

CONTRATO REALIDAD - Contrato de prestación de servicios / RELACIÓN LABORAL - Elementos / SUBORDINACIÓN - Demostrada / AUXILIAR DE ENFERMERÍA - Se encontraba bajo órdenes de superiores en el desarrollo de su labor / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Desvirtuado / APORTES A PENSIÓN - El empleador debe pagar la diferencia dejada de reconocer

En materia probatoria, la presunción que se establece en la citada norma opera de forma distinta cuando se trata en materia laboral ordinaria, ya que se está dejando la carga de la prueba en manos del empleador, caso distinto ocurre, cuando se involucran relaciones entre los servidores públicos o particulares frente al Estado, los cuales deberán asumir esa carga siempre que intenten develar una relación laboral a través de un contrato de prestación de servicios. En efecto, quien demande, tiene que desvirtuar inicialmente la presunción del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y consecuentemente la del acto administrativo mediante el cual se nombró. Es así, que es inminente que se prueben los elementos de la relación laboral, esto es, (i) la actividad personal del trabajador, (ii) subordinación continuada y dependencia del trabajador y (iii) remuneración como retribución del trabajo prestado, para que se pueda configurar un contrato de trabajo. En cuanto al estudio de los elementos fundantes de la relación laboral y de acuerdo a que las partes no divergen de la (i) prestación del servicio, ni de la (ii) remuneración del mismo; determinar si la labor se ejecutó de forma subordinada será determinante para aclarar el litigio, y se encuentra que este aspecto se afirma por sí mismo, en el objeto y las funciones transcritas de los contratos, como de otras especificidades determinadas en los mismos, atiéndose a que se escribe que las funciones deberán ser desarrolladas "estrictamente con los turnos prefijados para cumplir con el objeto de esta OPS", sin "abandonar el servicio donde esté desarrollando las actividades inherentes al objeto de este contrato hasta tanto no haya terminado el turno prefijado" y "al momento para el cual podrá ausentarse de la institución sopena de imponer las multas del caso", entre otros. Ciertamente resulta entonces, que probados resultan los elementos de una verdadera relación laboral atendiendo a los principios de la sana crítica al revisar el caudal probatorio obrante, siendo incuestionable (i) que existió el ánimo permanente de contratar a la actora por parte de la entidad accionada, al reflejarse la continuada y atemporal contratación descrita, atendiendo a que las funciones desarrolladas son de (ii) la naturaleza de la entidad demandada, y fueron desarrolladas de forma (iii) subordinada, como lo es para una AUXILIAR DE ENFERMERÍA, que se encuentra bajo las órdenes de superiores en el desarrollo de su labor; entonces, se confirmará la sentencia recurrida pero se modificará en cuanto se declarará como se explicó, que deberán ser reconocidos los aportes pensionales de la accionante sobre los periodos prescritos determinados en precedencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "B"

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 50001-23-33-000-2014-00141-01(4594-17)

Actor: OLGA PATRICIA HERRERA CAMARGO

Demandado: HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO ESE

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. CONTRATO REALIDAD. FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA - LEY 1437 DE 2011.

La Sala decide el recurso de apelación que presenta la entidad convocada contra la sentencia de 31 de agosto de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante la cual se accede de manera parcial a las pretensiones de la demanda.

#### ANTECEDENTES

La demanda[1]

La señora OLGA PATRICIA HERRERA CAMARGO, mediante apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presenta demanda en contra de la E.S.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO, para que se declare la existencia una relación laboral entre las partes del litigio (fl.2).

#### Pretensiones

Se declare nulo el acto administrativo contenido en el Oficio Sin Número, de 22 de octubre de 2013 (fl.1), que expide el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del demandado y que niega a la actora la reclamación administrativa de reconocimiento y pago de todos los derechos laborales y prestacionales, como AUXILIAR DE ENFERMERÍA vinculada de planta a esa Empresa Social del Estado (fl.39).

Conforme a lo anterior se declare la existencia de una relación laboral, de carácter indefinido, terminada sin justa causa, ordenando el reintegro al cargo, sin solución de continuidad, durante el periodo del 15 de diciembre de 2003, hasta el 30 de noviembre de 2012 (fl.6). Así, se reconozca y pague a la demandante todos los derechos laborales y prestacionales causados en dicho periodo conforme a la escala salarial de una AUXILIAR DE ENFERMERÍA de planta (fl.6). A las demás consecuenciales.

Al pago de costas y agencias en derecho (fl.9)

#### Fundamentos fácticos

Refiere la demandante OLGA PATRICIA HERRERA CAMARGO, que prestó sus servicios para la E.S.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO, ejerciendo funciones como AUXILIAR DE ENFERMERÍA, por medio de reiteradas órdenes de prestación de servicios, sin solución de continuidad, cumpliendo un horario asignado en forma habitual y permanente, recibiendo una remuneración, bajo subordinación a un jefe inmediato, desde el 15 de diciembre de 2003 y hasta el 30 de noviembre de 2012 (fls.10 a 12).

Se establece dentro del plenario, que la actora elevó derecho de petición ante el HOSPITAL DEPARTAMENTAL, solicitando el reconocimiento de una relación laboral y el consecuente pago de prestaciones sociales, el 1º de octubre de 2013 (fl.34), ante lo cual respondió mediante el acto demandado, negando dichas expectativas pues considera que la relación fue de orden contractual (fl.39).

Se constata audiencia de conciliación extrajudicial declarada fallida entre las partes, ante la Procuraduría 49 - Judicial II para Asuntos Administrativos en Villavicencio - Meta, el 11 de marzo de 2014 (fl.41), interpuso demanda la actora ante el Tribunal Administrativo del Meta, el 31 de marzo de 2014 (fl.133), admitida el 29 de agosto de 2014 (fl.142), con sentencia de 31 de agosto de 2017, la cual accede parcialmente a las pretensiones de la demanda (fls. 220 a 231) y que fuera apelada por la accionada, el 18 de septiembre de 2017 (fls. 234 a 237).

#### Concepto de violación

El acto demandado incurre en violación de una norma superior por (i) falta de aplicación de norma obligatoria (ii) aplicación indebida e (iii) interpretación errónea, esta falsamente motivado en cuanto se presentan los elementos fundantes de una relación laboral principio consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política y 13 en cuanto resulta violatorio del derecho a la igualdad.

#### Oposición a la demanda[2]

La entidad accionada sostiene que deben desestimarse todas las pretensiones de la demanda en cuanto no existió la deprecada relación laboral pues lo demandado atendió a las regulaciones permitidas en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, de igual manera no se establecen los elementos fundantes de la relación laboral en especial el elemento de la subordinación, en tanto, que la relación que se dice continua, no lo fué al existir interrupciones entre los contratos por lo cual están prescritos para demandarse varios de ellos (fls.154 a 159).

#### Sentencia apelada[3]

El fallo impugnado accede parcialmente a las pretensiones de la demanda, señala que dentro del plenario se contó con la presencia de los contratos de prestación de servicios y testimonios que conducen a la plena certeza de la configuración de una relación laboral en cuanto se probó el ánimo de la entidad demandada de emplear de forma permanente los servicios de la accionante, que se dieron de forma subordinada, desvirtuándose la autonomía e independencia en la prestación del servicios (fls.228 a 230).

Así, declara la nulidad del acto administrativo y en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, condena a la demandada a cancelar a la demandante el valor de las prestaciones sociales comunes que devengaban las auxiliares de enfermería de planta de dicha entidad, entre el 1º de octubre de 2011 hasta el 30 de septiembre de 2012, también declara la prescripción extintiva de los derechos laborales sobre los contratos acaecidos en el periodo del 15 de diciembre de 2003 y el 31 de agosto de 2007; sin condena en costas a la parte vencida (fls.230 y 231).

#### Recurso de apelación[4]

#### E.S.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO

Para la convocada, con el material probatorio recaudado no se encuentra debidamente demostrado el elemento de la subordinación en la relación laboral, se debe revocar la sentencia negando las pretensiones de la demanda, más en cuanto la demandante no se sometió a los reglamentos, órdenes de un superior y sus funciones fueron disímiles de las de los cargos de planta de esa especialidad, sin sometimiento al régimen disciplinario de la entidad (fl.237).

#### Alegatos de conclusión y Concepto del Ministerio Público en segunda instancia

La actora y convocada guardaron silencio (fl.257). El Ministerio Público no presentó Concepto (fl.257).

## CONSIDERACIONES

### Planteamiento del problema jurídico

De acuerdo a los argumentos expuestos por el apelante, el problema jurídico se contrae a determinar si en la sentencia de primera instancia se realizó una adecuada valoración de las pruebas obrantes en el proceso con lo cual se probaron a su juicio los elementos de la relación laboral en especial el elemento de la subordinación.

Para dilucidar el problema jurídico planteado, se analizará la normatividad y la jurisprudencia relacionada al contrato realidad, para proceder al estudio de las pruebas recaudadas a fin de establecer si sobrevino la realidad sobre las formas.

### Normatividad y jurisprudencia aplicable al caso concreto

El numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, posibilita celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público:

"ARTÍCULO 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:

(...)

#### 3o. Contrato de Prestación de Servicios.

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." (Subrayado propio)

De tal forma, en cuanto tiene que ver con la contratación de personas naturales, la norma exige que solo se celebraran tratándose de estas, cuando: (i) no puedan realizarse con el personal de planta o se (ii) requieran de conocimientos especializados.

De allí, que la consecuencia jurídica lógica, radica en que no se generará una relación laboral y con ello tampoco se producirá ningún tipo de prestación social, además de tener un límite temporal, siendo solo posible por el término indispensable para el cumplimiento de la labor contratada.

Justamente la Corte Constitucional en Sentencia C-154-97, estableció que el ejercicio de tal potestad es ajustado a la Carta Política, siempre y cuando la administración no la utilice para ocultar la existencia de una verdadera relación laboral personal subordinada y dependiente. En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son la prestación

personal del servicio, la remuneración y en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

En este mismo sentido, la sentencia de Unificación[5] de la Sección Segunda de esta Corporación, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter, indicó:

"De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado "contrato realidad" aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales[6]".(Subraya la Sala)

De tal forma, se hace necesario remitir al citado artículo 53 de la Constitución Política que dispone frente a los principios mínimos fundamentales en materia laboral entre otros, el de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

"ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores."

Por su parte, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo[7], señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

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." (Subrayado propio)

Aquí se debe precisar, que en materia probatoria, la presunción que se establece en la citada norma opera de forma distinta cuando se trata en materia laboral ordinaria, ya que se está dejando la carga de la prueba en manos del empleador, caso distinto ocurre, cuando se involucran relaciones entre los servidores públicos o particulares frente al Estado, los cuales deberán asumir esa carga siempre que intenten develar una relación laboral a través de un contrato de prestación de servicios.

En efecto, quien demande, tiene que desvirtuar inicialmente la presunción del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y consecuentemente la del acto administrativo mediante el cual se nombró. Es así, que es inminente que se prueben los elementos de la relación laboral, esto es, (i) la actividad personal del trabajador, (ii) subordinación continuada y dependencia del trabajador y (iii) remuneración como retribución del trabajo prestado, para que se pueda configurar un contrato de trabajo.

El caso concreto

La señora OLGA PATRICIA HERRERA CAMARGO, dice haber laborado para la E.S.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO, desde el 15 de diciembre de 2003, hasta el 30 de noviembre de 2012, como AUXILIAR DE ENFERMERÍA. Manifiesta que fue contratada mediante reiterados contratos de prestación de servicios que buscaron evadir la existencia del verdadero vínculo laboral que sostuvo con ese hospital.

La Sala abordará el estudio del presente caso, atendiendo las reglas jurisprudenciales que se vienen observando en litigios de similares características fácticas, por tanto antes de iniciar cualquier análisis probatorio, debe reiterarse la indispensable presencia de los contratos suscritos entre las partes, en procura de destacar su objeto, temporalidad, funciones y demás aspectos que permitan establecer la existencia de los elementos de una posible relación laboral, lo que implica que no es posible realizar un análisis de los periodos sobre los cuales estos no obren, de tal forma se hará el estudio estrictamente frente a los contratos debidamente aportados.

Tal exigencia se apuntó por esta Subsección[8] y refiere al particular que:

"(...) el contrato estatal en la modalidad de prestación de servicio, resulta necesario para asuntos como el presente, a fin de determinar su objeto, temporalidad o plazo, pago y forma de pago pactadas por las partes, es decir, aspectos que son de vital importancia en la definición de conflictos jurídicos como el sub examine".

De tal forma, se encuentran aportados por la demandante e incorporados en debida forma, según se aprecia en audiencia inicial de 17 de febrero de 2016 (fl.277), los siguientes contratos suscritos entre los extremos procesales:

Número de Contrato	Plazo	Valor	Fechas	Objeto
4723 de 2003 Suscrito 15 de diciembre de 2003 (fl.43)	17 días	\$428.400	15 a 31 de diciembre 2003	Adelantar las labores de AUXILIAR DE ENFERMERÍA por cuenta y riesgo del adjudicatario de la misma orden.
Interrupción 4 días				
102 de 2004 Suscrito 1° de enero de 2004 (fl.45)	22 días	\$554.400	5 a 26 de enero de 2004	Ibídem.
Interrupción 5 días				
499 de 2004 Suscrito 1° de febrero de 2004 (fl.47)	1 mes	\$816.404	1° al 29 de febrero de 2004	Ibídem.
Interrupción 11 días				
0871 de 2004 Suscrito el 12 de marzo de 2004 (fl.49)	10 días	\$272.135	12 al 21 de marzo de 2004	Ibídem.
Interrupción 23 días				
1076 de 2004 Suscrito 6 de abril de 2004 (fl.51)	19 días	\$517.056	14 de abril al 7 de mayo de 2004	Ibídem.
Interrupción 23 días				
1328 de	3 meses	\$2.449.212	1° de junio a 31	Ibídem.

2004 Suscrito 1° de junio de 2004 (fl.53)			de agosto de 2004	
Interrupción 3 meses y 15 días				
3343 de 2004 Suscrito 29 de noviembre de 2004 (fl.57)	16 días	\$435.415	16 a 31 de diciembre de 2004	Ibídem.
Interrupción 5 meses				
2573 de 2005 Suscrito el 31 de mayo de 2005 (fl.57)	1 mes	\$857.224	1° a 30 de junio de 2005	Ibídem.
3088 de 2005 Suscrito 20 de junio de 2005 (fl.59)	1 mes	\$857.224	1° a 31 de julio de 2005	Ibídem.
3593 de 2005 Suscrito 21 de julio de 2005 (fl.61)	15 días	\$428.611	1° a 15 de agosto de 2005	Ibídem.
Interrupción de 3 meses y 15 días				
5537 de 2005 Suscrito 29 de noviembre de 2005 (fl.63)	1 mes	\$857.224	1° a 31 de diciembre de 2005	Ibídem.
111 de 2006 Suscrito 1° de enero	1 mes	\$857.224	1° a 31 de enero de 2006	Ibídem.

de 2006 (fl.65)				
676 de 2006 Suscrito enero 30 de 2006 (fl.67)	1 mes	\$857.224	1° a 28 de febrero de 2006	Ibídem.
1198 de 2006 Suscrito febrero 28 de 2006 (fl.69)	1 mes	\$857.224	1° a 31 de marzo de 2006	Ibídem.
1472 de 2006 Suscrito 31 de marzo de 2006 (fl.71)	1 mes	\$857.224	1° a 30 de abril de 2006	Ibídem.
		Interrupción de 29 días		
2837 de 2006 Suscrito el 24 de mayo de 2006 (fl.73)	1 mes	\$857.224	1° a 30 de junio de 2006	Ibídem.
3388 de 2006 Suscrito junio 27 de 2006 (fl.75)	1 mes	\$857.224	1° a 31 de julio de 2006	Ibídem.
3929 de 2006 Suscrito el 21 de julio de 2006 (fl.77)	1 mes	\$857.224	1° a 31 de agosto de 2006	Ibídem.
4456 de 2006 Suscrito el 31 de agosto de 2006	1 mes	\$857.224	1° a 30 de septiembre de 2006	Ibídem.

(fl.79)				
4958 de 2006 Suscrito 1° de octubre de 2006 (fl.81)	1 mes	\$857.244	1° a 31 de octubre de 2006	Ibídem.
5449 de 2006 (fl.83) Suscrito 23 de octubre de 2006	1 mes	\$857.224	1° a 30 de noviembre de 2006	Ibídem.
Interrupción de 3 meses				
7483 de 2007 Suscrito 26 de febrero de 2007 (fl.85)	1 mes	\$857.224	1° a 31 de marzo de 2007	Ibídem.
7879 de 2007 Suscrito 26 de marzo de 2007 (fl.87)	1 mes	\$857.224	1° a 30 de abril de 2007	Ibídem.
8386 de 2007 Suscrito 27 de abril de 2007 (fl.89)	1 mes	\$857.224	1° a 31 de mayo de 2007	Ibídem.
8933 de 2007 Suscrito 26 mayo de 2007(fl.91)	1 mes	\$857.224	1° a 30 de junio de 2007	Ibídem.
9451 de 2007 Suscrito 28 de junio de 2007 (fl.93)	1 mes	\$857.224	1° a 31 de julio de 2007	Ibídem.
9982 de 2007	1 mes	\$857.224	1° a 31 de agosto de 2007	Ibídem.

Suscrito 26 de julio de 2007 (fl.95)				
		Interrupción de 4 años		
1939 de 2011 Suscrito 1° de febrero de 2012 (fl.97)	2 meses	\$2.647.008	1° de octubre a 30 de noviembre de 2011	Ibídem.
2741 de 2011 Suscrito 1° de diciembre de 2011 (fl.101)	1 mes y 5 días	\$1.544.088	1° de diciembre de 2011 a 5 de enero de 2012	Ibídem.
0650 de 2012 Suscrito 6 de enero de 2012 (fl.109)	25 días	\$1.158.066	6 a 31 de enero de 2012	Ibídem.
1366 de 2012 Suscrito 30 de septiembre de 2011 (fl.105)	1 mes	\$1.389.679	1° a 29 de febrero de 2012	Ibídem.
2104 de 2012 Suscrito 1° de marzo de 2012 (fl.113)	1 mes	\$1.389.679	1° a 31 de marzo de 2012	Ibídem.
2786 de 2012 Suscrito 27 de marzo de 2012 (fl.117)	1 mes	\$1.389.679	1° a 30 de abril de 2012	Ibídem.
3513 de 2012 Suscrito 27	5 meses	\$5.558.719	1° de mayo a 30 de septiembre de 2012	Ibídem.

de abril de				
2012				
(fl.129)				

Así, se tiene que el objeto se determinó en los señalados como:

"Adelantar las labores de AUXILIAR DE ENFERMERÍA por cuenta y riesgo del adjudicatario de la misma orden."

Aunado lo anterior, figuran las siguientes "obligaciones de la contratista" que dentro del particular se consignan:

"(...) DEL CONTRATISTA. a) Cumplir a cabalidad con el objeto de la OPS. b) Presentar oportunamente la cuenta de cobro para su pago. c) Evolucionar diariamente a los pacientes registrando este hecho en la historia clínica con firma y sello. d) Diligenciar en su totalidad y debidamente los RIPS y procedimientos realizados correspondientes a consulta Externa, Hospitalización, Urgencias y Cirugía - con el fin de evitar glosas en la facturación sopena de proceder a descontar del monto a pagar las objeciones que presenten las instituciones a quienes se les preste el servicio cuando la misma tenga que ser aceptada por la institución. e) Responder por el mal uso a los equipos médicos y elementos de trabajo que estén puestos a disposición del contratista para el desarrollo del objeto contratado. f) Cumplir estrictamente con los turnos prefijados para cumplir con el objeto de esta OPS. g) No abandonar el servicio donde este desarrollando las actividades inherentes al objeto de este contrato hasta tanto no haya terminado el turno prefijado, al momento para el cual podrá ausentarse de la institución sopena de imponer las multas del caso. h) Anexar a la presente OPS el pago actualizado de su afiliación a una entidad de seguridad social en salud y pensiones. PARÁGRAFO PRIMERO: El incumplimiento de las anteriores obligaciones dará lugar al descuento del valor correspondiente a la glosa que se genere o del valor de lo no facturado, procedimiento este que se efectuará al momento del respectivo pago al contratista. CLÁUSULA DÉCIMA. SUPERVISIÓN. La supervisión de la presente OPS estará a cargo de la Coordinadora de la Unidad Funcional de Hospitalización. CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA. MULTAS. En caso de mora o incumplimiento parcial o total de las obligaciones."

Señalado lo anterior, se constata que existió una relación contractual entre las partes, entre el 15 de diciembre del año 2003 y el 30 de septiembre del año 2012, pero que tuvo interrupciones significativas superiores a 15 días hábiles de la siguiente manera:

Entre el 31 de agosto de 2004 y el 16 de diciembre de 2004, de 3 meses y 15 días.

31 de diciembre de 2004 y el 1º de junio de 2005, de 5 meses.

15 de agosto de 2005 y 1º de diciembre de 2005, de 3 meses y 15 días.

30 de noviembre de 2006 y 1º de marzo de 2007, de 3 meses.

31 de agosto de 2007 y 1º de octubre de 2011, de 4 años.

Esto permite evaluar seis periodos sin solución de continuidad establecidos de la siguiente forma:

15 de diciembre de 2003 a 31 de agosto de 2004.

16 de diciembre de 2004 a 31 de diciembre de 2004.

1° de junio de 2005 a 15 de agosto de 2005.

1° de diciembre de 2005 a 30 de noviembre de 2006.

1° de marzo de 2007 a 31 de agosto de 2007 y

1° de octubre de 2011 a 30 de septiembre de 2012.

Ahora bien, siendo que la reclamación administrativa se interpusó por la accionante el 1° de octubre de 2013, se dirá que se encuentran prescritas las pretensiones sobre los contratos suscritos con anterioridad al 1° de octubre de 2010, entiéndase todos los periodos indicados menos el sexto del "1° de octubre de 2011 a 30 de septiembre de 2012", el cual resulta idóneo de ser reclamado en cuanto al pago de prestaciones sociales en caso de ser probados los elementos fundantes de una relación laboral y con ello declarados los derechos prestacionales de la misma, pues sobre aquel no transcurrió un plazo superior a tres años en contra de la disposición del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, para solicitar por vía administrativa el reconocimiento de la relación laboral y por ende el pago de los salarios y prestaciones, interrumpiendo el fenómeno jurídico de la prescripción.

Sin embargo, se debe aclarar que frente a los periodos anteriores, aunque prescritos se advierten, justo resulta reconocer los aportes a pensión que no fueron consignados al Fondo Pensional de la actora, y tampoco reconocidos con la sentencia de instancia, de acuerdo a la doctrina desarrollada por la Sala, en consideración a su naturaleza no suceptible de dicho fenómeno.

De tal manera, en cuanto al estudio de los elementos fundantes de la relación laboral y de acuerdo a que las partes no divergen de la (i) prestación del servicio, ni de la (ii) remuneración del mismo; determinar si la labor se ejecutó de forma subordinada será determinante para aclarar el litigio, y se encuentra que este aspecto se afirma por sí mismo, en el objeto y las funciones transcritas de los contratos, como de otras especificidades determinadas en los mismos, atiéndase a que se escribe que las funciones deberán ser desarrolladas "estrictamente con los turnos prefijados para cumplir con el objeto de esta OPS", sin "abandonar el servicio donde este desarrollando las actividades inherentes al objeto de este contrato hasta tanto no haya terminado el turno prefijado" y "al momento para el cual podrá ausentarse de la institución sopena de imponer las multas del caso", entre otros.

1. Ciertamente resulta entonces, que probados resultan los elementos de una verdadera relación laboral atendiendo a los principios de la sana crítica al revisar el caudal probatorio obrante, siendo incuestionable (i) que existió el ánimo permanente de contratar a la actora por parte de la entidad accionada, al reflejarse la continuada y atemporal contratación descrita, atendiendo a que las funciones desarrolladas son de (ii) la naturaleza de la entidad demandada, y fueron desarrolladas de forma (iii) subordinada, como lo es para una AUXILIAR DE ENFERMERÍA, que se encuentra bajo las órdenes de superiores en el desarrollo de su labor; entonces, se confirmará la sentencia recurrida pero se modificará en cuanto se declarará como se explicó, que deberán ser reconocidos los aportes pensionales de la accionante sobre los periodos prescritos determinados en precedencia.
2. Así, en aras de garantizar el derecho pensional, a título de restablecimiento del derecho la Administración determinará mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por la actora, y cotizar al respectivo fondo de pensiones

la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador, en los periodos en los que se demostró la relación laboral.

3. Para tales efectos, la interesada deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.
4. Finalmente, pese a encontrarse probados los elementos de la relación laboral, se dirá que esto no implica que la accionante detente la condición de empleada pública en miramiento a que no existen los elementos de una relación legal y reglamentaria en cuanto al artículo 122 de la Constitución Política.

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

**FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR CON MODIFICACIONES** la sentencia apelada por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral "SEGUNDO" de la sentencia de primera instancia, el cual quedará de la siguiente manera:

"SEGUNDO: A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONDENASÉ a la E.S.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO a pagar a la señora OLGA PATRICIA HERRERA CAMARGO el equivalente a las prestaciones sociales que un trabajador (a) de la misma categoría tiene, tomando como base el valor de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios, por el periodo del (i) 1º de octubre de 2011 a 30 de septiembre de 2012.

Se condena a la E.S.E. HOSPITAL DEPARTAMENTAL DE VILLAVICENCIO a (i) tomar mes a mes el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la accionante, con fundamento en los honorarios pactados, durante los periodos en los que se demostró la existencia de la relación laboral, esto es, (i) 15 de diciembre de 2003 a 31 de agosto de 2004, (ii) 16 de diciembre de 2004 a 31 de diciembre de 2004, (iii) 1º de junio de 2005 a 15 de agosto de 2005, (iv) 1º de diciembre de 2005 a 30 de noviembre de 2006, (v) 1º de marzo de 2007 a 31 de agosto de 2007 y (vi) 1º de octubre de 2011 a 30 de septiembre de 2012, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que efectivamente debió cumplir, cotizar al respectivo fondo de pensiones el valor faltante de aportes a pensión en el porcentaje que le incumbía como empleador; por su parte, la actora acreditará las cotizaciones efectuadas al mencionado sistema durante estos vínculos contractuales y si no las hubiese hecho o se verificara diferencia alguna en su contra, tendrá la obligación de completar o cancelar, según corresponda, el porcentaje que le concernía como trabajador, según lo analizado en los acápites pertinentes de esta sentencia.

**TERCERO:** Por la Secretaría de la Sección Segunda de la Corporación devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo del Meta y déjense las constancias de rigor.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

Firma electrónica

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Firma electrónica

CARMELO PERDOMO CUÉTER

Firma electrónica

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Relatoría: AJSD/Dcsg/Lmr.

[1] Folios 1 a 31.

[2] Folios 120 a 131.

[3] Folios 247 a 253.

[4] Folios 234 a 237.

[5] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. Consejero Ponente: Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER. Bogotá D.C., Veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), radicación número: 230012333000201300260 01 (0088-15) CE-SUJ2-005-16.

[6] En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10).

[7] Modificado por el artículo 1° de la Ley 50 de 1990.

[8] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCION B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 47001-23-33-000-2014-00094-01(4569-15). Actor: TIRSA BEATRIZ BARRANCO RICO. Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.  
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior  
n.d.

Última actualización: 16 de mayo de 2024

 logo