**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Definición**

En principio cabe precisar que respecto de los contratos estatales de prestación de servicios la Ley 80 de 1993, en su artículo 32 (…) este artículo fue modificado por los Decretos 165 de 1997, 2209 de 1998 y 2170 de 2002, que precisaron «solo se realizarán para fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar». Es decir, que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual. Por su parte, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de las expresiones «no puedan realizarse con personal de planta o» y «En ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales», contenidas en el precitado numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80, en sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997, precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral

**CONTRATO LABORAL – Contrato de prestación de servicios – Características – Diferencias**

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. Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos. En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza (…) la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo

**CONTRATO REALIDAD – Elemento de permanencia**

La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

**CONTRATO REALIDAD – Contrato de prestación de servicios – Desnaturalización**

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. (…) 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 (…) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral

**CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Imprescriptibilidad de los derechos pensionales**

Por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto sub examine (…) Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema en vigencia de sus vínculos contractuales 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. Por otra parte, a la solicitud del reconocimiento y pago de los salarios de los meses desde agosto hasta noviembre de 2007 que señala no fueron pagados, se niega porque la relación laboral en virtud del contrato realidad que se demostró en el caso concreto corresponde a partir del año 2008, como ya se indicó. En lo atañedero a la indemnización por la no consignación de las cesantías y sanción moratoria pretendida por la actora, tampoco se accede a esta en la medida en que la obligación de pagar las prestaciones sociales surge con esta sentencia. Cabe anotar que pese a que se encuentran probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), destaca la Sala que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00248-01(3650-15)**

**Actor: YESENIA ESTHER JIMÉNEZ GENES**

**Demandado: ESE CENTRO DE ATENCIÓN MÉDICA DE URGENCIA (CAMU) DEL MUNICIPIO DE PURÍSIMA (CÓRDOBA)**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Medio de control | : | Nulidad y restablecimiento del derecho |
| Tema | : | Contrato realidad |

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por la accionada (ff. 279 y 280) y la demandante (ff. 285 a 288) contra la sentencia de 26 de febrero de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe (ff. 263 a 274).

**I. ANTECEDENTES**

**1.1 El medio de control** (ff. 1 a 14). La señora Yesenia Esther Jiménez Genes, por conducto de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la empresa social del Estado (ESE) Centro de Atención Médica de Urgencia (CAMU) del municipio de Purísima, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

**1.2 Pretensiones.** Se declarelanulidad de la *«DECISIÓN ADMINISTRATIVA DEL DERECHO DE PETICIÓN DEL 25 DE ENERO DE 2013*», por medio de la cual la ESE CAMU del municipio de Purísima negó a la actora «*el pago de salarios y prestaciones*» al desconocer la existencia de *«la relación laboral “contrato de trabajo”* [...]»y, en consecuencia, se determine que sí acaeció tal relación desde el «[...] *01 de agosto de 2004 hasta el* *31* *de diciembre de 2010*».

A título de restablecimiento del derecho, que «[...] *la entidad demandada cancele* […] *la nivelación con respecto a los demás empleados públicos de planta que laboraban con el mismo cargo y en las mismas condiciones y demás los* [sic] *emolumentos de constituyen factor salarial* […]*, los salarios de los meses de: agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2007* […]*, las cesantías causadas desde el 01 de agosto de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2010* […]*, intereses a las cesantías* […]*, primas de servicios y de navidad* […]*, vacaciones* […]*, sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo como lo indica la ley 50 de 1990 art, 99* […]*, sanción por mora* […]*, indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T.* […]», el pago de costas procesales y la indexación de las anteriores sumas.

**1.3 Fundamentos fácticos.** Relata la actora que «[...] *fue vinculada* *mediante orden de prestación de servicios* [...] *desde el día 01 de agosto de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2010, con el fin de desempeñarse laboralmente como AUXILIAR DE ENFERMERIA* [...] *de forma personal, subordinada, remunerada y continua en la empresa social del Estado CAMU PURISIMA* [...]».

Aduce que recibió órdenes de los representantes de la entidad accionada, y que las funciones las ejecutó en las mismas condiciones que un servidor público de planta, dentro de las instalaciones y con las herramientas de trabajo que le fueron suministradas.

Dice que su jornada laboral era asignada a través de programación de turnos, «[...] *con cumplimiento estricto de horarios* [...]».

Que el 20 de diciembre de 2011 y el 25 de enero de 2013 solicitó de la entidad demandada el pago de salarios y prestaciones sociales, las cuales se resolvieron en forma desfavorable, mediante «*derecho de petición SIN LA RESPECTIVA FECHA DE ELABORACION* [sic] *DEL DOCUMENTO, lo cual se traduce en una constante forma de dilatar el Agotamiento de la Vía Gubernativa* [...]» y «[...] ***OFICIO DECISIÓN ADMINISTRATIVA DEL DERECHO DE PETICIÓN DE 25 DE ENERO DE 2013***», suscrito por el gerente de la ESE, notificado el 28 de febrero de 2013, con el argumento que «[...] *los créditos laborales que solicita* [...] *se basan en el análisis del Decreto 1919 de 2002, Régimen de Prestaciones Sociales para empleados públicos* [...]», el cual no se hace extensivo a los contratistas.

**1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** Cita como normas violadas por el acto administrativo acusado las siguientes: los artículos 13, 25 y 53 de la Constitución Política; 85 del Código Contencioso Administrativo; 2.º y 22 de la Ley 909 de 2004; 42 del Decreto 1042 de 1978 y 45 del Decreto 1045 de 1978.

Alude la demandante violación directa de la ley, falsa motivación y desvío de poder, al considerar que la decisión acusada desconoció el principio de la primacía de la realidad, por cuanto prestó sus servicios de manera personal, continua y subordinada, elementos propios de una relación laboral, y, por ello, tiene derecho a que se le reconozcan y paguen las prestaciones propias de esta clase de vínculo.

Por último, trajo a colación jurisprudencia que consideró aplicable al caso concreto, respecto de la existencia del contrato realidad cuando se cumplen los tres elementos que configuran la relación laboral i) prestación personal del servicio, ii) subordinación y iii) remuneración.

**1.5 Contestación de la demanda** (ff. 87 y 88). La entidad demandada, a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y respecto de los hechos dice que algunos son ciertos y otros no.

Asevera que se ratifica en la «[...] *decisión administrativa, tomada el día 25 de enero del año 2013* [...]», por medio de la cual se negó el pago de salarios y prestaciones sociales a la accionante por desarrollar actividades bajo orden de prestación de servicios.

**1.6 Providencia impugnada.** El Tribunal Administrativo de Córdoba, en sentencia de 26 de febrero de 2015 (ff. 263 a 274), accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, con condena en costas, al considerar que la accionante estuvo vinculada en calidad de auxiliar de odontología a la ESE CAMU de Purísima, «[...] *a través de la Resolución No. 108 del 1 de agosto de 2007 hasta el 31 de diciembre de la misma anualidad* [...]» y del 1.º de mayo de 2008 al 31 de diciembre de 2010, por orden de prestación de servicios en forma interrumpida.

Como cuestión previa precisa que «[...] *la demanda fue dirigida contra el oficio del 25 de enero de 2013, sin embargó* [sic] *la demandante previamente había presentado derecho de petición en fecha 20 de diciembre de 2011, el cual fue resuelto mediante oficio sin fecha y sin número, respecto del cual tampoco se aportó constancia de notificación* [...] *atendiendo a los principios de buena fe y acceso a la administración justicia, confianza legítima, pues, desde la presentación de la demanda, se apuntó la existencia de dicho acto* [...]», y al hacer «[...] *una interpretación sistemática de la demanda puede permitir inferir que el mismo fue objeto de reproche por el actor* [...]», en consecuencia integra dicha decisión «[...] *en la demanda en acto acusado* [...] *por tanto bajo la fórmula de la notificación por conducta concluyente se tendrá como fecha de notificación* [...] *el día que se presentó la demanda, esto es el 5 de julio de 2013* [...]».

Señala que la prestación personal del servicio y la contraprestación se encuentran probadas con los contratos de prestación de servicios que suscribió la demandante con la entidad, junto con el contenido de las pruebas testimoniales.

Asevera en relación con la subordinación que se acredita «[...] *mediante certificación del 30 de marzo de 2014 suscrita por el representante legal del ente accionado señala que “acerca de la necesidad de las funciones ejercidas es necesario tener personal con conocimientos para llevar un cabal funcionamiento de la entidad, ya que estas no pueden realizarse con personal de plantas* [sic], *debido a que tienen que estar en urgencias* [...] *mientras que el personal de planta* [que] *tiene realizar vacunación* [...] *tanto en la ESE como por fuera de la institución*[...]» y por las actividades que como de auxiliar de odontología cumplió.

Agrega que «[...] *la demandante* *afirma haber laborado desde los años 2004 hasta el 2010, se expresa ocurrió una asonada en el año 2007, lo que imposibilita exigir la prueba documental de los contratos suscritos a la entidad con anterioridad al año 2008, la Sala considera que la demandante debía aportarlos teniendo en cuenta que debió quedarse con una copia de ellos. Se advierte que en los contratos* [...] *se dejaba la constancia de que se firmaban “en dos ejemplares del mismo tenor y de igual valor con destino a cada una de las partes”, situación que se debió evidenciar en los suscritos con anterioridad[[1]](#footnote-1)* [...] *así mismo la Corte Constitucional[[2]](#footnote-2) ha señalado que la metodología para reconstruir los expedientes es la adoptada en el C.P.C., por lo que la demandante bien pudo acudir a esta figura, empero no lo hizo, por lo que no agotó todas las herramientas para cumplir con su carga probatoria* [...]» y por ello «[...] *solo se concederá el vínculo a partir del 1 de enero de 2008 y hasta el 31 de diciembre de 2010* [...]», al indicar que «[...] *la demandante estuvo vinculada mediante una relación legal y reglamentaria nombrada mediante resolución 108-01, lo que permitiría inferir que existía o existieron relaciones legales y reglamentarias, haciendo inviable cualquier reconocimiento con anterioridad*».

Respecto del reconocimiento de los salarios desde agosto hasta noviembre de 2007 dijo que «[...] *la Sala considera que es inviable al haber operado la prescripción frente a dichos salarios, pues, han pasado más de 3 años desde su ocurrencia, pues, se afirma que fue en los últimos meses del año 2007 y según las pruebas la demandante para dicho periodo* [sic] *era empleada pública*».

Por las razones expuestas, determinó procedente el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales «*que devengaron los empleados que desempeñaban cargos equivalentes o similares en el Departamento de Córdoba, bajo una relación legal y reglamentaria,* […] *a título de reparación del daño*», con la advertencia de que «*las sumas de dinero acordadas en los contratos y en las órdenes de prestación de servicios son las que deberán tomarse como base para el pago de las prestaciones sociales* […]»; y en relación con los aportes a salud y pensión «[...] *debe ordenarse dicho pago a favor de la actora, siempre y cuando ésta los haya realizado ante el fondo respectivo, en caso contrario se deberá efectuar el aporte en la entidad a la que se encuentra afiliada o elija, descontando el porcentaje que le corresponde, y el que haya sido cancelado a su favor durante el desarrollo de los contratos*».

Anuló «[...] *el Oficio* *de fecha 25 de enero de 2013* [...] *y el oficio sin número y sin fecha* [...]» y, en consecuencia, ordenó «[...] *a título de reparación del daño, a la E.S.E. CAMU PURÍSIMA*»el pago de«[…] *las prestaciones sociales correspondientes al periodo* [sic] *comprendido entre el 1º de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2010* [...]».

Asimismo, dispuso el reconocimiento y pago de los porcentajes de cotización a salud y pensión «[...] *durante el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2010*» y ordenó el cómputo del tiempo laborado para efectos pensionales.

**1.7 Recursos de apelación:**

**1.7.1 Parte demandada** (ff. 279 y 280). La ESE CAMU del municipio de Purísima, por intermedio de apoderado, interpone recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, al estimar que «[...] *la ejecución del servicio prestado por la señora YESENIA JIMENEZ GENES, constituye uno de los objetos y obligaciones contractuales pactados en las ordenes* [sic] *de prestación de servicios* [...]» y «[...] *dicho deber no puede deducirse que “subordinó su voluntad a la voluntad del patrono”*, [...] *sino que es la consecuencia natural de toda orden de prestación de servicio en que las partes deben cumplir las obligaciones contraídas*».

Aduce que «[...] *entre la demandante y la ESE CAMU PURISIMA* [sic] *no había relación laboral al carecer de elementos esenciales como la subordinación o dependencia desde el año 2008 hasta el año 2010, era una contratista independiente, la única función de la E.S.E. CAMU era además de coordinar verificar que el objeto contractual se cumpliera* [...]».

**1.7.2 Parte demandante** (ff. 285 a 288). Inconforme parcialmente con la decisión de primera instancia, la demandante interpone recurso de apelación, en el que cuestiona las determinaciones en cuanto a que si bien los testigos «[...] *fungen como demandantes de la misma entidad,* [...] *son las personas idóneas para esclarecer y brindar certeza a las dudas razonables que puedan suscitarse* [...]», resaltando que «[...] *se está desconociendo y desvalorando el testimonio de Neder Luis Suarez* [sic] *Murillo, quien inició laborales en la ESE CAMU de PURISIMA* [sic] *para los años* [sic] *2006, y quien manifestó* [...] *que para la época en la cual empezó a laborar con este* [sic] *ESE ya la señora Yesenia se encontraba laborando allí desde vario* [sic] *años atrás, de lo cual se infiere que corresponde a la fecha señalada en el escrito de la demanda, motivo por el cual se deba dar plena validez*».

Afirma que «[...] *el argumento* [...] *referente a la asonada de la que fue objeto la entidad demandada y de la cual según ellos imposibilitó aportar las pruebas solicitadas* [...] *no es excusa, para obviar la responsabilidad probatoria de la entidad* [...]»; e indica que la accionante no cuenta con las copias de los contratos porque la ESE no las entregó, y solicita se revoque la decisión en el sentido de declarar la existencia de la relación laboral «[...] *desde 01 de Agosto de 2004 hasta el 31 de diciembre 2010*».

**II. TRÁMITE PROCESAL**

Los recursos interpuestos fueron concedidos mediante proveído de 21 de julio de 2015 (ff. 299 a 301) y admitidos por esta Corporación a través de auto de 11 de febrero de 2016 (f. 307); en el que se dispuso la notificación personal al Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 247 del CPACA.

**2.1 Alegatos de conclusión**. Admitidos los recursos de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso, en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público por medio de auto de 30 de junio de 2017 (f. 315), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad dentro de la cual guardaron silencio (f. 322).

**III. CONSIDERACIONES**

**3.1 Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA esta Corporación es competente para conocer del presente litigio en segunda instancia.

**3.2 Asunto preliminar.** Cabe precisar que el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se instauró contra la ESE CAMU de Purísima, para solicitar la nulidad del acto administrativo «***OFICIO DECISIÓN ADMINISTRATIVA DEL DERECHO DE PETICIÓN DE 25 DE ENERO DE 2013***», suscrito por el gerente de la entidad, notificado el 28 de febrero de 2013, sin embargo, en el fallo de primera instancia proferido el 26 de enero de 2015 como cuestión previa se integró en la demanda como acto acusado el oficio sin fecha y sin número que dio respuesta a la solicitud presentada el 20 de diciembre de 2011, al considerar que en el libelo demandatorio se advirtió la existencia de dicho acto y de ahí infirió que el mismo fue objeto de reproche por la parte actora, en consecuencia, declaró su nulidad.

En este caso, la demandante presentó dos peticiones distintas que se encuentran en el expediente: i) de 20 de diciembre de 2011, en los folios 38 a 41[[3]](#footnote-3) y ii) de 25 de enero de 2013, en los folios 11 a 14[[4]](#footnote-4); para reclamar la existencia de la relación laboral y el pago de las acreencias laborales, atendidas en forma negativa por la accionada como se observa en los folios 48 a 47 y 20 a 23.

Ahora, debido a que la actora escogió demandar únicamente el oficio que da respuesta a la petición radicada el 25 de enero de 2013, no podía el *a quo* entender como acusado el oficio sin número y sin fecha que respondió la solicitud de 11 de diciembre de 2011. Lo anterior, de conformidad con el artículo 163 del CPACA, el cual dispone que «*Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión* [...]».

Si bien el juez puede ampliar las pretensiones de la demanda, en relación con los actos objeto de nulidad, se precisa que dicha facultad hace referencia a los actos administrativos que hayan decidido los recursos de la vía gubernativa, tal como lo dispone la norma citada «[...] *si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que lo resolvieron* [...]», situación que no se da en la presente controversia.

Además, el juez de primera instancia colegiado en la audiencia inicial celebrada el 16 de mayo de 2014[[5]](#footnote-5) fijó el litigio con la advertencia de la procedencia o no de la declaración de nulidad del oficio de fecha 25 de enero de 2013 que atendió la petición de la misma fecha.

Así las cosas, resulta procedente modificar la decisión del *a quo*, en el sentido de excluir como pretensión la nulidad del oficio sin número ni fecha, que decidió la solicitud de 20 de diciembre de 2011.

En consecuencia, el único acto administrativo demandado es el «***OFICIO DECISIÓN ADMINISTRATIVA DEL DERECHO DE PETICIÓN DE 25 DE ENERO DE 2013***», como lo planteó la parte actora.

**3.2 Problema jurídico**. Corresponde a la Sala determinar si a la demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar de la ESE CAMU del municipio de Purísima (i) el pago de salarios correspondiente a los meses de agosto a noviembre de 2007; (ii) el reconocimiento y pago de prestaciones salariales y sociales no devengadas durante el tiempo que permaneció vinculada como auxiliar de odontología, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre formalidades, o, por el contrario, si los contratos de prestación de servicios que celebró con dicha entidad se ajustan a la normativa legal vigente, por cuanto no se configuraron los elementos de subordinación y continua dependencia que alega, propios de una relación laboral; y (iii) establecer a partir de qué momento se configura el fenómeno de la prescripción extintiva de los derechos prestacionales derivados del denominado «*contrato realidad*».

**3.3 Marco normativo y jurisprudencial**. En punto a la resolución de los problemas jurídicos planteados en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

En principio cabe precisar que respecto de los contratos estatales de prestación de servicios la Ley 80 de 1993, en su artículo 32 (numeral 3), dispone:

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.

Posteriormente, este artículo fue modificado por los Decretos 165 de 1997, 2209 de 1998 y 2170 de 2002, que precisaron «*solo se realizarán para fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar*».

Es decir, que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

Por su parte, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de las expresiones «*no puedan realizarse con personal de planta o*» y «*En ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales*», contenidas en el precitado numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80, en sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997[[6]](#footnote-6), precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, así:

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.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

Ahora bien, el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968[[7]](#footnote-7), «Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil [...]», dispone:

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

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

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

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

La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009, al señalar la permanencia, entre otros criterios, como un elemento más que indica la existencia de una relación laboral. Frente al tema, expuso:

La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

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[[8]](#footnote-8).

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda[[9]](#footnote-9) recordó que (i) la subordinacióno dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión*,* elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto *sub examine.*

**3.4 Caso concreto.** A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

1. Solicitud de la parte actora ante la ESE CAMU de Purísima con firma de recibido de 20 de diciembre de 2011 de pago de prestaciones sociales «[…] *correspondientes al periodo comprendido entre 05 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2010*» y salarios de los meses de octubre a noviembre de 2007, por su prestación de servicios como auxiliar de odontología (ff. 38 a 41).
2. Oficio sin fecha suscrito por la gerente de la entidad, por medio de la cual atendió en forma desfavorable la petición y destacó que la actora «[…] *no ingreso* [sic] *ni mantuvo su permanencia como servidor público, de esta forma se puede colegir que no tiene derechos laborales, pues no existió una modalidad laboral, sino, que se celebro* [sic] *de Contratos Estatales* […]» (ff. 42 a 47).
3. Constancia expedida el 27 de diciembre de 2010 por el señor «*TECNICO ADMINISTRATIVO (E)*» de la ESE CAMU de Purísima, en la que se indica que la accionante prestó sus servicios como auxiliar de odontología en dicha entidad, en virtud de orden de prestación de servicios, en el siguiente orden (f. 48):

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **No. OPS** | **Fecha inicio** | **Fecha de terminación** |
| Resolución 108-1 | 01/08/2007 | 31/12/2007 |
| 114-08 | 01/05/2008 | 31/05/2008 |
| 222-08 | 01/06/2008 | 31/07/2008 |
| 278-08 | 01/08/2008 | 30/09/2008 |
| 333-08 | 01/10/2008 | 31/12/2008 |
| 346-09 | 01/01/2009 | 31/03/2009 |
| 445-09 | 01/04/2009 | 30/06/2009 |
| 1000-09 | 01/07/2009 | 30/09/2009 |
| 1377-09 | 01/10/2009 | 31/12/2009 |
| 053-10 | 02/01/2010 | 26/03/2010 |
| 111-10 | 01/04/2010 | 30/06/2010 |
| 193-10 | 01/07/2010 | 30/09/2010 |
| 513-10 | 01/10/2010 | 31/12/2010 |

1. Oficio de 25 de enero de 2013, por medio del cual la ESE CAMU del municipio de Purísima atendió de manera negativa la solicitud presentada en la misma fecha, por medio de la cual se reclamó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales a favor de la señora Yesenia Esther Jiménez Genes por su prestación de servicios como auxiliar de odontología por el período del 1º. de agosto de 2004 «*a la fecha*» y de salarios de agosto a noviembre de 2007; dado que el vínculo con ella se derivaba de contratos de prestación de servicios no generadores de relación laboral ni, por ende, de las prestaciones reclamadas y por haberse configurado la prescripción extintiva del derecho en cuanto a los valores mensuales deprecados (ff. 16 a 23).
2. Acuerdo 2 de febrero de 1997 del municipio de Purísima, «[...] *Por medio del cual se crea el CAMU del Municipio de Purísima, como Empresa Social del Estado del orden Municipal*», en cuyo artículo 5.° (letra a) se observa que dentro de sus objetos esta «*prestar los servicios de salud* [...]»[[10]](#footnote-10).
3. Informe de la auditoría de la contraloría departamental de Córdoba realizada el 7, 8 y 9 de noviembre de 2007, en el que se concluyó «[...] *que durante la vigencia fiscal 2.007 la E.S.E. Camu de Purísima presenta una Grave crisis administrativa, la entidad se ha manejado sin tener en cuenta las normas presupuestales, contables y demás normas de carácter administrativa y financiera que rigen las Empresas sociales del estado, por no haber en los archivos de la E.S.E., Camu Purísima la información financiera, los funcionarios Auditores no lograron realizar un análisis de las finanzas de la ES,E* [sic] *a octubre 30 de 2.007, ya que no hay ninguna clase de información* [...]»[[11]](#footnote-11).
4. Certificación del jefe de recursos humanos de la ESE CAMU de Purísima, según la cual «*en la documentación revisada en los años 2008 al año 2010, debido a la asonada ocurrida en el año 2007,* [...] *si* [sic] *existe el cargo de auxiliar de enfermería dentro del personal de planta* [...]», en la que describe las funciones[[12]](#footnote-12).

1. Contratos de prestación de servicios, suscritos por la demandante con la entidad accionada, entre los años 2008, 2009 y 2010, que dan cuenta de que aquella se comprometió con esta a prestar sus servicios como «[…] ***AUXILIAR DE ODONTOLOGIA*** [sic], *durante ocho (8) horas diarias en la Institución* […]», conforme se indica en el siguiente cuadro:

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Contrato No.** | **Fecha** | **Valor** | **Período** | **Desde** | **Hasta** | **Folios** |
| 114-08 | 1/5/2008 | $461.500 | 1 mes | 1/5/2008 | 31/5/2008 | 149 y 150 |
| 222-08 | 1/6/2008 | $923.000 | 2 meses | 1/6/2008 | 31/7/2008 | 153 y 154 |
| 278-08 | 1/8/2008 | $923.000 | 2 meses | 1/8/2008 | 30/9/2008 | 151 y 152 |
| 331-08 | 1/10/2008 | $1.384.500 | 3 meses | 1/10/2008 | 31/12/2008 | 155 y 156 |
| 346-09 | 1/1/2009 | $1.489.722 | 3 meses | 1/1/2009 | 31/3/2009 | 157 y 158 |
| 445-09 | 1/4/2009 | $1.489.722 | 3 meses | 1/4/2009 | 30/6/2009 | 159 y 160 |
| 1000-09 | 1/7/2009 | $1.489.722 | 3 meses | 1/7/2009 | 30/9/2009 | 161 y 162 |
| 1377-09 | 1/10/2009 | $1.489.722 | 3 meses | 1/10/2009 | 31/12/2009 | 163 y 164 |
| 053-10 | 4/1/2010 | $1.476.000 | 2 meses | 4/1/2010 | 31/3/2010 | 165 y 166 |
| 111-10 | 1/4/2010 | $1.545.000 | 3 meses | 1/4/2010 | 30/6/2010 | 167 y 168 |
| 193-10 | 1/7/2010 | $1.545.000 | 3 meses | 1/7/2010 | 30/9/2010 | 169 y 170 |
| 513-10 | 1/10/2010 | $1.545.000 | 3 meses | 1/10/2010 | 31/12/2010 | 171 y 172 |

1. Acuerdos 8 de 30 de diciembre de 2008, 12 de 29 de diciembre de 2009, 20 de 28 de diciembre de 2010 y 25 de 30 de diciembre de 2011, por medio de los cuales se fija la planta de cargos y asignaciones de la ESE CAMU de Purísima, para las vigencias fiscales, en su orden, de los años 2009, 2010, 2011, 2012, y no se estableció dentro del nivel operativo el cargo de auxiliar de odontología[[13]](#footnote-13)
2. Resolución 750 de 26 de noviembre de 2008, «*Por el cual se hace el mejoramiento del Manuel Específico de Funciones, Requisitos y de Competencias Laborales para los empleos de Planta de Personal de la E.S.E. CAMU PURÍSIMA*»[[14]](#footnote-14)
3. En audiencia de pruebas celebrada el 9 de julio de 2014, se recaudaron los siguientes testimonios[[15]](#footnote-15), de los cuales se destaca:

**-** Rosa María Moreno Naar[[16]](#footnote-16), quien manifestó conocer en el año 2007 a la demandante cuando se desempeñaba como auxiliar de odontología en la ESE CAMU por haber sido compañeras de trabajo.

Que la reclamante cumplía «[...] *turnos de 7 de la mañana a 12 del día y de 2 a 5 de la tarde* [...] *de lunes a viernes*», que el jefe inmediato era el gerente de la entidad, y la supervisión la ejercía el odontólogo y la jefe de personal, quienes impartían órdenes.

Indica que la accionante «[...] *fue contratada por OPS porque supuestamente existía una bolsa de empleo, que nunca tuvo dueño y quien pagaba era el ESE CAMU de Purísima, el jefe de personal* [...]»

En cuanto a las actividades aduce que la señora Yesenia Esther Jiménez Genes se encargaba de «[...] *acompañar al odontólogo en todos sus procesos, prepararle para calzado de muela, flúor, todo lo que hace el odontólogo y lavado de instrumentos y esterilización de instrumentos*», en el CAMU o en los puestos de salud autorizados por este ubicados en las veredas.

A la pregunta*: «Sabe usted si fue un solo contrato durante el tiempo o fueron varios contratos los que celebró?»,* respondió: *«Se daban varios contratos, no se si todavía tiene, porque uno trabajaba y el contrato se lo daban a los tres meses trabajando se le terminaba el contrato y seguía trabajando y después nuevamente cuando se vencía, en tres meses o seis meses le daban un nuevo contrato* [...] *no aparecía el contrato, se demoraba el contrato, pero no era que uno ingresaba y le daban su contrato, el contrato se veía al final para que usted firmara* [...]».

Señaló que el cargo de auxiliar de odontología no existe en la planta de la ESE CAMU de Purísima y que presentó demanda para reclamar prestaciones sociales que le adeuda.

**-** Neder Luis Suárez Murillo[[17]](#footnote-17), quien expresó:

Que entró a trabajar como portero en la ESE CAMU de Purísima por lo cual fueron compañeros de trabajo y son vecinos.

En relación con las actividades indica que la actora apoyaba las labores del odontólogo de ese momento y afirmó que *«*[...] *hasta donde tengo entendido ella está laborando de 7 a 12 y de 2 a 5 de lunes a viernes*».

Concluyó que demandó el pago de los mismos meses de salario que reclama la actora.

**-** Ali Zaid Combatt Herrera[[18]](#footnote-18) manifestó que fue encargado de la gerencia de la ESE por 5 meses y (i) la demandante prestó sus servicios en la ESE, como auxiliar de odontología; (ii) las actividades que esta realizó fueron de control de pacientes y pasarle pinzas o instrumentos al odontólogo, en el horario desde las 8 hasta las 12 del día y entre las 2 y las 5 de la tarde; (iii) se le vinculó por medio de una bolsa de empleo junto con las demás personas que no estaban en nómina y iv) recibía órdenes del odontólogo en coordinación con el gerente.

A la pregunta *«Podría usted precisar el tiempo de servicio laborado por la señora Yesenia en la ESE CAMU?»,* respondió: *«No sabría decirle porque cuando yo entré ya ella venía trabajando, salgo todavía está trabajando, [...] es más creo que todavía está trabajando en la empresa.*

De las pruebas anteriormente enunciadas, estima la Sala que la demandante prestó sus servicios como auxiliar de odontología en la ESE CAMU del municipio de Purísima (Córdoba), mediante contratos de prestación de servicios del 1.º de mayo de 2008 al 31 de diciembre de 2010, en forma interrumpida, por lo que percibió la remuneración pactada.

Asimismo, está demostrada, con la copia de dichos convenios, la existencia de dos de los elementos de la relación laboral, por un lado, **la prestación personal del servicio**, por cuanto efectivamente la demandante fue contratada por la demandada como auxiliar de odontología, lo que implica que fue quien prestó el servicio, y por otro, la **remuneración por el trabajo cumplido**, comoquiera que en dichos contratos de prestación de servicios se estipuló un «***VALOR***» con cargo a los recursos presupuestales de la entidad, es decir, la suma de dinero que tenía derecho a percibir y la modalidad del pago, lo que se entiende como la remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios o salario), que en este caso le era pagada en forma mensual, según lo acordado en cada contrato.

En relación con la **subordinación**, como último elemento de la relación laboral, resulta procedente examinar la naturaleza de las funciones desempeñadas por la actora en el ente demandado y su verdadero alcance, con el fin de establecer si existió o no.

Resulta pertinente precisar que con Acuerdo 2 de 1997 del concejo de Purísima, se crea el centro de atención médica de urgencia (CAMU) como una empresa social del Estado con personería jurídica y autonomía administrativa, cuyo objeto es «*prestar los servicios de salud*»[[19]](#footnote-19), lo cual, sumando a que la vinculación de la actora se extendió por un poco más de 2 años y 7 meses, indica que la atención en odontología era una función permanente y obligatoria de la entidad, luego no se puede interpretar que las actividades allí desarrolladas eran temporales o transitorias, comoquiera que han permanecido vigentes desde su creación.

Así las cosas, al presente asunto le es aplicable el principio de«*la primacía de la realidad sobre formalidades*», pues es indudable que la demandante desempeñaba personalmente la labor en un cargo necesario para el funcionamiento de la entidad, motivo por el cual estaba sujeta a subordinación y dependencia.

La Sala precisa que si bien fueron atendidos en audiencia de pruebas los testimonios de los señores Rosa María Moreno Naar, Neder Luis Suárez Murillo y Ali Combatt Herrera, quienes se desempeñaron como jefe de enfermería, celador y gerente encargado, en su orden, y han presentado demandas con base en hechos y pretensiones similares a las planteadas por la accionante, de conformidad con el artículo 211 del Código General del Proceso (CGP) les corresponde a las autoridades judiciales valorar las narraciones de aquellas personas cuya credibilidad e imparcialidad se encuentren afectadas, «[...] *de acuerdo a las circunstancias de cada caso*», sin que implique esto restricción alguna para atribuir mérito a lo dicho por ellas, sino que comporta un mandato de especial rigor al estudiarlas, siempre en contexto con las demás probanzas del expediente, de allí que más que los fundamentos para aceptar o rechazar tales testimonios, lo que resulta relevante es determinar su alcance en concordancia con los demás medios de convicción y las aristas del caso.

Entonces, se advierte que los declarantes coinciden al afirmar que la señora Yesenia Esther Jiménez Genes en su trabajo como auxiliar de odontología cumplía horario de «[...] *7 de la mañana a 12 del día y de 2 a 5 de la tarde*», recibía órdenes del gerente y del odontólogo con quien acordaba la programación del tiempo de trabajo.

Estos testimonios merecen credibilidad en lo atinente a lo atrás señalado, por cuanto relatan la manera en que la demandante ejecutó los servicios para los cuales fue contratada y en conjunto con los contratos obrantes en el expediente, permiten evidenciar la ocurrencia de los tres elementos propios de una relación de trabajo (subordinación, prestación personal y remuneración); pero sobre todo que la demandante prestó la labor en forma subordinada o dependiente respecto del empleador.

Ha de destacarse por ello que la valoración de las declaraciones rendidas hacen parte de un acervo probatorio, que concuerda en apuntar hacia la configuración de prestaciones laborales reales de la actora a favor del ente acusado, suficiente para desmantelar la figura contractual mediante la cual ella fue vinculada, dadas las características de su servicio desde el 1.º de mayo de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2010, salvo la interrupción acaecida.

Por ende, este aspecto del recurso de la parte accionada no cuenta con entidad suficiente para derivar en una decisión diferente, en el sentido de que se configuró la existencia de una relación laboral entre las partes activa y pasiva de este medio de control desde el 1.º de mayo de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2010.

Precisa la Sala en lo que atañe al reconocimiento y pago de prestaciones sociales que se solicitan derivadas de un eventual contrato u órdenes de prestación de servicios entre la actora y la entidad demandada para desarrollar la labor de auxiliar de odontología desde el 1.º de agosto de 2004, no obran en el expediente los convenios correspondientes desde dicha fecha hasta el 30 de abril de 2008, por lo cual no es posible determinar con certeza que se hayan suscrito en estas épocas y si bien ocurrió una asonada en la ESE CAMU para el mes de octubre de 2007 que imposibilitó que fueran allegados, se recuerda que, conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (CPC), hoy 167 del Código General del Proceso (CGP), le incumbe la carga de la prueba a la demandante.

Se destaca que con la simple afirmación de testigos sobre su existencia del vínculo contractual para dicho período al indicar «[...] *cuando yo ingresé ya ella estaba trabajando*»[[20]](#footnote-20) y «[...] *cuando yo entré ella ya venía laborando con la empresa* [...]»[[21]](#footnote-21), no revela que en efecto hubiera laborado o el período, ni mucho menos el tipo de vinculación si se efectuó, ni tienen, incluso en conjunto, la vocación de dar cuenta de tal situación, que podría haberse evidenciado con acreditar el pago de sus aportes a la seguridad social y parafiscales, en cumplimiento de la obligación que le asiste a todo contratista del Estado establecida en el inciso segundo y el parágrafo 1.º del artículo 41 de la Ley 80 (modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007[[22]](#footnote-22)) y el artículo 15 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 3º de la Ley 797 de 2003[[23]](#footnote-23)), o con constancia de entrega de los informes de ejecución y cumplimiento de la labor para la cual eventualmente pudo ser contratada por la ESE CAMU de Purísima (Córdoba), ante quien ejercía la supervisión.

Ahora en lo referente al lapso del 1.º de agosto al 31 de diciembre de 2007, no es inadvertido que el técnico administrativo (e) de la entidad accionada señaló que la solicitante laboró como auxiliar de odontología en virtud de la resolución 108-1, pero no se allegó al proceso el contrato u orden de prestación de servicios que acredite la relación contractual en dicho interregno y tampoco se puede inferir de la constancia expedida el 27 de diciembre de 2010, ya mencionada, que durante ese intervalo existió un vínculo laboral, razón por la cual para esta Corporación no es dable pronunciarse sobre las eventuales acreencias laborales que se hayan podido causar en ese tiempo.

Así las cosas, de la prueba documental y testimonial antes reseñada, considera la Sala que no se puede comprobar que la demandante haya sido vinculada para prestar su servicio como auxiliar de odontología desde el 1º de agosto de 2004, menos aún puede determinarse bajo qué modalidad, ni tampoco se cuenta con otros medios de convicción idóneos y suficientes para probar tal situación, razón por la cual en este aspecto se confirma la decisión del *a**quo*.

En consecuencia, se encuentra demostrado que la demandante prestó sus servicios como auxiliar de enfermería vinculada a través de órdenes de prestación de servicios, entre el 1.º de mayo de 2008 y el 31 de diciembre de 2010 con una interrupción durante el lapso comprendido entre la finalización del contrato 1377-09 de 2009 (31 de diciembre de ese año) y el inicio del 053-10 de 2010 (4 de enero de la misma anualidad) y dada la fecha en que formuló la respectiva solicitud 20 de diciembre 2011, las prestaciones sociales a las que tiene derecho, son las derivadas de los siguientes contratos, pues los anteriores se encuentran prescritos:

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Orden de prestación de servicios** | **Valor** | **Período** | **Desde** | **Hasta** | **Folios** |
| 331-08 | $1.384.500 | 3 meses | 1/10/2008 | 31/12/2008 | 155 y 156 |
| 346-09 | $1.489.722 | 3 meses | 1/1/2009 | 31/3/2009 | 157 y 158 |
| 445-09 | $1.489.722 | 3 meses | 1/4/2009 | 30/6/2009 | 159 y 160 |
| 1000-09 | $1.489.722 | 3 meses | 1/7/2009 | 30/9/2009 | 161 y 162 |
| 1377-09 | $1.489.722 | 3 meses | 1/10/2009 | 31/12/2009 | 163 y 164 |
| 053-10 | $1.476.000 | 2 meses | 4/1/2010 | 31/3/2010 | 165 y 166 |
| 111-10 | $1.545.000 | 3 meses | 1/4/2010 | 30/6/2010 | 167 y 168 |
| 193-10 | $1.545.000 | 3 meses | 1/7/2010 | 30/9/2010 | 169 y 170 |
| 513-10 | $1.545.000 | 3 meses | 1/10/2010 | 31/12/2010 | 171 y 172 |

Lo anotado comoquiera que no es dable conceder los emolumentos prestacionales derivados de los aludidos contratos con anterioridad al 20 de diciembre de 2008, porque fueron pedidos por fuera de los tres años señalados como el término para su prescripción extintiva.

Estima la Sala que en razón a que para la época en que la actora prestó sus servicios no existía el cargo de auxiliar de odontología en la estructura operativa de la ESE, tiene derecho a que se le reconozcan y paguen las correspondientes prestaciones sociales, teniendo como base para su liquidación el valor de los honorarios pactados, en proporción a cada período trabajado en virtud de los contratos de prestación de servicios ya referidos.

Pese a lo expuesto, dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, tal como se explicó en la sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016 de esta Corporación[[24]](#footnote-24), el accionado deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1.º de mayo de 2008 y el 31 de diciembre de 2010, salvo su interrupción) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema en vigencia de sus vínculos contractuales 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.

Por otra parte, a la solicitud del reconocimiento y pago de los salarios de los meses desde agosto hasta noviembre de 2007 que señala no fueron pagados, se niega porque la relación laboral en virtud del contrato realidad que se demostró en el caso concreto corresponde a partir del año 2008, como ya se indicó.

En lo atañedero a la indemnización por la no consignación de las cesantías y sanción moratoria pretendida por la actora, tampoco se accede a esta en la medida en que la obligación de pagar las prestaciones sociales surge con esta sentencia.

Cabe anotar que pese a que se encuentran probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), destaca la Sala que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior[[25]](#footnote-25).

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia, que accedió a un segmento de las súplicas de la demanda, y se modificará en el sentido de (i) declarar la nulidad parcial del «***OFICIO DECISIÓN ADMINISTRATIVA DEL DERECHO DE PETICIÓN DE 25 DE ENERO DE 2013***», por medio del cual el gerente de la ESE CAMU del municipio de Purísima le negó a la accionante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, así como el pago de las respectivas acreencias laborales, desde el 1.º mayo de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2010, salvo su interrupción, de acuerdo con la motivación; (ii) declarar probada de oficio la excepción de prescripción de los derechos laborales reclamados con anterioridad al 20 de diciembre de 2008, de acuerdo con lo indicado en la parte motiva de este fallo; (iii) ordenar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, teniendo como base para su liquidación el valor de los honorarios pactados, en proporción a cada período trabajado en virtud de los contratos de prestación de servicios 331-08 de 1.º de octubre de 2008, 346-09 de 1.º de enero de 2009, 445-09 de 1.º de abril de 2009, 1000-09 de 1.º de julio de 2009, 1377-09 de 1.º de septiembre de 2009, 053-10 de 4 de enero de 2010, 111-10 de 1.º de abril de 2010, 193-10 de 1.º de julio de 2010 y 513-10 de 1.º de octubre de 2010 por cuanto operó la prescripción trienal respecto de los derechos laborales reclamados frente a los demás contratos; (iv) tomar (durante el tiempo comprendido del 1.º de mayo de 2008 al 31 de diciembre de 2010, salvo su interrupción) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (teniendo como base para su liquidación el valor de los honorarios pactados), en la forma atrás señalada, por las consideraciones expuestas; y (v) declarar que el lapso laborado por la señora Yesenia Esther Jiménez Genes a la ESE CAMU de Purísima, desde el 1.º de mayo de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2010, salvo su interrupción, se debe computar para efectos pensionales.

Por último, se tiene que en el escrito de apelación la demandada solicita la revocación del fallo de primera instancia en su integridad, lo cual incluye la condena en costas impuesta; al respecto la Sala estima que el *a quo* aplicó de manera restrictiva lo dispuesto en el artículo 188[[26]](#footnote-26) del CPACA, a la parte vencida, pues no estudió aspectos como la temeridad o mala fe en la que esta pudo incurrir, sino que adoptó esa decisión con el único fundamento de que la norma en mención preceptuaba la imposición de tal condena.

En este sentido, se pronunció esta Corporación en sentencia de 1.º de diciembre de 2016[[27]](#footnote-27) así:

En ese orden, la referida norma especial que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dispone:

**Artículo 188. Condena en costas**. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación especial gira en torno al significado del vocablo disponer, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «*2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse*». Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación *per se* contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).

En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP).

Por lo tanto, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el *a quo*, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandada, no se impondrá condena en costas.

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:**

1. Confírmase parcialmente la sentencia proferida el 26 de febrero de 2015 por el Tribunal Administrativo de Córdoba, que accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda incoada por la señora Yesenia Esther Jiménez Genes contra la ESE CAMU del municipio de Purísima, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

2. Modifícanse las órdenes impartidas por el *a quo* en los ordinales primero, segundo, tercero y quinto de la parte decisoria de la sentencia de 26 de febrero de 2015, en los siguientes términos:

2.1 Declárase la nulidad parcial del «***OFICIO DECISIÓN ADMINISTRATIVA DEL DERECHO DE PETICIÓN DE 25 DE ENERO DE 2013***», por medio del cual el gerente de la ESE CAMU del municipio de Purísima le negó a la accionante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, así como el pago de las respectivas acreencias laborales, desde el 1.º mayo de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2010, salvo su interrupción, de acuerdo con la motivación.

2.2 Declárase probada de oficio la excepción de prescripción de los derechos laborales reclamados con anterioridad al 20 de diciembre de 2008, de acuerdo con lo indicado en la parte motiva de este fallo.

2.3 Ordénase a la ESE CAMU de Purísima a título de restablecimiento del derecho, pagar a la señora Yesenia Esther Jiménez Genes las correspondientes prestaciones sociales teniendo como base para su liquidación el valor de los honorarios pactados, en proporción a cada período trabajado en virtud de los contratos de prestación de servicios 331-08 de 1.º de octubre de 2008, 346-09 de 1.º de enero de 2009, 445-09 de 1.º de abril de 2009, 1000-09 de 1.º de julio de 2009, 1377-09 de 1.º de septiembre de 2009, 053-10 de 4 de enero de 2010, 111-10 de 1.º de abril de 2010, 193-10 de 1.º de julio de 2010 y 513-10 de 1.º de octubre de 2010, por cuanto operó la prescripción trienal respecto de los derechos laborales reclamados frente a los demás contratos, salvo en el período del 1.° al 3 de enero de 2010, interregno en el cual hubo interrupción en la prestación de sus servicios.

2.4 Ordénase a la entidad accionada tomar (durante el tiempo comprendido del 1.º mayo de 2008 al 31 de diciembre de 2010, salvo su interrupción) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (teniendo como base para su liquidación el valor de los honorarios pactados,), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales 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, durante la ejecución de los mencionados contratos, en armonía con lo dicho en la parte motiva.

2.5 Declárese que el lapso laborado por la señora Yesenia Esther Jiménez Genes a la ESE CAMU de Purísima, desde el 1.º de mayo de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2010, salvo su interrupción, se debe computar para efectos pensionales.

3. Revócase el ordinal séptimo de la parte decisoria de la providencia apelada, que condenó en costas a la parte demandada, de acuerdo con la motivación de este fallo.

4. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

|  |  |
| --- | --- |
| SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ | CÉSAR PALOMINO CORTÉS |

Relatoria JORM

1. «*Pues, dicha leyenda presente en todas las órdenes de prestación de servicios obrantes a folios 149-174*». [↑](#footnote-ref-1)
2. «*Ver sentencias T-256 de 2007, T-295 de 207* [sic] *y T-227 de 2003*». [↑](#footnote-ref-2)
3. Solicita el reconocimiento de la relación laboral a partir del 5 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2010. [↑](#footnote-ref-3)
4. Solicita el reconocimiento de la relación laboral a partir del 1.º de agosto de 2004 «[...] *a la fecha* [...]». [↑](#footnote-ref-4)
5. Ff. 132 a 144. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional, sentencia de 19 de marzo de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-6)
7. Modificado por el Decreto 3074 del mismo año. [↑](#footnote-ref-7)
8. 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). [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ff. 54 a 69. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ff. 93 a 102 [↑](#footnote-ref-11)
12. Ff. 147 y 148 [↑](#footnote-ref-12)
13. Ff. 173 a 188 [↑](#footnote-ref-13)
14. Ff. 189 a 232 [↑](#footnote-ref-14)
15. Ff. 242 a 246 y medio magnético en el folio 241. [↑](#footnote-ref-15)
16. F. 244 y medio magnético minutos 12:40 a 22:16 [↑](#footnote-ref-16)
17. Folio 244 – CD, minuto 23:00 a 31:50 [↑](#footnote-ref-17)
18. Folio 245 y medio magnético minutos 32:20 a 41:32 [↑](#footnote-ref-18)
19. Ff. 54 a 68. [↑](#footnote-ref-19)
20. Testimonio de la señora Rosa María Moreno Naar (minuto 15:50) y del señor Neder Luis Suárez (minuto 27:40) en la audiencia de pruebas. [↑](#footnote-ref-20)
21. Testimonio del señor Ali Combatt Herrera en la audiencia de pruebas minuto 36:01 [↑](#footnote-ref-21)
22. «*ARTÍCULO 23. DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. El inciso segundo y el parágrafo 1o del artículo 41 de la Ley 80 quedarán así:*

    *“Artículo 41*

    [...]

    *Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.*

    *PARÁGRAFO 1o. El requisito establecido en la parte final del inciso segundo de este artículo, deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del contrato estatal.*

    *El servidor público que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se refiere el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente*». [↑](#footnote-ref-22)
23. El artículo 3º de la Ley 797 de 2003 modificatorio del artículo 15 de la Ley 100 de 1993 establece que estarán afiliados al Sistema General de Pensiones:

    «*1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales*». [↑](#footnote-ref-23)
24. Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter [↑](#footnote-ref-24)
25. «*No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.*

    *Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.*

    *Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.*

    *Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público*.

    [...]». [↑](#footnote-ref-25)
26. «*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*». [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter, actor: Ramiro Antonio Barreto Rojas, demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP). [↑](#footnote-ref-27)