respectiva entidad y el trabajador se haya verificado el cumplimiento del principio de primacía de la realidad sobre las formas.

7.5. Por consiguiente, al aplicar esta regla a los supuestos del caso concreto la Corte debe afirmar que el señor Gilmer Sierra no es empleado público del Municipio de Montenegro ni del Departamento del Quindío. Según se ha explicado en esta providencia, en este caso se configuran los supuestos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, y por tanto, se debe aplicar el principio de primacía de la realidad sobre las formas. El señor Gilmer Sierra prestó personalmente el servicio en la Institución Educativa los Fundadores, bajo continua subordinación y dependencia acorde a las obligaciones establecidas por las directivas de esta institución y con la correspondiente remuneración, la cual ha sido cancelada tanto en dinero como en especie. No obstante lo anterior, las mentadas entidades territoriales no han realizado el procedimiento prescrito en el ordenamiento jurídico para designarlo como empleado público: no se ha realizado el nombramiento ni la posesión, no existe un régimen legal particular para su cargo, ni una vacante en la planta de personal y tampoco se acredita la respectiva disponibilidad presupuestal.

7.6. Un asunto adicional que debe ser objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación es la posibilidad de que el señor Gilmer Sierra continúe viviendo en las instalaciones del colegio. Como se ha afirmado en las partes 6 y 7 de esta providencia, la Corte estima que el señor Sierra usa y goza el bien en razón del pago en especie que el Municipio de Montenegro y el Departamento del Quindío han erogado en contraprestación por la relación laboral existente entre ellos. En la medida que el uso del bien depende de la relación descrita por concepto del pago en especie, esta Sala de Revisión considera que si la relación laboral se liquida acorde a las exigencias constitucionales y legales, dicho uso y goce debe cesar de manera definitiva porque la relación jurídica que lo autoriza ha perdido validez y por tanto ha dejado de producir efectos jurídicos.

7.7. Sobre esta particular situación, es preciso hacer referencia a la sentencia T-472 de 2009 cuyos presupuestos fácticos coinciden, en ciertos aspectos, con la presente providencia29. Uno de los argumentos determinantes que primó en tal ocasión fue el principio de la confianza legítima el cual ha sido "utilizado por la jurisprudencia de esta Corporación como un mecanismo para armonizar y conciliar casos en que la administración en su condición de autoridad, por acción o por omisión ha creado expectativas favorables a los administrados y de forma abrupta elimina esas condiciones." Acorde a este principio la Corte determinó en esa ocasión:

"En este orden de ideas, la administración local, al percatarse de la problemática del caso, debió planificar las posibilidades de reubicación del accionante y su familia, circunstancia que se pudo haber dado a través de diversos programas desarrollados por la autoridad municipal; incluso atendiendo a que de por medio se encuentran sujetos de especial protección, debió estudiar y adelantar planes de vinculación a planes diseñados para grupos de población vulnerable que les apoyara en este proceso, verificando, por ejemplo, la vinculación al régimen subsidiado en salud del núcleo familiar. Igualmente, era pertinente el estudio de la posibilidad de la inclusión en programas de vivienda de interés social adelantados por la administración local, con el fin de hacer menos traumática, la adecuada, pero desproporcionada orden de diligencia de desalojo adelantada."

7.8. Por consiguiente, en las órdenes que se adoptarán en la parte resolutiva de este caso, mediante las cuales se solucionará el problema jurídico evidenciado, la Sala Tercera de Revisión tendrá en cuenta que el señor Gilmer Sierra habita en la Institución Educativa los Fundadores por autorización de las directivas del mismo establecimiento, la cual se pactó en los contratos de arrendamiento suscritos entre las partes, cuya naturaleza jurídica ya fue explicada en la parte considerativa de esta providencia. Adicionalmente, es menester reiterar que el señor Sierra hace parte de la tercera edad y que un cambio súbito o abrupto en las condiciones en las cuales pervive afectaría derechos fundamentales de un sujeto que es titular de una especial protección constitucional, razón por la cual la entrega del lugar en que reside, como consecuencia de la terminación de la relación laboral declarada en esta providencia, debe seguir con los trámites derivados del cumplimiento del derecho fundamental al debido proceso y del principio de la confianza legítima.

7.9. Las órdenes que se han de proferir en el presente caso deben resolver la controversia adoptada teniendo en cuenta las reglas jurisprudenciales esbozadas con antelación y los diversos pagos que el señor Sierra García percibió, tanto en dinero como en especie, desde diciembre de 1991 hasta la fecha. Por tanto, deberán tenerse en cuenta las remuneraciones que éste recibió por concepto de los múltiples contratos de prestación de servicios que él suscribió con el Municipio de Montenegro y con el Departamento del Quindío, referenciados en el numeral 6.7 de esta providencia, a efectos de realizar una compensación de cuentas con el valor total que se adeuda y también debe tenerse en cuenta el tiempo durante el cual el señor Gilmer Sierra habitó en las instalaciones del colegio así como el pago de los servicios públicos que realizó el municipio en su beneficio.

7.10. De igual forma, según los numerales 5.1. a 5.4. de esta providencia, se deberá calcular el monto correspondiente al pago en especie sufragado por el Municipio de Montenegro desde diciembre de 1991 hasta la fecha. Para este propósito, teniendo en cuenta que las

partes no fijaron el valor del mismo, se comisionará al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Montenegro con el fin de que ordene la práctica de una prueba pericial que estime el valor real de este concepto, siempre y cuando, no sea superior al 30% del salario mínimo legal que el señor Sierra devengaba. A juicio de esta Sala de Revisión, el pago de dicha prueba debe ser asumido por el Municipio de Montenegro, porque si bien es cierto que por regla general, las pruebas oficiosas deben ser pagadas por las partes,30 las condiciones particulares del señor Gilmer Sierra, explicadas en el transcurso de esta providencia, permiten inferir que él no cuenta con los medios suficientes para sufragar este tipo de gastos pues se afectarían las condiciones básicas para su propia subsistencia y las de su familia. Esta circunstancia coincide con lo dispuesto en el artículo 16031 del Código de Procedimiento Civil que regula lo concerniente al amparo de pobreza. Los efectos de dicha declaración, según lo prescrito en el artículo 163 del mentado Código, son que: "El amparado por pobre no estará obligado a prestar cauciones procesales ni a pagar expensas, honorarios de auxiliares de la justicia u otros gastos de la actuación, y no será condenado en costas." De esta manera, se garantiza la igualdad real de las partes en el proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia, en los términos de la jurisprudencia constitucional32. A este argumento se suma el hecho de que la entidad demandada será condenada en el presente proceso, motivo por el cual, en los términos de la ley procesal, deberá asumir el valor de las costas del proceso.33 El objetivo de esta diligencia es realizar, posteriormente, una compensación de cuentas con el valor adeudado. Finalmente, el municipio deberá cancelar los aportes correspondientes a la seguridad social a partir de la fecha en que se declaró la existencia de la presente relación laboral.

7.12. El siguiente aspecto a analizar radica en determinar a partir de qué momento se debe ordenar el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, así como los aportes correspondientes a la seguridad social, subsistema de pensiones. La legislación laboral35 y la Corte Constitucional36 disponen que los derechos laborales cuyo cumplimiento no ha sido exigido ante el patrono, se extingan luego de tres años a partir del momento en que se han configurado los presupuestos fácticos y jurídicos que permiten su exigibilidad. En el evento que el trabajador ha solicitado al patrono el pago de la prestación adeudada se suspenderá la prescripción por una sola vez pero sólo por un lapso igual, es decir, por tres años adicionales. En el expediente consta que la primera actuación realizada por el señor Sierra tendiente a solicitar el pago de las acreencias adeudadas fue el 2 de enero de 2007, en ella pidió el pago de 15 años y 20 días consecutivos adeudados. Por esta consideración, para la Corte es claro que el restablecimiento de los derechos vulnerados en materia laboral, en el presente caso, tan sólo proceden desde el 2 de enero de 2004, ya que esto coincide con los tres años a partir del cual se interrumpe la prescripción. En consecuencia, el accionante está habilitado para acudir a la vía ordinaria en aras de obtener los demás rubros que el accionante considere que fueron causados en virtud de la relación laboral que se ha declarado en la presente providencia. De igual manera, es preciso aclarar que se ordenará el pago de los aportes al sistema de seguridad social, subsistema de pensiones, en tanto que es el único concepto que se relaciona directamente con el restablecimiento de los derechos que la Corte efectúa en el presente caso.

7.13. Por tanto, se ordenará al Municipio de Montenegro, Departamento del Quindío que, en el término de quince (15) días hábiles contados a partir de la notificación del presente fallo, cancele los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el 2 de enero de 2004 hasta la

fecha de esta sentencia, acorde con las siguientes condiciones: i) Realizar compensación de cuentas con relación al salario devengado por concepto de los contratos de prestación de servicios que suscribió el señor Gilmer Sierra con el Municipio de Montenegro y con la Secretaría de Educación del Departamento del Quindío desde el 2 de enero de 2004 hacia adelante. ii) Tener en cuenta que, de conformidad con la remuneración devengada durante ese período, el salario del señor Sierra correspondía a un salario mínimo mensual legal vigente. iii) Comisionar al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal que ordene la práctica de un peritaje, con cargo al Municipio de Montenegro, en el término de cinco (5) días hábiles, a partir de la notificación de esta sentencia, con el fin de que estime el valor total del pago en especie que por concepto de servicios públicos y arrendamiento haya recibido el señor Sierra García, a partir del 2 de enero de 2004. iv) De conformidad con las conclusiones de este peritaje, realizar compensación de cuentas con respecto a los gastos de servicios públicos y alojamiento que el Municipio de Montenegro ha erogado a favor del señor Gilmer Sierra, partiendo de la base que el pago por este concepto no puede ser superior al 30% del total de la remuneración mensual. v) Los valores adeudados deberán tener en cuenta la inflación al momento de liquidar los pagos adeudados.

7.14. De igual manera, se ordenará al Municipio de Montenegro, Departamento del Quindío al sistema de seguridad social en pensiones y al señor Gilmer Sierra García y cancelar los aportes adeudados desde el 2 de enero de 20004 hasta la fecha en que se realice la liquidación del contrato.

V. DECISIÓN:

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. LEVANTAR la suspensión de términos de la presente acción de tutela.

Segundo. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Montenegro, Quindío el 21 de mayo de 2009. En consecuencia ORDENAR al Municipio de Montenegro, Departamento del Quindío que, en el término de quince (15) días hábiles contados a partir de la notificación del presente fallo, cancele los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el 2 de enero de 2004 hasta la fecha de esta sentencia acorde con las siguientes condiciones: i) Realizar compensación de cuentas con relación al salario devengado por concepto de los contratos de prestación de servicios que suscribió el señor Gilmer Sierra con el Municipio de Montenegro y con la Secretaría de Educación del Departamento del Quindío, a partir del 2 de enero de 2004. ii) Tener en cuenta que, de conformidad con la remuneración devengada durante ese período, el salario del señor Sierra correspondía a un salario mínimo mensual legal vigente. iii) De conformidad con las conclusiones del peritaje, que se ordenará en la orden 3 de esta sentencia, realizar compensación de cuentas con respecto a los gastos de servicios públicos y alojamiento que el Municipio de Montenegro ha erogado favor del señor Gilmer Sierra, partiendo de la base que el pago por este concepto no puede ser superior al 30% del total de la remuneración mensual. iv) Los valores adeudados deberán tener en cuenta la inflación al momento de

liquidar los pagos adeudados.

Tercero COMISIONAR al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Montenegro para que ordene, en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación del presente fallo, la práctica de una prueba pericial que estime el valor real del pago en especie que el Municipio de Montenegro ha cancelado a favor del señor Gilmer Sierra García desde diciembre de 1991 hasta la fecha de liquidación del contrato realidad, siempre y cuando, dicho valor no sea superior al 30% del salario mínimo legal que el señor Sierra devengaba. Los gastos de esta prueba deberán ser asumidos por el Municipio de Montenegro, Departamento del Quindío.

Cuarto. ORDENAR al Municipio de Montenegro, Departamento del Quindío afiliar al sistema de seguridad social en pensiones al señor Gilmer Sierra García y PAGAR los aportes adeudados desde el 2 de enero de 2004 hasta la fecha.

Quinto.- ORDENAR a la Alcaldía Municipal de Montenegro, Quindío que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, verifique la situación personal, social y económica del accionante y su núcleo familiar, con el fin de establecer el tipo de programa estatal aplicable a su caso, ya sea a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas municipales competentes, para de esta manera proceder a adelantar los trámites de inscripción en dichos programas, ya sean en materia de atención especializada en salud, alojamiento, alimentación, rehabilitación y de asistencia permanente a la población vulnerable.

Del mismo modo adelantar las diligencias necesarias para la inscripción en los programas de vivienda de interés social desarrollados en ese municipio, previa verificación de los requisitos exigidos y observando además el debido proceso en la asignación de los recursos disponibles, trámite que no podrá exceder de quince (15) días.

Sexto.- LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase y publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

1 Ver Sentencias T-234, T-264, T-279, T-283, T-288, y 289 de 1999, entre otras.

2 Ver sentencia T-455 de 2001.

3 Ver sentencia T-01 de 1997.

4 Sentencias T-286 de 1994, T-290 de 1994, T-469 de 2004, T-793 de 2003, T-489 de 1999, T-798 de 1999, T-290 de 2006, C-124 de 2004, C-425 de 2005, T-203 de 2000, T-1006 de 2004, entre otras.

5 Sentencia T.150 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

6 Ver, entre otras, las sentencias T-871 de 1999, T-812 de 2000.

7 Cfr. Sentencias T-259 de 1999, T-818 de 2000, T-370 de 2001, T-725 de 2001 y T-148 de 2002, T-326 de 2004, T-133 de 2005 y T-809 de 2006, T-404 de 2007.

8 Sentencias T-362 de 2004, T-148 de 2002, T-133 de 2005 y T-896 de 2006.

9 Sentencia T-795 de 2001.

10 Corte Constitucional, Sentencia SU-995 de 1999, T-1088 de 2000.

11 Sentencia T-519 de 2009.

12 Sentencia T- 519 de 2009.

13 Sentencia C-931 de 2004: “La necesidad de estos pronunciamientos ha obedecido al hecho constatado de que el legislador no ha expedido el estatuto del trabajo en desarrollo del artículo 53 de la Constitución, relativo, entre otros asuntos, al salario mínimo vital y móvil. Por lo cual, mientras ese estatuto no sea expedido, los alcances de los derechos y principios constitucionales sobre este tema se deducen directa y exclusivamente de la interpretación de la Constitución.”

14 Sentencia T-335 de 2004.

15 Otros pronunciamientos en el mismo sentido son, por ejemplo, la sentencia T- 848 de 2004 se afirmó que el contrato realidad “parte de la estructuración material de los elementos fundamentales de un contrato de trabajo, independientemente de la vinculación o denominación que el empleador adopte para el tipo de contrato que suscriba con el trabajador. Valga recordar que los elementos que configuran la existencia de un contrato de trabajo, son el salario, la continua subordinación o dependencia y la prestación personal del servicio. Ante la concurrencia de estos tres elementos, nos encontramos en presencia de un inconfundible contrato de trabajo.”

16 Este principio en el ámbito laboral se encuentra establecido en el artículo 53 de la Carta Política.

17 En esta sentencia se demando el parágrafo del artículo 1 la Ley 1010 de 2006 del 23 de enero, “Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso

laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo.”: Parágrafo: La presente ley no se aplicará en el ámbito de las relaciones civiles y/o comerciales derivadas de los contratos de prestación de servicios en los cuales no se presenta una relación de jerarquía o subordinación en el entendido de que sí en realidad existe una relación laboral, se aplicará la Ley 1010 de 2006. Tampoco se aplica a la contratación administrativa.

18 Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000.

19 Una decisión semejante que se puede consultar sobre el particular es la adoptada el 21 de agosto de 2003 por la Sección Segunda del Consejo de Estado. En esa oportunidad se reconoció la existencia del contrato realidad de un educador nombrado por el Municipio mediante autorización de prestación de servicios educativos. Radicación 0370-2003.

20 Consejo de Estado. Aclaración de voto 4294-04 M.P. Tarsicio Cáceres Toro.

21 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A”. 6 de Marzo de 2008. Radicación Número: 23001-23-31-000-2002-00244-01(2152-06)

22 Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección “A”. 17 de abril de 2008. Radicación Número: 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05)

23 En esta sentencia se demandó el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. ARTICULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

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.”

24 Sentencia C-154 de 1997.

25 Sentencia C-555 de 1994.

26 Ref.: Expediente No. D-902 Demanda de inconstitucionalidad contra un segmento de los artículos 15 y 16 de la ley 50 de 1990.

27 Sentencia C-521 de 1995

28 Sentencia T-881 de 2002.

29 En esa ocasión el problema jurídico que valoró la Corte, fue el siguiente: “Concierne a esta Sala de revisión establecer si la Dirección de Justicia, Orden Público y Seguridad Ciudadana y

la Inspección Décima Urbana de Policía del Municipio de Ibagué, han vulnerado o no los derechos constitucionales del señor Helman Darío Álvarez y su núcleo familiar, por haber adelantado un proceso policivo de amparo al domicilio para que desalojara dos (2) aulas de una institución educativa de la red del municipio en la que a cambio de la vivienda para él y su familia, el actor se desempeñaba como celador de dicha institución previo acuerdo al que llegó 6 años29 atrás por medio de un acta de compromiso con la junta directiva del plantel."

30 Sentencia C-807 de 2002: "Si bien la intención del legislador no es otra diferente a la del juez al decretar una prueba de oficio, como lo es, la búsqueda de la verdad y la efectividad de los derechos, en el ordenamiento procesal civil se establece como regla general en materia de costas procesales, que las pruebas decretadas de oficio se asumen por mitad por cada una de las partes, de tal manera que entre las dos se asume su costo durante el proceso, mientras se decide el conflicto y se determina quien es la parte vencida que en última asumirá el total de las costas, como se deduce de los artículos 179, 180 y 389 y 392 del C. de P. C."

31 ARTÍCULO 160. PROCEDENCIA. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 88 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Se concederá el amparo de pobreza a quien no se halle en capacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia subsistencia y la de las personas a quienes por ley debe alimentos, salvo cuando pretenda hacer valer un derecho litigioso adquirido a título oneroso.

32 Sentencia T-114 de 2007: "El amparo de pobreza es un instituto procesal que busca garantizar la igualdad real de las partes durante el desarrollo del proceso, permitiendo a aquella que por excepción se encuentre en una situación económica considerablemente difícil, ser válidamente exonerada de la carga procesal de asumir ciertos costos, que inevitablemente se presentan durante el transcurso del proceso. Se trata de que, aun en presencia de situaciones extremas, el interviniente no se vea forzado a escoger entre atender su congrua subsistencia y la de a quienes por ley debe alimentos, o sufragar los gastos y erogaciones que se deriven del proceso en el que tiene legítimo interés. Esta figura se encuentra regulada por los artículos 160 a 168 del Código de Procedimiento Civil, y resulta aplicable a los procesos contencioso administrativos en virtud de lo previsto en el artículo 267 del código procesal de la materia (Decreto 01 de 1984).

La importancia del amparo de pobreza radica en hacer posible que quien atraviese serias dificultades económicas y se vea involucrado en un litigio, no encuentre por ello frustrado su derecho de acceder a la administración de justicia, bien sea como demandante, como demandado o como tercero interviniente, para ventilar allí, en pie de igualdad con los otros, las situaciones cuya solución requiera un pronunciamiento judicial. Gracias a este instrumento procesal, los inopes no tendrán que verse privados de defensa técnica, representación adecuada e igualdad de oportunidades. En otras palabras, el amparo de pobreza busca garantizar que el derecho esté del lado de quien tenga la razón y no de quien esté en capacidad económica de sobrellevar el proceso." Sobre este tema ver también la sentencia C-102 de 2003.

33 ARTÍCULO 392. CONDENA EN COSTAS. <Artículo modificado por el artículo 42 de la Ley

794 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. <Numeral modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

34 “No es la acción de tutela el mecanismo idóneo para establecer si la relación contractual existente entre los peticionarios y el municipio es de carácter laboral o de otro orden. Ello corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En ese orden de ideas, si el motivo de la posible vulneración de los derechos invocados en este proceso radica en que la administración pretendió desconocer las garantías laborales disfrazando relaciones de esa índole con el ropaje de la prestación de servicios independientes, el juez competente para dilucidar el punto es el que conoce de las controversias de índole laboral que se traban entre la administración y los particulares.” (F. 263 Cuad. 1)

35 “ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

ARTICULO 489. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.”

En el mismo sentido el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo enuncia: “ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”

36 Sentencias T-488 y T-621 de 2010.