**CONTRATO REALIDAD – Relación laboral – Elementos**

Los casos en que se discute la existencia de una verdadera relación laboral derivada de la ejecución de un contrato de prestación de servicios, es necesario que se demuestre en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es: i. La prestación personal del servicio, la cual debe darse de manera permanente; ii. La remuneración respectiva y especialmente, iii. La subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito.

**COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO - Definición – Clasificación**

Cooperativas de Trabajo Asociado son aquellas organizaciones sin ánimo de lucro que pertenecen al sector de la economía solidaria, que vinculan el trabajo personal de sus asociados, quienes a su vez son gestores, contribuyen económicamente a la cooperativa y aportan directamente su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, esto con la finalidad de producir en común bienes, prestar servicios o ejecutar obras para satisfacer las necesidades de los asociados y de la comunidad en general. (…) Según la actividad que éstas desarrollen se clasifican en: especializadas, multiactivas e integrales. Las cooperativas especializadas son las que se organizan para atender una necesidad específica, correspondiente a una sola rama de actividad económica, social o cultural. Las multiactivas son las que se organizan para atender varias necesidades, mediante concurrencia de servicios en una sola entidad jurídica. Y las integrales son aquellas que en desarrollo de su objeto social, realizan dos o más actividades conexas y complementarias entre sí, de producción, distribución, consumo y prestación de servicios. Las cooperativas de trabajo asociado pertenecen a la categoría de las especializadas, y han sido definidas por el legislador así: «Las cooperativas de trabajado asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios». El principal aporte de los asociados en esta clase de organizaciones es su trabajo, puesto que los aportes de capital son mínimos. (…) Debido a la naturaleza misma de las cooperativas de trabajo asociado, la retribución que reciben los asociados por su trabajo no es salario sino una compensación*,*que sefija teniendo en cuenta estos factores: la función que cada trabajador cumple, la especialidad, el rendimiento, la cantidad y calidad del trabajo aportado. Igualmente, el trabajador asociado tiene derecho a recibir un porcentaje de los excedentes obtenidos por la cooperativa.

**CONTRATO REALIDAD – Prueba de la dependía de la labor de conductor**

La precitada ley, artículo 1 de la ley 769 de 2002, no determina si la labor de conducción de vehículo implica *per se* el desarrollo de una actividad subordinada, por lo que, en cada caso particular y específico, habrá de examinarse el cumplimiento de este requisito para de esa manera, establecer la existencia o no de una relación laboral.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCION B**

**Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00127-01(4082-14)**

**Actor: ALFARO LUIS MERCADO GÓMEZ**

**Demandado: E.S.E. CAMU DIVINO NIÑO DE PUERTO LIBERTADOR**

**Medio de control:** Nulidad y restablecimiento del derecho

**Trámite:** Ley 1437 de 2011.

**Asunto:** Contrato realidad – en los casos donde se discute la existencia de una verdadera relación laboral derivada de la ejecución de un contrato de prestación de servicios, es necesario que se demuestre en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral.

**Segunda instancia – apelación de sentencia.**

La Sala decide el recurso de apelación que la parte demandante presentó contra la sentencia de fecha 31 de julio de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba por medio de la cual, negó las pretensiones de la demanda.

1. **ANTECEDENTES**
2. **Demanda.**

El señor Alfaro Luis Mercado Gómez, a través de apoderado y en ejercicio de medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, presentó demanda contra la Empresa Social del Estado Camu Divino Niño de Puerto Libertador, con la finalidad que en la sentencia se acceda a la declaratoria de nulidad del oficio de fecha 7 de junio de 2012, mediante el cual la accionada niega la existencia de una relación laboral y consecuentemente, la liquidación de las prestaciones sociales y demás emolumentos a que tiene derecho el actor y la Resolución 255 del 7 de septiembre de 2012 que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el oficio ya prenotado.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se declare la existencia de la relación laboral entre la entidad accionada y el señor Alfaro Mercado Gómez, por haber laborado como conductor de ambulancia desde el 1 de agosto de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2011.

De igual forma, solicitó se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales tales como cesantías, sanción moratoria, intereses a la cesantías, vacaciones, primas, bonificaciones, porcentajes de cotización correspondientes a salud y pensión, computar el tiempo de servicio para efectos pensionales y todos los demás emolumentos a que tiene derecho durante el período de prestación de sus servicios.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los siguientes:

**H E C H O S**

Manifestó que laboró como conductor de la ambulancia al servicio de la E.S.E. Camu Divino Niño de Puerto Libertador desde el 01 de agosto de 2004, mediante la intermediadora Empresa Asociativa de Trabajadores Proteser, manteniéndose dicho vínculo hasta el 31 de diciembre de 2009, cumpliendo su labor bajo la subordinación, con estricto horario asignado por la empresa.

Adujo haber sido trasladado a una Cooperativa de Trabajo Asociado, denominada Integrarse, desempeñándose en el mismo cargo de conductor, cumpliendo la misma labor de manera subordinada desde el 01 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2011, sin recibir prestación alguna.

Alegó que en enero 02 de 2012, fue vinculado mediante contrato laboral a término indefinido, en el mismo cargo de conductor de ambulancia, sin que pueda predicarse su condición de trabajador oficial como quiera que las actividades que desempeña no pueden considerarse como aquellas relacionadas con el mantenimiento y sostenimiento de la planta física hospitalaria.

Sostuvo que la labor desarrollada fue el transporte de pacientes a la ciudad de Montelíbano y Montería, según órdenes impartidas por la gerencia de la entidad, ejecutada dicha labor con responsabilidad, prestancia y de manera continua e ininterrumpida

Afirmó laborar en turnos de 24 horas, sin que recibiera remuneración por los recargos nocturnos, ni recargos dominicales y menos feriados, siempre desarrollando la labor de manera personal y atendiendo las instrucciones del empleador, en consecuencia, ejecutó la labor de manera personal y en forma dependiente y subordinada al servicio de la E.S.E. accionada.

Que el 16 de mayo de 2012, elevó a la entidad reclamación administrativa solicitando el reconocimiento de la relación laboral y el pago de los correspondientes conceptos salariales y prestacionales, siendo negada la misma con el argumento que el actor no ha estado vinculado a la planta de personal de la entidad y que el cargo de conductor no existe en la estructura orgánica y que su relación con la E.S.E. era mediante u subproceso con entidades de derecho privado, negando en consecuencia la existencia de la relación laboral.

**NORMAS VIOLADA Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Como normas presuntamente quebrantadas con el acto acusado, se invocaron los artículos 2, 6, 13, 25, 29, 53, 83 y 93 de la Constitución Política. Como normas legales transgredidas se citó el artículo 2, 3, 36, 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, la Ley 4 de 1992, los Decretos 062 de 1999, 182 de 2000 y 1463 de 2001, artículos 8, 9, 10 y 11 del Decreto 3135 de 1968, artículos 43 al 49 del Decreto 1045 de 1978, Ley 50 de 1990, artículo 99, 102 y 104, Ley 344 de 1996, artículos 13 y 14.

Arguyó que se trasgredieron las citadas normas, habida cuenta que la relación existente entre las partes se encontraba enmarcada por una relación real de subordinación y dependencia y que además, se dio de manera directa y permanente durante 7 años, por lo que, amerita que en aplicación de los artículo 25 y 53 de la Carta Política, el amparo y protección del Estado, garantizando el pago de los derechos prestacionales que se asistían durante el periodo laborado.

De otra parte, alega que la ley que permite la creación de las Empresas Asociativas de Trabajadores prohíbe que sean utilizadas como intermediarias laborales, por lo que, no puede utilizarse tal preceptiva como argumento para descartar la posible existencia de una relación laboral encubierta bajo un contrato estatal.

1. **OPOSICIÓN A LA DEMANDA**

La entidad accionada se opuso a las pretensiones de la demanda para lo cual, sostuvo que, la modalidad de contratación que existió con el señor Alfaro Mercado Gómez fue mediante contrato de prestación de servicio, por tanto, no puede afirmar que se configuró un contrato realidad con la entidad accionada.

De otra parte, formuló la excepción de inepta demanda, al considerar que la parte actora no agotó el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 131 de la Ley 1437 de 2011.

1. **LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

El Tribunal Administrativo de Córdoba, negó las pretensiones de la demanda al considerar que en el proceso obran los contratos suscritos entre la E.A.T. Proteser y la entidad demandada, mas no se observa que el demandante haya suscrito convenio alguno de asociación con dicha empresa asociativa, así como tampoco, reposan certificaciones u otros documentos que prueben dicha circunstancia.

De igual forma, estima que las declaraciones rendidas en el proceso son contradictorias, toda vez que, de una parte, aducen que el actor fue contratado a través de órdenes de prestación de servicios directamente por la E.S.E. y luego aseveran que fue a través de cooperativas. Sin embargo, en el proceso no existe prueba de ninguna de tales afirmaciones, pues no existe contrato suscrito directamente con la Empresa Social del Estado ni tampoco contratos suscritos con Proteser.

Consideró el *a quo* que no se demostró de manera clara de qué forma se encontraba vinculado el demandante con la Empresa Asociativa Proteser, ni tampoco con la entidad demandada. Así mismo, no se acreditó las funciones desarrolladas en dicha entidad, pues, en los contratos suscritos con la E.A.T. Proteser, se contrata la prestación de servicios de aseadora, celadores, auxiliares de estética, conductores, auxiliares de archivo, sin que exista prueba de que el actor haya desarrollado alguna de tales funciones.

1. **EL RECURSO DE APELACIÓN.**

La parte accionante pretende se revoque la sentencia, para lo cual, sostiene que la providencia apelada no valoró el hecho de encontrarse el demandante actualmente vinculado por contrato laboral a término indefinido adscrito a la planta de personal, relación que a su juicio, en nada difiere a la que desarrolló en el período comprendido del 01 de agosto de 2004 a diciembre 31 de 2009.

De igual forma, arguye que de las declaraciones testimoniales rendidas por los señores Luzmila Hernández y Ramiro Mercado, afirman que el actor cumplía en forma personal con su labor, pues, para el período reclamado solo existían dos conductores de ambulancia para el traslado de pacientes a la ciudad de Montería y Montelibano, y que si incurren en imprecisiones sobe el tipo de contrato que vinculaba al actor con la entidad, es normal porque son personas que no tienen conocimientos profundos en la materia.

Aduce no haber tenido en cuenta el tribunal, que en las declaraciones se indicó que el servicio fue prestado de forma personal, subordinada y que recibía como contraprestación, el pago de una remuneración, que si el mismo derivaba de un contrato de prestación de servicios, este no tendría que hacerse por mensualidades.

Por último, alega que la ley permite la creación de las Empresas Asociativas de Trabajo pero prohíbe expresamente que sean utilizadas como intermediarias laborales.

1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

La parte demandante básicamente trascribió lo manifestado en el escrito de alzada.

Por su parte, la entidad accionada no hizo uso de esta oportunidad procesal.

1. **INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El Ministerio Público emitió concepto en esta oportunidad señalando sobre el particular que, la sentencia recurrida debe ser confirmada, toda vez que no se demostró a plenitud el trio de elementos de la subordinación, dependencia y remuneración del trabajador conductor para con la E.S.E. Camu Divino Niño de Puerto Libertador.

Manifiesta que no existió una relación laboral de carácter dependiente y subordinada, mas allá de la forma de vinculación entre unos particulares asociados – Proteser e Integrarte- y la citada Empresa Social del Estado, por lo que, el acto administrativo enjuiciado no se profirió en contravía del principio constitucional de la realidad de la labor ejecutada sobre la formalidad de la contratación.

1. **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Atendiendo a los argumentos expuestos por la parte demandante en su escrito de apelación y el material probatorio obrante en el expediente, la Sala decidirá el asunto sometido a su consideración, fijando para ello el siguiente:

**Problema jurídico**

En el presente asunto y partiendo de los motivos de inconformidad alegados por la parte demandante, corresponde a la Sala determinar si para el caso del actor, demostró el cumplimiento de los tres elementos constitutivos o configurativos de una relación laboral, es decir, si el señor Alfaro Luis Mercado Gómez acreditó la ejecución personal de la labor de conductor de la precitada E.S.E., que dicha labor la ejecutó bajo la subordinación de la misma y que a cambio de ello, recibió una remuneración.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará el estudio de los elementos necesarios para que se configure una relación de carácter laboral. Posteriormente, examinará la autonomía e independencia en la ejecución de la labor de conductor. En tercer orden, se estudiará lo relacionado con las Cooperativas de Trabajo Asociado y su régimen legal. Por último, se decidirá el caso en concreto.

1. **De los elementos necesarios para que se configure una relación de carácter laboral.**

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo consagra los elementos esenciales de un contrato de trabajo. En ese sentido, la norma prescribe que:

“Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres[[1]](#footnote-1) 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.”

En los casos en que se discute la existencia de una verdadera relación laboral derivada de la ejecución de un contrato de prestación de servicios, es necesario que se demuestre en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es: **i.** **La prestación personal del servicio**, la cual debe darse de manera permanente; **ii.** **La remuneración** respectiva y especialmente, **iii.** **La subordinación** y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito.

En este orden de ideas, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de una relación laboral debe encontrar un sustento claro y preciso en la actividad probatoria que la parte demandante dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta.

Esta Corporación en varias decisiones[[2]](#footnote-2) ha reiterado la necesidad de que cuando se trata de una relación laboral, se acrediten de manera irrefutable los tres elementos que le son propios, a saber: i) la prestación personal del servicio, ii) la remuneración y en especial, iii) la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

Contrario sensu, se constituye una relación contractual, regida por la Ley 80 de 1993[[3]](#footnote-3) cuando se pacta la prestación de servicios relacionados con laadministración o funcionamiento de la entidad pública; el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; se le pagan honorarios por los servicios prestados; y, la labor convenida no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados.

Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar, que se debe restringir a aquellos casos en los que la entidad pública requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, porque, si contrata por prestación de servicios personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente se asignan a los demás servidores públicos, se desdibuja dicha relación contractual.

1. **De las Cooperativas de Trabajo Asociado.**

Según lo dispuesto en la[[4]](#footnote-4) Ley 79 de 1988 y en el Decreto 4588 de 2006[[5]](#footnote-5), las Cooperativas de Trabajo Asociado son aquellas organizaciones sin ánimo de lucro que pertenecen al sector de la economía solidaria, que vinculan el trabajo personal de sus asociados, quienes a su vez son gestores, contribuyen económicamente a la cooperativa y aportan directamente su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, esto con la finalidad de producir en común bienes, prestar servicios o ejecutar obras para satisfacer las necesidades de los asociados y de la comunidad en general.

Según la actividad que éstas desarrollen se clasifican en: especializadas, multiactivas e integrales. Las cooperativas especializadas son las que se organizan para atender una necesidad específica, correspondiente a una sola rama de actividad económica, social o cultural. Las multiactivas son las que se organizan para atender varias necesidades, mediante concurrencia de servicios en una sola entidad jurídica. Y las integrales son aquellas que en desarrollo de su objeto social, realizan dos o más actividades conexas y complementarias entre sí, de producción, distribución, consumo y prestación de servicios[[6]](#footnote-6).

Las cooperativas de trabajo asociado pertenecen a la categoría de las especializadas, y han sido definidas por el legislador así: «Las cooperativas de trabajado asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios»[[7]](#footnote-7). El principal aporte de los asociados en esta clase de organizaciones es su trabajo, puesto que los aportes de capital son mínimos.

La Corte Constitucional en sentencia C-211 de 2000, señaló que «las características más relevantes de estas cooperativas son éstas:

- La asociación es voluntaria y libre

- Se rigen por el principio de igualdad de los asociados

- No existe ánimo de lucro

- La organización es democrática

- El trabajo de los asociados es su base fundamental

- Desarrolla actividades económicas sociales

- Hay solidaridad en la compensación o retribución

- Existe autonomía empresarial[[8]](#footnote-8)»

Las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos.

Debido a la naturaleza misma de las cooperativas de trabajo asociado, la retribución que reciben los asociados por su trabajo no es salario sino una compensación*,*que sefija teniendo en cuenta estos factores: la función que cada trabajador cumple, la especialidad, el rendimiento, la cantidad y calidad del trabajo aportado. Igualmente, el trabajador asociado tiene derecho a recibir un porcentaje de los excedentes obtenidos por la cooperativa.

Lo anterior deja evidenciado la necesidad de que exista un acuerdo cooperativo, es decir, aquel contrato que es celebrado por un número determinado de personas, con el objetivo de crear y organizar una persona jurídica de derecho privado denominada cooperativa, cuyas actividades deben cumplirse con fines de interés social y sin ánimo de lucro, por lo que, en las cooperativas de trabajo asociado los trabajadores son los mismos socios y dueños de la empresa.

Sin embargo, dicha figura asociativa no fue creada por el Legislador para que se desconocieran los derechos de los trabajadores, al punto que, por mandato legal las cooperativas de trabajo asociado que incurran en prácticas deshonestas deben responder ante las autoridades correspondientes. En ese sentido, el trabajo asociado no puede ser utilizado indebidamente para desconocer o eludir las obligaciones de estirpe laboral con los trabajadores dependientes o subordinados, por ello, la normatividad consagró la prohibición de que las Cooperativas de Trabajo Asociado actuaran como empresas de intermediación laboral, disponiendo del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o terceros beneficiarios.

Pero de igual manera, es claro que las cooperativas funcionan bajo los lineamientos de la Ley 79 de 1988, de tal suerte que, cuando el asociado es vinculado con otro ente, pero por órdenes puntuales y estrictas de la Cooperativa así como del tercero, quien alega la configuración o existencia del contrato realidad con aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber probatorio de acreditar el trípode que la legislación consagra para la configuración de una relación laboral.

1. **La autonomía e independencia en la ejecución de la labor de conductor.**

El artículo 1º de la Ley 769 de 2002[[9]](#footnote-9), define la acepción conductor de la siguiente manera: “Es la persona habilitada y capacitada técnica y teóricamente para operar un vehículo”.

La precitada ley no determina si la labor de conducción de vehículo implica *per se* el desarrollo de una actividad subordinada, por lo que, en cada caso particular y específico, habrá de examinarse el cumplimiento de este requisito para de esa manera, establecer la existencia o no de una relación laboral.

Teniendo en cuenta el marco normativo anterior, es necesario que la parte demandante en asuntos como el aquí debatido, en donde pretende la aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas en aras que se declare la existencia de una relación laboral, demuestre cada uno de los 3 elementos configurativos de la relación de trabajo que alega existió, pues, solo en casos excepcionales, la jurisprudencia ha admitido que determinada actividad lleva ínsito el componente de subordinación, tal como es el caso de la labor docente[[10]](#footnote-10), de tal suerte que, para el resto de actividades se requiere de la probanza de tales presupuestos exigidos por la ley.

**Del caso en concreto.**

La parte demandante manifiesta como inconformidad contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba que las declaraciones testimoniales rendidas en el proceso, afirman que el actor cumplía en forma personal con su labor, pues, para el período reclamado solo existían dos conductores de ambulancia para el traslado de pacientes a la ciudad de Montería y Montelibano, y que si incurren en imprecisiones sobe el tipo de contrato que vinculaba al demandante con la entidad, es normal porque son personas que no tienen conocimientos profundos en la materia.

Al respecto, observa la Sala que en el proceso reposa copia de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la Empresa Social del Estado Camu Divino Niño de Puerto Libertador y la Empresa Asociativa de Trabajo Proteser[[11]](#footnote-11), los cuales tenían como objeto contractual el siguiente:

« El contratista se obliga para con la E.S.E. CAMU DIVINO NIÑO DE PUERTO LIBERTADOR a la prestación de los servicios que conforme programación concertada de los bienes y/o servicio objeto mayor de la empresa y elemento neto de las contrataciones. Como área encargada de desarrollar los bienes y/o servicios que el cliente (paciente) solicita y cumplir con sus expectativas. En el CAMU esta área constituye lo que tradicionalmente se menciona como “operativa y área asistencia” por lo que el CONTRATISTA, deberá ejecutar y adelantar las actividades propias de los servicios que prestan con las medidas que para el área tiene definidas el Manual de Minsalud, y esos servicios al interior de la entidad hospitalaria corresponde a los servicios de atención medica profesional y especializada en las urgencias, ambulatorios, y sala de parto que la Empresa Contratista desarrolla con sus socios que aportan en los términos de la Ley 10 de 1991 fuerza laboral primaria.»

Adicionalmente, la empresa contratista de obligó contractualmente a desarrollar las siguientes actividades encaminadas a ejecutar o satisfacer el objeto contractual[[12]](#footnote-12):

« - Programar coordinadamente con el Gerente la prestación de servicios a realizar.

* Adelantar proceso de asesoría general en el área organizacional y legal del sector salud en el desarrollo de su función.
* Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.
* Utilizar los bienes y recursos asignados para el desempeño de su función, las facultades que le sean atribuidas, o la información reservada a que tenga acceso por razón de su función, en forma exclusiva para los fines a que están afectos.
* Custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de sus funciones le sea asignada.»

De acuerdo con la prueba documental antes relacionada, se tiene que únicamente reposa en el proceso los aludidos contratos de prestación de servicios que fueron suscritos por la E.S.E. demandada y la Empresa de Trabajo Asociativo Proteser, sin que de ello se deprenda de manera automática, la relación o vínculo que pretende la parte demandante se declare como probada.

De igual forma, se tiene que a folio 51 al 53 del expediente, obra certificado expedido por la Cámara de Comercio de Montería, en la cual, hace constar la existencia y representación de la empresa asociativa de trabajo Proteser y en la que se relaciona como uno de los socios de la aludida empresa al señor Alfaro Luis Mercado Gómez, hecho que *per se* no conlleva a tener por demostrado la labor de conductor que pregona ejecutó en favor de la E.S.E demandada y mucho menos, que tal actividad haya sido desarrollada de manera subordinada.

Ahora bien, en cuanto al contenido de las declaraciones testimoniales, observa la Sala que se recaudaron los testimonios de los señores Luzmila Hernández Morales, persona que laboró en el área de servicios generales de la entidad accionada y Ramiro José Mercado Acosta, quien manifestó laborar como vigilante de la misma y quienes manifestaron lo siguiente:

* Declaración de Luzmila Hernández Morales.

«(…) PREGUNTADO: Sírvase manifestar si usted conoce al señor Alfaro Mercado Gómez. En caso afirmativo, diga desde cuándo y que trato ha tenido con él. CONTESTÓ: Si lo conozco desde el 2004 y lo conozco como empleado del Camu Divino Niño, entró como conductor de ambulancia. PREGUNTADO: Sírvase manifestar si tiene conocimiento, de cuál fue la forma de vinculación del señor Alfaro Luis Mercado Gómez a la E.S.E. Camu Divino Niño de Puerto Libertador, es decir, si él fue nombrado a través de un acto administrativo o lo fue, mediante contrato de prestación de servicio u órdenes de prestación de servicios. CONTESTO: Cuando eso, formaron como una fachada de una A.E.T. o de cooperativa, pero el que pagaba, era el Camu Divino Niño y el trabajo y la orden la recibía del Camu del gerente actual. PREGUNTADO: Doña Luzmila, precise si él era vinculado a través de contratos o a través de acto de nombramiento y quien efectuaba el acto de nombramiento o los contratos de prestación de servicio. CONTESTÓ: El Camu Divino Niño hacia sus contrataciones directamente. PREGUNTADO: Usted mencionó en su respuesta que habían unas cooperativas. Puede explicar en qué consisten o que papel jugaban las cooperativas a las que usted se refiere en relación con la vinculación del señor Alfaro Luis Mercado Gómez. CONTESTO: Eso era como una fachada que hacían en la misma empresa, contrataban a unas personas pero esas mismas personas eran las que trabajaban en el Camu, el mismo que tenían ellos contratados, eran los que vinculaban a esas AET que decían que vinculaban, pero quien hacia los cheques y pagaba era el gerente actual del Camu Divino Niño. PREGUNTADO: Sírvase manifestar que cargos desempeñaba el señor Alfaro Luis Mercado Gómez en la E.S.E. Camu Divino Niño de Puerto Libertador y cual fue, el periodo durante el cual desarrollo estas labores. CONTESTO: El entró como conductor de ambulancia en el Camu más o menos como 8 años. PREGUNTADO: Sírvase manifestar si tiene conocimiento si el señor Alfaro Mercado cumplía un horario de trabajo, señale cual era y en caso tal, quien vigilaba su cumplimiento. CONTESTÓ: si cumplía horario, uno de 12 horas, como había veces que se iba de 24 horas, porque cuando eso habían dos conductores nada más…PREGUNTADO: Sírvase manifestar si para el cumplimiento de las labores que desempañaba el señor Alfaro lo hacia abajo órdenes de algún superior jerárquico. En caso afirmativo, de quien las recibía y de qué manera le daba las órdenes. CONTESTO: Las órdenes las recibía directamente del gerente del Camu Divino Niño. PREGUNTADO. De qué manera le daba las órdenes. CONTESTO: Le daba las órdenes sobre los horarios que se estipulaban, te corresponde este horario a tal horario y tiene que cumplirlo. PREGUNTADO: Usted alcanzó a observa que el señor Alfaro Luis le dieran ordenes en tal sentido. CONTESTO: sí. PREGUNTADO: Como le daban las órdenes. CONTESTO: Que tenían que acatra la orden del horario que se le suministraba. PREGUNTADO: Cuando le preguntó de cómo le daban las ordenes, es a través de que medio le daban las órdenes. CONTESTÓ: verbal Sabe usted si las labores desempañadas por el señor Alfaro Luis fueron prestadas de maneara personal y permanente o hubo interrupciones en el servicio. CONTESTO: Personal y permanente. »

* Declaración de Ramiro José Mercado Acosta.

«(…) Mi nombre es Ramiro José Mercado Acosta, tengo 18 años de estar laborando en la E.S.E. Camu Divino Niño, mi cargo es vigilante, con el señor Alfaro no tengo ningún vínculo laboral, ni con otros 5 mercados más que trabajan ahí… en el año 2004 salí a vacaciones y contrataron al señor Alfaro para hacerme las vacaciones… terminadas mis vacaciones, el señor Alfaro fue contratado como conductor de una ambulancia para laborar en la E.S.E. Camu Divino Niño. Lleva aproximadamente como 10 años de estar laborando como conductor en la E.S.E. PREGUNTADO: Manifieste usted si sabe, a partir de que época empezó a trabajar el señor Alfaro Luis Mercado Gómez al servicio de la E.S.E. Camu Divino Niño de Puerto Libertador y hasta cuando sabe usted que él haya prestado sus servicios. CONTESTÓ: El señor Alfaro, yo salgo en el mes de julio y el entró en el mes de agosto y hasta la fecha, desempeña el cargo de conductor ahí. PREGUNTADO: Sírvase manifestar si usted conoce, de qué manera fue vinculado el señor Alfaro Luis Mercado a la E.S.E. demandada. Si lo fue a través de un acto administrativo o si fue a través de una orden de prestación de servicio o un contrato de prestación de servicios. CONTESTO: Al señor Alfaro, que yo sepa a los trabajadores los contratan por orden de prestación de servicios y contratos, no sé cuál de las dos lo contrataron a él, porque ellos tiene una planta diferente a la que ellos tiene, en ese entonces trabajábamos por Dasalud y ellos los contrataban o una OPS pero el mismo día que nos pagaban les pagaban a ellos y con los mismos cheques y con el mismo talonario a ellos también les pagaban, es decir, que había una vinculación directamente del señor con la empresa. PREGUNTADO: Informe al despacho de las actividades o funciones que desempañaba el señor Alfaro Luis Mercado. CONTESTÓ: Cuando el señor Alfaro comenzó a laborar allá, había otro conductor, hacían turnos de 12 horas, pero el tiempo en que estaban de descanso, estaban disponibles, por lo que si se presentaba algo debían asistir a laborar. Entonces, yo pienso que el trabajador cuando está disponible está laborando...PREGUNTADO: Sírvase manifestar si el señor Alfaro Luis Mercado para desarrollar sus labores como conductor, se encontraba sometido a órdenes o actuaba bajo la subordinación de un superior inmediato y en caso tal, diga quién era y como le daban las órdenes. CONTESTO: Las ordenes allá siempre son emanada por la señora gerente que en ese entonces era la doctora Yolima Marimon Severiche, después llegó el señor José López Santana, después la doctora Erika Díaz Paternina y actualmente está una encarga Gilma Núñez que da las mismas órdenes que viene dando en la secuencia los demás gerentes…»

De las declaraciones rendidas en el proceso, no se obtiene con precisión en virtud de qué, el actor prestó sus servicios de conductor a la E.S.E. Camu Divino Niño de Puerto Libertador, indistintamente que los declarante tuvieran o no conocimiento suficiente para distinguir entre un contrato de prestación de servicios y un acto administrativo de nombramiento, puesto que, si bien es posible que los deponentes carecieran de los estudios jurídicos o normativos acerca de las formas de vinculación de los particulares con el estado, lo cierto es que, de acuerdo a sus declaraciones, si lograban distinguir entre la vinculación legal y reglamentaria y una contractual por prestación de servicios, lo que sin duda les permitía precisar el lazo jurídico que unía al actor con la E.S.E. demandada y por el cual, el señor Alfaro Luis Mercado Gómez llevó a cabo los aludidos servicios de conductor.

Ahora, si en gracia de discusión se admitiera que su vinculación se produjo con ocasión de contratos de prestación de servicios con la antedicha empresa social del estado, en el proceso no obra prueba de ello, como quiera que lo demostrado fue únicamente la relación contractual que existió entre la Empresa Asociativa de Trabajadores Proteser y la precitada E.S.E., sin que de tal prueba documental se desprenda de manera automática y directa, la forma de vinculación que existió entre el demandante y la E.S.E. Camu Divino Niño de Puerto Libertador.

De otra parte, se tiene que de las pruebas documentales arrimadas al proceso, se observan las cuentas de cobros que fueron presentadas por parte de la empresa Proteser[[13]](#footnote-13) a la E.S.E. Camu Divino Niño de Puerto Libertador, así como los comprobantes de egresos[[14]](#footnote-14) de la referida empresa social del Estado correspondientes a los pagos realizados a la E.A.T. Proteser por concepto de procesos y subprocesos, sin que en ellos se especifique pago alguno al actor como contraprestación de los servicios que alude prestó a la E.S.E. demandada, de tal suerte que, el elemento remuneración no aparece demostrado.

En ese mismo sentido, al examinar el elemento subordinación, observa la Sala que las declaraciones son débiles en demostrar tanto la impartición de órdenes por parte de la empresa social de estado, como también, las especificaciones de las misma que permitan determinar el factor acatamiento a cargo del accionante, toda vez que los testigos se limitaron solo a indicar que dichas órdenes provenían de la gerencia, pero sin precisar de manera puntual por qué les consta ello y en qué consistían tales instrucciones, máxime, cuando la señora Luzmila Hernando Morales manifestó laborar en el área de servicios generales y el señor Ramiro Mercado ser el vigilante de la E.S.E, es decir, que no permanencia en todo tiempo junto al actor como para percatarse de tal hecho, circunstancias que no permiten obtener certeza acerca de la labor subordinada que ejecutaba el actor.

Reitera la Sala que en los casos donde se discute la existencia de una verdadera relación laboral derivada de la ejecución de un contrato de prestación de servicios, es necesario que se demuestre en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, es decir, la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración, de tal suerte que, le corresponde a la parte que invoca la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, acreditar fehacientemente cada uno de los elementos constitutivos de una relación laboral, para con ello lograr obtener la declaración de existencia de un contrato realidad.

Entonces, para el caso de marras, era deber de la parte accionante demostrar los mencionados elementos, puesto que, la normatividad que regula la actividad de conducción no establece que el desarrollo de tal labor implique la ejecución de una actividad subordinada, de tal manera que, correspondía a la parte accionante llevar a cabo con diligencia su deber probatorio y de esa forma, demostrar los supuestos exigidos por las normas del trabajo para que se configure una verdadera relación laboral.

Por último, alegó el demandante el desconocimiento que el Tribunal Administrativo de Córdoba tuvo acerca de la vinculación contractual laboral que celebró el actor con la accionada a partir del 2 de enero de 2012, la cual, a su juicio, en nada difiere a la que venía desarrollando desde el 01 de agosto de 2004.

Al respecto, obra en el expediente el contrato individual de trabajo a término indefinido[[15]](#footnote-15) celebrado entre la Empresa Social del Estado Camu Divino Niño de Puerto Libertador y el accionante, el cual tiene como objeto la prestación de sus servicios de conductor.

Sin embargo, tal hecho no puede conllevar a la Sala a tener por demostrado que los servicios que el actor alegó haber prestado a la E.S.E. demandada y que antecedieron a la celebración contractual laboral ya mencionada, se enmarcó en una relación laboral con similares connotaciones, puesto que, los supuestos de una y otra son diametralmente diferentes, es decir, con relación al contrato individual de trabajo prementado no se está frente a una forma de ocultamiento de relación laboral, sino todo lo contrario, mientras que, el señor Alfaro Mercado pretende la declaratoria de existencia de relación laboral respecto de los contratos existente entre la E.A.T. Proteser y la accionada, la cual no implica la ejecución de los servicios prestados por el demandante bajo el componente de subordinación.

En los anteriores términos, considera la Sala que no se hallaron méritos para revocar la providencia apelada, motivos por el cual, será confirmada conforme los argumentos expuestos en líneas precedentes.

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** la sentencia de fecha 31 de julio de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba por medio de la cual, negó las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO.**  Por la Secretaría de la Sección Segunda devuélvase el proceso al Tribunal de origen y déjense las constancias de rigor.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**CÉSAR PALOMINO CORTÉS CARMELO PERDOMO CUÉTER**

1. El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-686 de 2000, bajo los condicionamientos señalados en el numeral 2.4 de la parte motiva de esta sentencia. [↑](#footnote-ref-1)
2. Entre otros, sentencia de 23 de junio de 2005 proferida en el expediente No. 245 con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante. [↑](#footnote-ref-2)
3. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [↑](#footnote-ref-3)
4. «por el cual se actualiza la legislación cooperativa». [↑](#footnote-ref-4)
5. «Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado». [↑](#footnote-ref-5)
6. Arts. 61 a 64 Ley 79/88 [↑](#footnote-ref-6)
7. art. 70 Ley 79/88. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Constitucional, sentencia C-211 de marzo 1º de 2000. [↑](#footnote-ref-8)
9. "Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones". [↑](#footnote-ref-9)
10. Al respecto véase las sentencias de 30 de octubre de 2003, de la Subsección B, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno 2460-2003, actora Sonia Stella Prada Cáceres; de fecha 30 de marzo de 2006, de la Subsección B, M.P. Alejandro Ordoñez Maldonado, radicado interno 4669-04, actor: María Carmela Gurrero Benavides; de fecha 15 de febrero de 2007, dentro del proceso con radicado 73001-23-31-000-2000-01674-01 **(**3273-05), M.P. Jaime Moreno García, actor: Rafael Montoya Duque, entre otras y en las que se sostuvo lo siguiente: «Sin embargo, para la Sala resulta especialmente distinta la situación de los educadores que laboran en establecimientos públicos de enseñanza por medio de contratos de prestación de servicios, pues respecto de ellos tales exigencias deben observarse en forma más flexible, como quiera que la subordinación y la dependencia se encuentran ínsitas en la labor que desarrollan; es decir, son consustanciales al ejercicio docente..» [↑](#footnote-ref-10)
11. Ver contratos que obran a folio 54 al 115 del expediente. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ver Cláusula segunda denominada obligaciones del contratista. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ver folios 311 al 315 del expediente. [↑](#footnote-ref-13)
14. Ver folios 341 al 367 del expediente. [↑](#footnote-ref-14)
15. Ver documento a folio 171 del plenario. [↑](#footnote-ref-15)