**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Objeto**

Dicha clase de contrato, de acuerdo con la norma que la regula, tiene como propósito el de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, o para desarrollar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de estas.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Características**

Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios está la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual, y no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes. De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público. Ello con el fin de evitar el abuso de dicha figura y como medida de protección de la relación laboral, porque a través de esta, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Desnaturalización**

El contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: **i)** la prestación de servicio es personal; **ii)** subordinada; y **iii)** remunerada. En dicho caso, el derecho al pago de las prestaciones sociales surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, lo que se ha denominado contrato realidad.

**CONTRATO REALIDAD - Objeto**

La figura del contrato realidad, sostiene la jurisprudencia, se aplica cuando se constata 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 continuada propia de las relaciones laborales.

**CONTRATO REALIDAD - Carga de la prueba**

De acuerdo con lo anterior, precisa esta Subsección que quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Coordinación - Subordinación - Diferencias**

Al respecto, resulta pertinente advertir que situaciones tales como cumplir con un horario de trabajo, recibir instrucciones sobre la ejecución del contrato o presentar informes respecto a este, no configuran por sí solos una relación de subordinación o dependencia continuada, ello en tanto que dichas acciones pueden corresponder, precisamente, a la forma en que debe desarrollarse la labor contratada, es decir hacen parte de la necesaria coordinación en la prestación de los servicios. (…) Lo anterior, toda vez que hay actividades que deben, necesariamente, surtirse en determinados horarios o periodos que implican coordinar entre contratante y contratista su ejecución. Asimismo, tampoco se puede pasar por alto que, el hecho de que la vinculación sea contractual, aquel que contrata el servicio no pueda ejercer un grado de vigilancia respecto al desarrollo de la labor contratada, ello, se precisa, en virtud de la obligatoriedad para quien contrata de fijar los parámetros necesarios para garantizar la correcta ejecución de los recursos públicos.

**RELACIÓN LABORAL - Reconocimiento - Prescripción - Término - Cómputo**

El término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella. (…) En aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización. No obstante, se reitera, de acuerdo con la sentencia de unificación citada, la prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN “A”**

**Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 52001-23-33-000-2013-00084-01(1415-14)**

**Actor: JANETH DEL CARMEN ORTEGA ORTEGA**

**Demandado: HOSPITAL CIVIL DE IPIALES - ESE**

**Referencia: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. INTERMEDIACIÓN LABORAL. RELACIÓN LABORAL SUBORDINADA. REPRESENTACIÓN INTERNA Y EXTERNA DE LA ENTIDAD DEMANDADA. TEMPORALIDAD - LEY 1437 DE 2011**

**ASUNTO**

La Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 14 de enero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño que negó las pretensiones de la demanda.

**LA DEMANDA**[[1]](#footnote-1)

La señora Janeth del Carmen Ortega Ortega, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó al Hospital Civil de Ipiales ESE.

**Pretensiones**[[2]](#footnote-2):

1. Declarar la nulidad del Oficio G-394 del 27 de agosto de 2012, por medio del cual el Hospital Civil de Ipiales ESE negó el reconocimiento de la relación laboral y el consecuente pago de las prestaciones sociales a que tenía derecho como servidora pública.
2. Declarar que entre la señora Janeth del Carmen Ortega Ortega y el Hospital Civil de Ipiales ESE existió una relación de carácter laboral administrativa entre el 16 de octubre de 2001 y el 22 de julio de 2010.

A título de restablecimiento del derecho solicitó lo siguiente:

1. Condenar a la demandada al reconocimiento y pago a la aquí demandante, como indemnización, los siguientes conceptos: cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, bonificaciones, prima de servicios, auxilios legales, primas de navidad, aportes a las cajas de compensación, aportes a seguridad social, indemnización por despido injusto, devolución de dineros que ilegalmente descontó por retención en la fuente, adeudados según los periodos en que fungió como jefe de la oficina de sistemas y líder de procesos de información.
2. Declarar que, «[…] para todos los efectos legales, no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio de la demandante […]» en el Hospital Civil de Ipiales ESE.
3. Condenar en costas a la demandada.
4. Ordenar el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 189, 192, 194 y 195 del CPACA.

**DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL[[3]](#footnote-3)**

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.[[4]](#footnote-4)

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

**Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)**

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo[[5]](#footnote-5).

En el presente caso, a folios 306 a 308, se indicó lo siguiente respecto a la etapa de excepciones:

«[…] procede el Despacho a pronunciarse sobre las excepciones formuladas por la parte demandada, señalando que las mismas, si bien no fueron clasificadas como previas o de mérito, de la lectura de las mismas se concluye que tan solo la denominada Ineptitud de la demanda por falta de requisitos esenciales, corresponde a una excepción previa que amerita decisión en este momento procesal, no así con la denominada legalidad de los contratos realizados e inexistencia de obligación de pagar conceptos prestacionales reclamados […] respecto de dicha excepción, se considera que la omisión de la solicitud de la **DECLARATORIA DE EXISTENCIA DEL CONTRATO REALIDAD** por parte de la demandante, no es suficiente argumento para afirmar que la demanda esté condenada a una sentencia inhibitoria, toda vez que dicha solicitud se suple con la petición que realiza el demandado en el acápite I sobre declaraciones y condenas, en su literal segundo, cuando establece: *“Que se reconozca que entre la demandante, la señora YANETH DEL CARMEN ORTEGA ORTEGA, y la parte demandada el HOSPITAL CIVIL DE IPIALES E.S.E.,* ***existió una relación laboral administrativa*** *desde el 16 de octubre del 2001 hasta el 22 de julio de 2010, fecha de su despido injusto.”*, esto analizado desde el principio civilista «*las cosas son lo que su naturaleza y no su denominación determina*». […] en vista de que la demandante pretendía la declaratoria de nulidad de una respuesta a una petición realizada, por medio de la cual le negaban un derecho de carácter laboral […] se encuentra que la demandante optó por el medio de control regulado en el artículo 138 de la ley 1437 de 2011 y que por ello la solicitud de nulidad del **Oficio Nº G 394 de 27 de agosto de 2012**, es suficiente para que cumpla con los requisitos establecidos en los artículos 162 y 163 del C.P.A.C.A., igualmente para concluir este proceso con una sentencia de fondo, toda vez que basta con la declaratoria de nulidad del acto administrativo particular que le niega el derecho, para que una vez analizado los supuestos facticos, si se llegase a probar la existencia de una verdadera relación laboral, se reconocerá el derecho, decretándose la nulidad del acto administrativo y consecuencialmente desvirtuándose todos los contratos anteriormente celebrados […] De lo anterior se concluye que no prospera dicha excepción. […] **PRIMERO. - DECLARAR NO PROBADA** la excepción previa formulada por la parte demandante, denominada “*Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos esenciales”* por los argumentos anteriormente expuestos en esta audiencia. **SEGUNDO. - SIN LUGAR A PRONUNCIARSE** respecto a la excepción “*Legalidad de los contratos realizados e inexistencia de obligación de pagar conceptos prestacionales reclamados”*, al tratarse de una excepción de mérito que se resolverá en la sentencia. **TERCERO. -** Al darse por superada esta etapa, se dispone en consecuencia continuar con la etapa siguiente, correspondiente a la fijación del litigio. […]» (negrita, cursiva, subrayado y mayúsculas del original)

La decisión quedó notificada en estrados. Las partes manifestaron estar de acuerdo.

**Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)**

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última.[[6]](#footnote-6)

En el *sub lite*, en folios 308 a 310, el Tribunal fijó el litigio así:

«[…] Los hechos en los que las partes están de acuerdo, son los contenidos en el numeral 3, 6 y 8 […] **HECHO 3:** En los contratos relacionados, las funciones y labores que cumplió la ingeniera fueron […] 1.- Administrar el sistema de cómputo hospitalario; 2.- Administración de aplicativos; 3.- Administración de bases de datos; 4.- Administración de redes de datos; 5.- Administración del servicio de internet; 6.- Administración de la página web; 7.- Generación de información sistematizada; 8.- Soporte técnico de aplicativos; 9.- Capacitación de usuarios en el manejo de aplicativos; 10.- Administración de copia de datos de la información; 11.- Coordinar el proceso de información como líder en actividades de calidad; 12.- Asistir a reuniones de líderes de procesos; 13.- realizar todas las tareas de calidad en el proceso de acreditación y certificación de la institución; 14.- Todas las inherentes al proceso de información. **HECHO 6:** A la ingeniera **YANETH** [*sic*] **DEL CARMEN ORTEGA ORTEGA**, nunca se le cancelaron las prestaciones sociales a que tenía derecho, ni las cotizaciones de la seguridad social y de la caja de compensación familiar. **HECHO 8:** La demandante solicitó al **HOSPITAL CIVIL DE IPIALES E.S.E.**, a través del suscrito, mediante memorial fechado el 6 de agosto de 2012, el reconocimiento del contrato realidad y el pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales dejados de percibir, recibiendo respuesta totalmente negativa mediante comunicación G-394 de fecha 27 de agosto de 2012. […] La parte demandada […] discrepa respecto de los hechos contenidos en los numerales 1, 2, 4, 4 (se repite), 5 y 7, […] **HECHO 1:** La señora **YANETH** [*sic*] **DEL CARMEN ORTEGA ORTEGA**, se vinculó como ingeniera de sistemas del **HOSPITAL CIVIL DE IPIALES E.S.E.**, en el cargo de **JEFE DE LA OFICINA DE SISTEMAS Y LIDER DE LOS PROCESOS DE INFORMACIÓN**, a través de diversos contratos desde el 16 de octubre de 2001 hasta el 22 de julio de 2010. La entidad demandada […] manifiesta que tal argumento es falso, si bien la demandante ejecutó labores como ingeniera de sistemas, no se desempeñó en el cargo de JEFE DE SISTEMAS Y LIDER DE LOS PROCESOS DE INFORMACIÓN, por cuanto ese cargo nunca ha existido en la planta de personal de la empresa. **HECHO 2:** Los contratos celebrados se pueden relacionar […] Del 16 de octubre del 2001 al 31 de marzo del 2003, mediante el sistema de orden de prestación de servicios. Del 01 de abril de 2003 al 30 de abril de 2009, mediante contrato a través de la Cooperativa COOPROACT. Del 1 de mayo de 2009 al 31 de marzo de 2010, según contrato a través de la Cooperativa COOSERVI. Del 1 de abril de 2010 al 22 de julio de 2010, de acuerdo con la Cooperativa COOTRASIP. La entidad demandada manifiesta que […] la demandante se contradice con la manifestación del hecho 1, al haber afirmado anteriormente que desempeñó un cargo de JEFE DE OFICINA, y en este numeral relaciona situaciones contractuales. El demandado además relaciona los contratos celebrados con la demandante con los cuales pretende aclarar que la relación existente es de prestación de servicios. **HECHO 4:** Si bien es cierto que la relación laboral se ocultaba por intermedio del contrato con las diversas Cooperativas, en exigencia del Hospital, también lo es, que la realidad laboral era totalmente distinta, configurándose más bien en una subordinación absoluta, la que se puede demostrar con claridad en los siguientes hechos: Horario de trabajo impuesto por las directivas del Hospital: 7:00 a.m. – 12:00 p.m. y 2:00 p.m. – 6:00 p.m.; sus labores estaban subordinadas a las órdenes de su jefe inmediato, el Subdirector Administrativo, al igual que el superior de este último, el Gerente del Hospital; en varias ocasiones se le pagó el salario de manera directa sin que mediara la cooperativa correspondiente; a sus jefes inmediatos debía rendirles informes y en ocasiones realizar trabajos adicionales a sus funciones; nunca laboró con independencia, toda vez que su labor la realizó en las instalaciones del Hospital, y era responsable de los equipos que allí se encontraran; a su cargo estuvieron varios dependientes, quienes fungían como auxiliares de la ingeniera; las funciones, obligaciones y deberes, igual que las autorizaciones eran determinadas por el Hospital, las cuales podrían modificarse en cualquier momento; los documentos del sistema eran reconocidos y suscritos por la ingeniera, los cuales debía sustentar cuando sus superiores lo ordenaran; la subordinación era tal, que para salir del Hospital, debía solicitar permisos. La entidad demandada manifiesta que […] la contratación con la demandante […] se hizo por medio de órdenes de Prestación de Servicios o bien como integrante de una Cooperativa de Trabajo Asociado, no […] para ocultar absolutamente nada, sino en la imperiosa necesidad de poner a funcionar correctamente la empresa, que no contaba con el número suficiente de funcionarios vinculados a la nómina, […]. Agrega además, que los documentos solo demuestran el fenómeno de coordinación existente por cuanto técnicamente no existía subordinación en la medida en que no es posible pensarse en subordinación respecto de un profesional de ingeniero de sistemas ya que no existía un profesional de su misma rama que la vigilara al menos en el aspecto técnico científico. Lo que había realmente es coordinación de labores entre la empresa y la contratista. **HECHO 4 (Repetido):** La parte demandante afirma que de lo anterior se desprende que existió un verdadero **contrato realidad** entre la señora **YANETH** [*sic*] **DEL CARMEN ORTEGA ORTEGA** y el **HOSPITAL CIVIL DE IPIALES E.S.E.**, puesto que se sucedieron los elementos del contrato: la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración. La entidad demandada […] manifiesta que tal argumento no es cierto, porque en dicha entidad nunca ha existido un cargo que cumpliera con las actividades contratadas con la demandante, por lo cual al menos desde el punto de vista técnico la demandante era autónoma en el cumplimiento de sus actividades contratadas. **HECHO 5:** La parte demandante afirma, que dentro del Organigrama del Hospital, existía y existe la dependencia OFICINA DE SISTEMAS, en el cual los cargos debían ser ocupados por personal de planta. De allí que con mayor razón el contrato de la ingeniera YANETH ORTEGA reviste el carácter de contrato laboral individual, pues no se desprende de aquellas excepciones legales para suscribir un contrato de prestación de servicios. La parte demandada manifiesta que […] nunca ha existido en el Organigrama del Hospital una dependencia denominada OFICIAN DE SISTEMAS, liderada por un ingeniero de sistemas. **HECHO 7:** La última remuneración de la demandante fue de $2.158.000,00 mensuales. La parte demandada manifiesta […] que dicho valor por concepto de remuneración, nunca fue cancelado por el **HOSPITAL CIVIL DE IPIALES E.S.E** […] **7.3.- PROBLEMAS JURÍDICOS. 7.3.1.- PRINCIPAL.** ¿Se encuentran acreditados los presupuestos procesales y sustanciales frente a las pretensiones formuladas por la parte demandante, por haberse establecido una relación laboral en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas con el Hospital Civil de Ipiales E.S.E.? **7.3.2.- ASOCIADO.** ¿Debe reconocerse prestaciones sociales a título de indemnización a favor de la demandante por la existencia de un vínculo laboral? […]».(negrita, subrayado y mayúsculas del original)

La decisión quedó notificada en estrados. Las partes manifestaron estar de acuerdo con el litigio planteado.

**SENTENCIA APELADA[[7]](#footnote-7)**

El Tribunal Administrativo de Nariño, en sentencia escrita dictada el 14 de enero de 2014, resolvió:

«[…] **PRIMERO.- DECLARAR PROBADAS,** las excepciones de fondo denominadas “Legalidad de los contratos realizados e inexistencia de obligación de pagar conceptos prestacionales reclamados” formuladas por el mandatario judicial de la parte demandada. **SEGUNDO.- DENEGAR** las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formulase la señora **JANETH DEL CARMEN ORTEGA ORTEGA**, por intermedio de apoderado judicial, contra el **HOSPITAL CIVIL DE IPIALES E.S.E.** […]» (Negrita y mayúsculas del texto original)

La anterior decisión la profirió con fundamento en las siguientes consideraciones:

El Tribunal consideró que las pretensiones de la demanda no estaban llamadas a prosperar debido a que de las pruebas allegadas al expediente no se logró acreditar la configuración de los elementos de la relación laboral.

Para el efecto, sostuvo que, si bien la demandante solicitó el reconocimiento de una relación laboral encubierta a través de contratos de prestación de servicios entre el 16 de octubre de 2001 hasta el 22 de julio de 2010, en el proceso se acreditó que inicialmente la demandante tuvo una vinculación directamente con el hospital pero, posteriormente, la relación fue entre cooperativas de trabajo asociado y el Hospital Civil de Ipiales. Con ello, indicó, se demostró que la señora Ortega Ortega solo estuvo vinculada en forma directa por 12 meses y 15 días, y que por el tiempo restante no se demostró que la entidad haya requerido directamente a la profesional o que las cooperativas hubiesen enviado a la demandante a prestar su servicio en dicho centro de salud.

Frente al elemento de la remuneración, señaló que durante la vinculación directa con el hospital se le reconocieron honorarios y que luego, al contratar los servicios con las cooperativas, quedó expresamente pactado que la remuneración por los servicios que estas prestaban se hacía por el mismo concepto, situación de la cual concluyó que a la demandante siempre le reconocieron honorarios profesionales y no salarios y prestaciones sociales.

En cuanto a la continuada subordinación y dependencia, hizo referencia a la prueba testimonial recaudada, de la cual consideró probado que la demandante prestó sus servicios al hospital como contratista, pero que no había certeza sobre los tiempos y servicios prestados, la prestación personal, la dependencia de un superior jerárquico, o que hubiese recibido por ello un salario o retribución habitual.

Sobre el acatamiento de un horario o del deber de cumplir con su trabajo en un sitio específico de la entidad demandada, agregó que la jurisprudencia ha considerado que ello debe ser habitual y permanente, sin que las declaraciones hayan sido conformes o brindado suficiente claridad sobre el asunto porque no se logró determinar quién imponía el horario.

En consecuencia, el *a quo* estimó que entre demandante y demandada únicamente existió una relación de coordinación, en la cual es posible exigir del contratista la satisfacción de unos turnos u horarios y la presentación de informes, sin que estas se configuren en actos de subordinación.

**RECURSO DE APELACIÓN[[8]](#footnote-8)**

La parte demandante manifestó su inconformidad con la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Nariño al considerar que este no tuvo en cuenta el escrito de alegatos, por lo que desconoció los requisitos impuestos al fallador de instancia y, asimismo, sostuvo que la sentencia fue contradictoria al sostener que la demandante se vinculó mediante contrato de prestación de servicios y dar por hecho que se cumplió con el clausulado, sin determinar, al menos, la desnaturalización de la forma en que se prestaron los servicios que, indicó, era el objeto de la demanda.

Aunado a lo anterior, afirmó que el *a quo* manifestó que las posteriores contrataciones se hicieron con cooperativas y que los honorarios percibidos se hicieron directamente a la ingeniera y luego a las CTA, para luego concluir que no estaba demostrado que el hospital hubiese requerido a la señora Janeth del Carmen Ortega o de que las cooperativas hubiesen enviado a la demandante a prestar sus servicios al ente hospitalario, hecho que en su criterio, sí se demostró con la prueba documental y testimonial.

Por otra parte, alegó que el Tribunal hizo una valoración sesgada de los testimonios al no tener en cuenta su verdadero contexto y, además, que el magistrado sustanciador se abstuvo de recepcionar la declaración del resto de testigos con base en que los ya practicados eran suficientes para demostrar la relación de dependencia, los horarios fijados por la demandada, así como las instrucciones recibidas, razón por la cual no debieron negarse las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, consideró que, a diferencia de las conclusiones a las que llegó el Tribunal, no podían desecharse los testimonios por cuanto los testigos admitieron que la demandante fue vinculada a través de cooperativas pero que el hospital le exigía el cumplimiento de horarios, le asignó funciones y le dispuso una oficina de sistemas para que cumpliera con el trabajo encomendado a través de órdenes e instrucciones. También manifestó que el cargo ejercido por la demandante era esencial para la entidad por lo que no podían desarrollarse sus funciones por medio de la simple coordinación y que la demandada no probó que la señora Ortega Ortega rindiera informes al hospital o a las cooperativas para obtener el pago por sus servicios.

Finalmente, aseveró que los tres elementos del contrato de trabajo se encuentran diáfanamente acreditados en el proceso por cuanto las funciones desarrolladas por la demandante no podían ser ejercidas por contratistas sino que debían realizarse por personal de planta; el hospital le impuso a través de su manual de funciones las actividades que debía ejecutar, los horarios que debía cumplir, los informes que debía entregar, así como la obligación de preservar los elementos de trabajo entregados, la disponibilidad para prestar sus servicios, la responsabilidad sobre los equipos y el personal a su cargo, y el deber de asistir a reuniones permanentemente.

Como colofón de lo expuesto, solicitó revocar la sentencia de primera instancia para, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**Parte demandante[[9]](#footnote-9):** La parte apelante reiteró lo manifestado en los alegatos de conclusión de primera instancia y en el recurso de apelación, e hizo énfasis en la prueba testimonial practicada en segunda instancia[[10]](#footnote-10) que dio cuenta del cumplimiento estricto de horarios de trabajo, la asignación de funciones por parte de los jefes del hospital, la naturaleza del cargo que era vital para la entidad y la vinculación directa y a través de intermediarios con la entidad demandada.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal según se indicó en constancia secretarial obrante a folio 466 del cuaderno principal.

**CONSIDERACIONES**

**Competencia**

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[[11]](#footnote-11), el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

De igual forma, acorde con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso[[12]](#footnote-12), el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los planteamientos expuestos en el recurso de apelación.

**Problemas jurídicos**:

En ese orden, los problemas jurídicos se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿En el *sub* examine se comprobaron los elementos constitutivos para determinar la existencia de una relación laboral entre la señora Janeth del Carmen Ortega Ortega y el Hospital Civil de Ipiales ESE, pese a haber sido vinculada mediante contratos de prestación de servicios?

En caso afirmativo,

1. ¿En el presente caso, hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, frente a algunos o todos los periodos en los cuales estuvo vinculada la señora Janeth del Carmen Ortega Ortega y cómo debe restablecerse el derecho de la demandante frente a los aportes a pensión?
2. ¿En caso de declararse la existencia de una relación laboral, cómo debe restablecerse el derecho de la demandante?

**Primer problema jurídico**

¿En el *sub* examine se comprobaron los elementos constitutivos para determinar la existencia de una relación laboral entre la señora Janeth del Carmen Ortega Ortega y el Hospital Civil de Ipiales ESE, pese a haber sido vinculada mediante contratos de prestación de servicios?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: la demandante sí demostró la configuración de todos los elementos de la relación laboral, particularmente, la subordinación o dependencia continuada por lo que, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene derecho parcialmente a las prestaciones sociales deprecadas. Lo anterior se sustenta en las razones que se explican a continuación.

**Contrato de prestación de servicios vs contrato realidad**

El numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 consagra el contrato de prestación de servicios:

«**Artículo 32.** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

[…]

3. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. […]» (Subraya la Sala).

Dicha clase de contrato, de acuerdo con la norma que la regula, tiene como propósito el de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, o para desarrollar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de estas.

Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios está la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual[[13]](#footnote-13), y no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes[[14]](#footnote-14).

De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público.

Ello con el fin de evitar el abuso de dicha figura[[15]](#footnote-15) y como medida de protección de la relación laboral, porque a través de esta, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal[[16]](#footnote-16).

Frente a este punto, se resalta que el Estado Colombiano ha suscrito convenios internacionales que propugnan por el trabajo en condiciones dignas lo cual hace obligatoria su aplicación en el ordenamiento interno, con el fin de evitar la vulneración del derecho fundamental al trabajo.

Al respecto, como Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica”, ratificó el “Protocolo de San Salvador: Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988; el cual en sus artículos 6 y 7 consagra el Derecho al Trabajo:

**«[…] Artículo 6 Derecho al Trabajo**

1.    Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2.    Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

**Artículo 7 Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo**

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

a.    una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;

b.    el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;

c.    el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;

d.    la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;

[…]

h.    el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales. […]» (Subraya la Sala)

Las disposiciones citadas, generan el deber del Estado Colombiano de otorgar esas garantías mínimas que deben permear la materialización del derecho al trabajo, por cuanto en los artículos 1 y 2 del citado Protocolo de San Salvador[[17]](#footnote-17) se consagró la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias en su orden interno y en cooperación con los demás; para efectivizar los derechos que en el citado Protocolo se reconocen, entre ellos, al trabajo.

De allí que en el artículo 53 de la Carta Política elevó a rango constitucional el derecho al trabajo con unos principios mínimos fundamentales, al respecto:

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

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

Dicho canon constitucional, consagra precisamente el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en materia laboral, que responde a las normas de rango supra y constitucional sobre las condiciones dignas del trabajo, señaladas anteriormente, el cual se desarrolla seguidamente.

**Naturalización de la relación laboral**

Ahora bien, el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: **i)** la prestación de servicio es personal; **ii)** subordinada; y **iii)** remunerada.

En dicho caso, el derecho al pago de las prestaciones sociales surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, lo que se ha denominado contrato realidad.

En ese orden de ideas, la figura del contrato realidad, sostiene la jurisprudencia, se aplica cuando se constata 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 continuada propia de las relaciones laborales.[[18]](#footnote-18)

De acuerdo con lo anterior, precisa esta Subsección que quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

En consecuencia, la señora Janeth del Carmen Ortega Ortega tiene a su cargo la acreditación de los tres elementos del contrato de trabajo como son la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación y dependencia, a fin de desvirtuar la vinculación contractual de la cual aduce una desfiguración que ocultó una relación laboral.

**Extremos temporales de la relación en el *sub lite***

La señora Janeth del Carmen Ortega Ortega reclamó la existencia de una relación laboral con el Hospital Civil de Ipiales ESE, en forma continua e ininterrumpida, entre el 16 de octubre de 2001 y el 22 de julio de 2010. Conforme los hechos de la demanda y según se indicó en la fijación del litigio, la vinculación de la demandante con el hospital fue discriminada así:

1. directamente con el hospital demandado entre el 16 de octubre de 2001 y el 31 de marzo de 2003;
2. por intermedio de la cooperativa Cooproact entre el 1.º de abril de 2003 y el 30 de abril de 2009;
3. a través de la cooperativa Cooservi entre el 1.º de mayo de 2009 y el 31 de marzo de 2010 y;
4. mediante la cooperativa Cootrasip entre el 1.º de abril de 2010 y el 22 de julio de 2010.

Ahora bien, en el presente caso se observa, conforme con la documentación obrante en el expediente, que la señora Ortega Ortega se vinculó directamente con la entidad demandada para prestar sus servicios como ingeniera de sistemas, de la siguiente forma:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **N.º CPS** | **Objeto** | **Periodo**  | **Valor** | **Folio** |
| **CPS S/N** | «[…] La Profesional Contratista se compromete para con el Hospital Civil a prestar servicios propios de la profesión de Ingeniería de Sistemas, en los procesos inherentes a la organización de la oficina de información, procesos de supervisión, vigilancia e inspección de los programas que se encuentran en implementación en la empresa, especialmente el programa “DINÁMICA GERENCIAL”, procesos de revisión y ajuste de los programas que actualmente tiene implementado la empresa especialmente el programa “HAS 2.001”, sistematización de procesos que requiera la empresa y trámites administrativos inherentes a las labores contratadas. […]»  | 16/10/01 a 31/12/01 (2 meses 15 días) | $ 3.125.000($1.250.000 mensual) | 54 |
| **OPS S/N** | Prestar el servicio de ingeniería de sistemas en el Hospital Civil de Ipiales ESE | 01/01/02 a 31/01/02 (1 mes) | $1.550.000 | 55 |
| **OPS S/N** | *Ibídem* | 01/02/02 a 28/02/02 (1 mes) | $1.550.000 | 56 |
| **CPS S/N** | «[…] La Profesional Contratista se compromete para con el Hospital Civil a prestar servicios propios de la profesión de Ingeniería de Sistemas, en los procesos inherentes a la organización de la oficina de información, procesos de supervisión, vigilancia e inspección de los programas que se encuentran en implementación en la empresa, especialmente el programa “DINÁMICA GERENCIAL”, procesos de revisión y ajuste de los programas que actualmente tiene implementado la empresa especialmente el programa “HAS 2.001”, sistematización de procesos que requiera la empresa y trámites administrativos inherentes a las labores contratadas. […]»  | 01/03/02 a 31/12/02 (10 meses) | $15.500.000($1.550.000 mensual) | 57-58 |

De acuerdo con lo anterior, la Subsección advierte que de las pruebas aportadas al proceso únicamente se acreditó que la señora Janeth del Carmen Ortega fue vinculada directamente por el ente hospitalario a través de contratos u órdenes de prestación de servicios entre el 16 de octubre de 2001 y el 31 de diciembre de 2002.

Por su parte, respecto al periodo relacionado por la demandante comprendido entre el 1.º de enero de 2003 y el 31 de marzo de esa anualidad, no se halló en el expediente prueba de la vinculación con el hospital demandado, por lo que el mismo no puede ser contabilizado para efectos de una eventual condena, toda vez que correspondía a la parte demandante demostrar fehacientemente la vinculación contractual o a través de intermediación laboral, continua e ininterrumpida con el ente de salud demandado, lo cual no ocurrió en el *sub examine*.

De otro lado, frente a la vinculación a través de cooperativas, en el plenario obran los contratos de suministro de servicios suscritos entre la demandada y Cooproact, Cooservi y Cootrasip, en los cuales se observa que el Hospital Civil de Ipiales requirió el suministro de servicios de, entre otros, los servicios profesionales de «[…] una (1) ingeniera de sistemas de tiempo completo […]»[[19]](#footnote-19), de la siguiente forma:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **N.º CPS** | **Cooperativa** | **Periodo** | **Folio** |
| **CPS S/N** | Cooproact | 01/05/03 a 31/12/03 (8 meses) | 59-63 |
| **CPS S/N** | Cooproact | 01/05/04 a 31/12/04 (8 meses) | 64-69 |
| **CPS S/N** | Cooproact | 01/01/05 a 31/12/05 (12 meses) | 70-73 |
| **CPS S/N** | Cooproact | 01/02/06 a 31/12/06 (11 meses) | 74-78 |
| **CPS 053** | Cooproact | 01/03/07 a 31/12/07 (10 meses) | 79-83 |
| **CPS 019** | Cooproact | 01/03/08 a 31/18/08 (10 meses) | 84-87 |
| **CPS S/N** | Cooservi | 01/05/09 a 31/12/09 (8 meses) | 88-92 |
| **CPS S/N** | Cootrasip | 01/04/10 a 31/12/10 (9 meses)  | 93-98 |

De la anterior relación contractual surtida entre el ente demandado y las cooperativas de trabajo asociado, se advierte que la contratación de servicios no fue continua e ininterrumpida porque entre los diferentes convenios se pueden apreciar periodos de inactividad que oscilaron entre uno y cinco meses, situación que no permite, en caso de encontrar acreditados los elementos de la relación laboral, declarar que se trató de una única vinculación entre la señora Janeth del Carmen Ortega y el Hospital Civil de Ipiales.

Además, la Corporación observa el requerimiento o necesidad por parte del hospital para la prestación de servicios de un profesional en ingeniería de sistemas, mas no obra prueba del vínculo asociativo entre las diferentes cooperativas y la señora Janeth del Carmen Ortega que permita determinar con suficiencia que Cooproact, Cooservi y Cootrasip actuaron como intermediarias laborales entre la aquí demandante y la empresa social del Estado.

Sin embargo, en atención a lo dispuesto en la etapa de fijación del litigio y de acuerdo con la contestación de la demanda, la Corporación infiere que entre las partes hubo consenso en el sentido de que la señora Ortega Ortega efectivamente prestó servicios en favor de la entidad demandada, durante los periodos en que estuvieron vigentes los contratos de suministro suscritos entre el hospital y las diferentes cooperativas, razón por la cual, se tendrá que la demandante ejerció funciones como ingeniera de sistemas en el Hospital Civil de Ipiales, así:

|  |
| --- |
| **Entre el 16 de octubre de 2001 y el 31 de diciembre de 2002** |
| **Entre el 1.º de mayo de 2003 y el 31 de mayo de 2003** |
| **Entre el 1.º de mayo de 2004 y el 31 de diciembre de 2005** |
| **Entre el 1.º de febrero de 2006 y el 31 de diciembre de 2006** |
| **Entre el 1.º de marzo de 2007 y el 31 de diciembre de 2007** |
| **Entre el 1.º de marzo de 2008 y el 31 de diciembre de 2008** |
| **Entre el 1.º de mayo de 2009 y el 31 de diciembre de 2009** |
| **Entre el 1.º de abril de 2010 y el 22 de julio de 2010** |

Por consiguiente, respecto a los tiempos no reconocidos en la tabla anterior, se itera, en el expediente no obra un medio de prueba idóneo que acredite suficientemente la existencia de una vinculación entre la demandante y el hospital demandado, ya fuera por medio de contratos de prestación de servicios, por vinculación legal y reglamentaria, contrato de trabajo o a través de empresas de intermediación laboral de los cuales pueda reconocerse, eventualmente, una relación de trabajo continua e ininterrumpida.

En consecuencia, la Corporación estima que no es posible, en caso de encontrar acreditados los elementos de la relación laboral, declarar que entre Janeth del Carmen Ortega y el Hospital Civil de Ipiales existió una relación de carácter laboral encubierta conforme se solicitó en la demanda, sino que únicamente podrá reconocerse la misma en los lapsos aquí relacionados.

**Elementos de la relación laboral**

* **Prestación personal del servicio**

Definidos los extremos de la vinculación de la demandante, para esta Subsección la señora Janeth del Carmen Ortega prestó de forma personal sus servicios como ingeniera de sistemas en el Hospital Civil de Ipiales ESE, en los periodos arriba indicados, de acuerdo con los contratos de prestación de servicios suscritos directamente entre la demandante y el ente hospitalario, y mientras estuvo vinculada a las cooperativas de trabajo asociado Cooproact, Cooservi y Cootrasip, según los contratos de suministro obrantes de folios 59 a 98 del expediente y conforme con la fijación del litigio realizada por el Tribunal Administrativo de Nariño.

* **Remuneración**

Frente a la remuneración, advierte la Corporación que, pese a no aportarse pruebas de pagos realizados a la demandante, entre la señora Janeth del Carmen Ortega Ortega y el Hospital Civil de Ipiales ESE se pactó el pago de honorarios en cuotas mensuales, tal y como se advierte de los diferentes contratos de prestación de servicios.

Ahora, frente a los periodos en los que se acreditó su vinculación a través de cooperativas de trabajo asociado, aun cuando tampoco obra material documental que acredite el pago de salarios u honorarios por parte de las CTA o directamente del hospital, la prueba testimonial es suficiente para encontrar probado este elemento.

Para el efecto, la señora Gabriela Adriana Burbano Oviedo, quien fungió como gerente de una de las cooperativas a las que estuvo asociada la demandante declaró que ellos recibían una compensación a cargo de la cooperativa, la cual era, a su vez, una porción de la sumatoria de los valores consignados por el hospital en virtud de los contratos de suministro. Sobre el punto, la testigo manifestó:

«[…] **Preguntado:** ¿Cómo era la metodología para pagar las compensaciones a los afiliados a su cooperativa que prestaron servicios en favor del hospital? **Contestó:** Nosotros recibíamos el sueldo o digamos así la compensación porque no era sueldo […] y de la compensación nosotros reteníamos lo de salud, pensión, riesgos profesionales […] **Preguntado:** ¿En el monto que el hospital le pasaba a la cooperativa por qué conceptos se hacían los pagos que usted hacía a los trabajadores? **Contestó:** […] era la sumatoria de todas las compensaciones de los que formábamos parte de la cooperativa, yo no puedo determinar realmente el monto, pero era la sumatoria de todos los salarios, por decirlo así, netos […]»[[20]](#footnote-20)

Colofón de lo expuesto por la testigo, para la Corporación resulta suficientemente acreditado el elemento de la remuneración mientras fungió como ingeniera de sistemas en el Hospital Civil de Ipiales a través de las cooperativas de trabajo asociado Cooproact, Cooservi y Cootrasip, pues se infiere, desde las reglas de la experiencia, que la demandante durante dichos lapsos recibió efectivamente una contraprestación por los servicios prestados.

* **Subordinación y dependencia continuada**

Este elemento esencial del contrato de trabajo, según el artículo 23 del CST, es considerado como el determinante para distinguir la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, y que faculta al empleador para exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al tiempo, modo o cantidad de labores, así como para imponerle reglamentos y el poder disciplinario, teniendo en cuenta para ello, los límites constitucionales que imponen el respeto a la dignidad humana del trabajador y sus derechos mínimos, es decir, bajo criterios de razonabilidad y sin arbitrariedad.

De acuerdo con lo anterior, la subordinación parte del poder de dirección respecto a las actividades de trabajo y como potestad disciplinaria del empleador para conservar el orden en la empresa, pero únicamente en lo atinente al ámbito laboral.

En ese sentido, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo regula:

**«Artículo 23. Elementos esenciales.** <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

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

[…]

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; […]» (Subraya la Sala).

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-386 de 2000 indicó:

«[…] La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son  generalmente económicos.

Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél. […]»[[21]](#footnote-21)

Colofón de lo expuesto, como subordinación y dependencia continuada se debe entender el elemento esencial y configurativo de la relación laboral, según el cual el empleador, en ejercicio de su potestad de dirección, puede exigir a sus empleados el acatamiento de órdenes e instrucciones sobre el modo y la cantidad de trabajo, el cumplimiento de horarios para el desarrollo de este, y la imposición de los reglamentos internos, en cualquier momento, con respeto a la dignidad del trabajador y sus derechos mínimos constitucionales y laborales.

Ahora bien, en cuanto a la subordinación y dependencia continuada, se reitera que la señora Janeth del Carmen Ortega Ortega fungió como ingeniera de sistemas en el Hospital Civil de Ipiales a través de contratos de prestación de servicios suscritos directamente con el ente sanitario y por intermedio de cooperativas de trabajo asociado, en forma interrumpida, entre el 16 de octubre de 2001 y el 22 de julio de 2010.

De igual forma, de acuerdo con la fijación del litigio, existe consenso entre las partes que la demandante ejerció funciones tales como:

|  |
| --- |
| Administrar el sistema de cómputo hospitalario |
| Administrar aplicativos |
| Administrar bases de datos |
| Administrar redes de datos |
| Administrar el servicio de internet |
| Administrar la página web |
| Generar información sistematizada |
| Brindar soporte técnico de aplicativos |
| Capacitar usuarios en el manejo de aplicativos |
| Administrar copias de datos e información  |
| Coordinar el proceso de información como líder en actividades de calidad |
| Asistir a reuniones de líderes de procesos |
| Realizar todas las tareas de calidad en el proceso de acreditación y certificación de la institución  |
| Todas las demás inherentes al proceso de información |

A juicio de la entidad demandada, las actividades relacionadas son propias de quien se desempeña como ingeniero de sistemas, y solo de estas no puede predicarse que la señora Janeth del Carmen Ortega Ortega se encontraba en situación de subordinación y dependencia continuada con respecto al hospital, o que hubiese actuado como jefe de la oficina de sistemas o líder del proceso de recursos de información. Por su parte, la demandante considera que las funciones que desempeñó en el Hospital Civil de Ipiales eran esenciales para el correcto funcionamiento del ente de salud y, por tal motivo, estas debían ser desempeñadas por el personal de planta bajo la continuada subordinación y dependencia de los funcionarios de la entidad.

Al respecto, revisado el material probatorio documental allegado al expediente, se observa el «Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales»[[22]](#footnote-22), aprobado por el Acuerdo 006 del 28 de junio de 2006[[23]](#footnote-23), del cual la Corporación no es posible extraer que en el cuerpo organizacional de la entidad existiese un cargo denominado jefe de oficina de sistemas o del proceso de recursos de información. Tampoco algún empleo diseñado para ser desempeñado por un ingeniero de sistemas, o que tuviese como funciones las desarrolladas por la señora Janeth del Carmen Ortega Ortega, descritas previamente.

En ese orden de ideas, no resulta cierta la aseveración de la parte demandante de que las labores realizadas por ella debían ser ejercidas por el personal de planta del Hospital Civil de Ipiales, porque del manual de funciones arrimado al proceso se destaca que en dicha entidad no existía el cargo de ingeniera de sistemas, jefe de sistemas o líder del proceso de información.

No obstante, del citado manual sí se desprende la existencia de un grupo de recursos de información, el cual tenía como objeto «[…] Desarrollar y supervisar las actividades relacionadas con información clínica y administrativa, generada en los procesos garantizando información, oportuna, veraz y segura, que apoyen el mejoramiento de la gestión y la toma de decisiones técnicas y administrativas […]»[[24]](#footnote-24).

Asimismo, a folio 174 del expediente obra documento que da cuenta de la estructura orgánica del Hospital Civil de Ipiales, del cual se advierte la existencia de un equipo interno de trabajo de apoyo logístico denominado recursos de información, a cargo de la subdirección administrativa del ente de salud.



En ese sentido, si bien es cierto que de las anteriores probanzas no logra vislumbrarse en forma clara un vínculo entre el objeto del grupo de recursos de información del hospital y las funciones ejercidas por la demandante como ingeniera de sistemas, la Subsección observa que dentro de la prueba documental aportada obran comunicaciones u oficios dirigidos por otros funcionarios y empleados, entre ellos la coordinadora del Banco de Sangre, la líder de internación y atención ambulatoria, el auditor líder, el líder de gestión de calidad o de la oficina de recursos humanos del Hospital Civil de Ipiales, a la aquí demandante, en donde se le reconoce como líder de recursos de información, tal como ocurre en folios 167 y 172, como líder de sistemas en folios 168 y 169, o de ambos (información – sistemas) según consta a folios 170, 171 y 173.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **No. Oficio** | **Destinatario** | **Remitente** | **Folio** |
| **BS-051** | «[…] IngenieraYANETH ORTEGALíder Sistemas […]» | Alicia Viveros EstupiñanCoordinadora Banco de Sangre | 168 |
| **ACC-201** | «[…] IngenieraJANETH ORTEGALíder de Sistemas […]» | Nubia Montalvo ArellanoMédico Auditor | 169 |
| **AI-224** | «[…] Ingeniera:JANETH ORTEGAGestión de Recursos de Información – Sistemas […]» | Graciela Motta LozadaLíder de Internación y Atención Ambulatoria | 170 |
| **GC-080** | «[…] Ingeniera:JANETH ORTEGA ORTEGALíder Proceso Gestión de Recursos de Información – Sistemas […]» | Darío Guillermo Folleco A.Auditor Líder | 171 |
| **GC-099** | «[…] Ingeniera:JANETH ORTEGA ORTEGALíder proceso Recursos de Información […]» | Darío Guillermo Folleco A.Líder Gestión de Calidad | 172 |
| **S/N** | «[…] Ingeniera:YANETH ORTEGALíder Gestión Recursos de Información – Sistemas[…]» | Ricardo Benavides AyalaRecursos HumanosAdriana Recalde ArteagaPsicóloga | 173 |

En efecto, algunos de estos documentos permiten confirmar que la señora Ortega fungió como líder de proceso, como ocurre en el caso del oficio GC-080 del 22 de julio de 2009 (fl.171), remitido a la demandante en el cual el señor Darío Guillermo Folleco, auditor líder del Hospital Civil de Ipiales, señala textualmente: «[…] Esperando que la información suministrada contribuya a la toma de decisiones de mejoramiento del proceso el cual usted lidera.», o del oficio sin número del 13 de octubre de 2009 (fl.173), suscrito por Ricardo Benavides Ayala, profesional universitario de recursos humanos y Adriana Recalde Arteaga, psicóloga, en el cual informan a la demandante que: «[…] nos permitimos invitarla a una reunión programada para el día miércoles 14 de Octubre del año en curso a las 4:00 p.m. en el auditorio de la Institución, en el cual se aplicarán las encuestas de evaluación de competencias y clima organizacional. Le agradecemos coordinar la asistencia del personal a su cargo. […]»

En ese orden de ideas, la Corporación estima que en el proceso obran elementos de convicción que permiten deducir que la demandante sí actuó como líder del proceso de recursos de información y de sistemas, aun cuando este último no estuviera incluido dentro de la estructura orgánica de la entidad demandada, pues así era reconocida por otros funcionarios y empleados del Hospital Civil de Ipiales.

Ahora, si bien la anterior situación no es suficiente para encontrar acreditada por sí sola la continuada subordinación y dependencia, pues de ella solo se puede concluir que la señora Janeth del Carmen Ortega lideró procesos en el ente hospitalario, para la Subsección sí se configura en un indicio de la presencia del elemento de la relación laboral objeto de análisis, porque de acuerdo con la sana crítica y las reglas de la experiencia, los roles de liderazgo para cumplir funciones misionales de una entidad no pueden estar destinados a contratistas o trabajadores en misión, sino que deben ser asumidos por el personal de planta.

En efecto, el manual de funciones al cual se ha hecho alusión, en su artículo 6.º, reguló las competencias comportamentales por nivel jerárquico de empleos, y asignó al personal del nivel profesional con personal a cargo la competencia denominada «Liderazgo de Grupos de Trabajo», tendiente a «[…] Asumir el rol de orientador y guía de un grupo o equipo de trabajo, utilizando la autoridad con arreglo a las normas y promoviendo la efectividad en la consecución de objetivos y metas institucionales […]»[[25]](#footnote-25). Así, los líderes de grupos de trabajo tenían conductas asociadas como fijar los objetivos del grupo, orientar y coordinar el trabajo de este, facilitar la colaboración con otras áreas y dependencias, gestionar los recursos necesarios para poder cumplir con las metas, entre otras.

De acuerdo con lo anterior, se puede inferir que las funciones y competencias de un líder de grupo trascienden aquellas que pueden desarrollar las personas vinculadas a través de órdenes y contratos de prestación de servicios, pues estos últimos se limitan a realizar aquello para lo cual fueron vinculados, no tienen personal a cargo (salvo que se trate de personas contratadas y pagadas directamente por ellas), ni están atadas a los reglamentos de la entidad contratante. Ello, contrario a lo probado, en el sentido de que el líder de grupo actúa en representación de la entidad demandada respecto al personal a su cargo, coordina su trabajo, tiene el deber de colaborar armónicamente con otras dependencias y gestiona lo necesario para el cumplimiento de las metas grupales, situación que necesariamente implica dependencia respecto de la estructura organizacional de la entidad.

Además, en el expediente obra material probatorio que da cuenta que la demandante representó al Hospital Civil de Ipiales frente a terceros, como se aprecia a folio 129, donde el director ejecutivo del Centro de Gestión Hospitalaria en asocio con el Ministerio de la Protección Social certifica que la señora Janeth del Carmen Ortega, como «[…] funcionario(a) del Hospital Civil de Ipiales ESE […]», participó en el proyecto denominado «[…] Realizar asistencia técnica, a las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud que determine el Ministerio de la Protección Social, en desarrollo del proyecto de “Preparación de IPS para la acreditación y adopción del componente de auditoria para el Mejoramiento de la Calidad – Zona Sur”, financiado por Fonade, con una duración de cinco (5) meses y una intensidad horaria presencial de 120 horas […]».

De igual forma, la prueba testimonial practicada en el proceso brinda elementos que confirman el hecho de que la demandante ejerció efectivamente el liderazgo del proceso de recursos de información en el hospital demandado y que tenía personal a su cargo. Así ocurrió en el caso del señor Gerardo Andrés Vallejo López, quien era técnico en sistemas en el ente hospitalario y manifestó haber laborado en el grupo de trabajo liderado por la señora Ortega Ortega, el cual sostuvo lo siguiente en su declaración:

«[…] **Preguntado:** ¿Qué título del cargo o cargos tenía la ingeniera Janeth? **Contestó:** El título que ella tenía era como la ingeniera de sistemas del hospital. **Preguntado:** ¿Y dentro del organigrama del hospital cómo se llamaban las actividades o funciones que ella realizaba? ¿Cómo se llamaba el cargo que ella tenía? **Contestó:** […] en el momento estábamos liderando y estábamos sacando la acreditación, se llamaba la líder del proceso de información. […]»[[26]](#footnote-26)

Por su parte, la señora Gabriela Adriana Burbano Oviedo manifestó:

«[…] **Preguntado:** ¿Sírvase manifestar qué funciones realizaba la demandante para con el hospital? **Contestó:** Ella realizaba todas las funciones en cuanto al manejo de sistemas de la entidad hospitalaria. Ella era digamos así la jefe de sistemas del hospital civil. […]»[[27]](#footnote-27)

En forma similar, la señora Nivia Esperanza Izquierdo Villota, quien fungió como líder del proceso de internación en el Hospital Civil de Ipiales, sostuvo:

«[…] **Preguntado:** ¿Sabe usted específicamente qué funciones o labores se le encomendaban a la demandante por parte del hospital o de la cooperativa? **Contestó:** Ella se desempeñaba como ingeniera de sistemas, ella era la líder de ese proceso de sistemas y las funciones que desempeñaba eran inherentes como a su profesión era la administración del software y el hardware de la institución denominado “dinámica gerencial”. Bajo su responsabilidad estaba disponer la información validada, confiable, oportuna que requiriera la institución para presentar tanto los informes legales, los que requería el ministerio y los organismos de control y también los necesarios para la institución. […] **Preguntado:** ¿Qué personal bajo el mando de la ingeniera Janeth del Carmen Ortega tenía la oficina de sistemas del hospital? **Contestó:** […] hubieron (*sic*) dos técnicos en la oficina de sistemas que fue el técnico en sistemas Álvaro Montenegro y luego estuvo Andrés Vallejo. **Preguntado:** ¿Qué funciones tenían esos técnicos? **Contestó:** Ellos hacían un apoyo a la ingeniera, pero era un apoyo como el nombre lo dice técnico, era hacer el mantenimiento de computadores, de equipos, tender el cableado, […] cosas muy técnicas **Preguntado:** ¿Quién le podía impartir órdenes a estos dos técnicos? **Contestó:** Ellos dependían de la ingeniera Janeth […] quien daba y orientaba el trabajo de ellos, programaba las actividades y quien estaba al frente de ellos para satisfacer las necesidades de los diferentes procesos era la ingeniera Janeth […]»[[28]](#footnote-28)

Por su parte, Rocío Guadalupe Huertas Bravo quien laboró como secretaria de la subgerencia administrativa y como asistente de almacén, entre otros cargos en el hospital, señaló:

«[…] **Preguntado:** ¿Qué sabe sobre el caso de la señora Janeth del Carmen Ortega Ortega? **Contestó:** Janeth era la líder de sistemas […] siendo jefe de sistemas estuvo como jefe de calidad […] **Preguntado:** ¿La demandante en el hospital tenía un puesto de trabajo específico? **Contestó:** Tenía su oficina y bajo el mando de ella también estaba al principio estaba Álvaro Montenegro que era como el asistente de ella y después Andrés Vallejo que fue asistente también de ella. […]»[[29]](#footnote-29)

La señora Alba Judith Argoty Hidalgo, que laboró en el área de facturación y como secretaria de gerencia del hospital, manifestó:

«[…] **Preguntado:** ¿Qué sabe o qué le consta directamente sobre esa relación entre la señora Janeth del Carmen Ortega Ortega con el Hospital civil de Ipiales? **Contestó:** […] desde el momento en que ingresé yo conocí a la ingeniera Janeth Ortega precisamente como ingeniera de sistemas, como la jefe del área de sistemas del hospital civil de Ipiales […] ella tenía a cargo el área de sistemas y era la encargada de manejar todo el programa “dinámica gerencial” […] **Preguntado:** ¿Sírvase manifestar si sabe si la demandante en el hospital tenia superiores jerárquicos? ¿En caso afirmativo sabe usted los nombres de los mismos? **Contestó:** Sí, el proceso de sistemas era un proceso de apoyo administrativo por lo tanto el jefe inmediato del área de sistemas era el subgerente administrativo […]»[[30]](#footnote-30)

Finalmente, la señora Patricia Magdalena Ramírez Villota afirmó en su declaración:

«[…] **Preguntado:** ¿Sírvase manifestar si sabe si ella en el cargo que desempeñaba tenía otras personas a su cargo? **Contestó:** En el departamento de sistemas había un técnico en sistemas y pues estaba bajo el mando de la ingeniera […]»[[31]](#footnote-31)

Para la Subsección, las anteriores declaraciones permiten determinar con suficiencia que la demandante sí ejerció como líder de proceso del área administrativa del Hospital Civil de Ipiales, sin importar la denominación, ya fuera de sistemas o de recursos de la información, y tuvo a su cargo personal del nivel técnico, razón por la cual se infiere razonablemente que la señora Janeth del Carmen Ortega Ortega actuó continuamente en representación del ente hospitalario como si de una funcionaria de la entidad se tratara.

De igual forma, existen otras situaciones que dan cuenta de la subordinación continuada, como la disponibilidad horaria con la que debía prestar sus servicios la demandante en su calidad de ingeniera de sistemas. Así, se destaca por ejemplo de los contratos de suministro, celebrados entre el hospital y las diferentes cooperativas, en los cuales el requerimiento efectuado por la entidad demandada era el de:

* «[…] El objeto del presente contrato es el suministro de servicios o realización de actividades por parte de EL CONTRATISTA y a favor de EL CONTRATANTE de salud específicamente en las especialidades médicas propias de: […] una (1) ingeniera de sistemas de tiempo completo […]»[[32]](#footnote-32)
* «[…] El objeto del presente contrato es el suministro de servicios o realización de actividades por parte de EL CONTRATISTA y a favor de EL CONTRATANTE de: […] 11. SERVICIO DE INGENIERA DE SISTEMAS, con un (1) profesional, para cubrir 192 horas mes presenciales, más disponibilidad, fines de semana, nocturnos y festivos. […]»[[33]](#footnote-33)
* «[…] El objeto del presente contrato es la prestación del PROCESO DE INFORMACIÓN, SISTEMAS Y REDES HOSPITALARIAS, por parte del EL CONTRATISTA y a favor de EL CONTRATANTE cuyos servicios requeridos son: 1. INGENIERO DE SISTEMAS, con un (01) profesional responsable del proceso quien realizará las siguientes actividades […]»[[34]](#footnote-34)

Tal como se aprecia de las necesidades del hospital, es factible deducir que la labor de la demandante debía ser ejecutada, inclusive, por fuera del horario regular especificado por la demandada para su personal administrativo, pues, en caso de fallar el sistema, la prestación del servicio de salud podía verse seriamente afectada.

Frente a este punto particular, los dichos de los testigos son coherentes, primero, en lo relacionado con el cumplimiento de un horario determinado por el Hospital Civil de Ipiales, y segundo, en lo concerniente con la continua disponibilidad para prestar sus servicios, como a continuación se detalla:

Gabriela Adriana Burbano Oviedo, quien trabajó en el hospital y fungió como gerente de una de las cooperativas a través de las cuales se vinculó la demandante con el hospital, señaló:

«[…] **Preguntado:** ¿Alguna vez la ingeniera tuvo que trabajar fuera de los horarios normales del hospital? **Contestó:** Bastantes, yo recuerdo mucho que ella, sobre todo en los fines de mes y cuando el sistema caía ella tenía que quedarse hasta trasnochar y tenía hasta que pasar la noche en el hospital como tal, ósea ella digámoslo así no tenía un horario establecido porque ella tenía que laborar mucho más del tiempo que de pronto nos habían requerido como tal. **Preguntado:** ¿A usted le consta el horario de trabajo de ella? **Contestó:** Del horario adicional que ella se presentaba, sí. **Preguntado:** No, del horario normal. **Contestó:** Sí, por supuesto. **Preguntado:** ¿Cuál era ese horario? **Contestó:** El horario era el mismo que yo tenía 8 a 12 y de 2 a 6 y luego pasó al de 7 a 12 y de 2 a 5 o a 6 de la tarde. **Preguntado:** ¿Era posible que la ingeniera pudiera trabajar fuera del hospital? **Contestó:** No, porque la parte de sistemas, digamos así, el núcleo principal de la parte de ella tenía que estar monitorizado desde el servidor y ella tenía que estar en cada punto, por ejemplo si en el área de urgencias se dañaba un punto de red ella tenía que ir a mirar. […]»[[35]](#footnote-35)

Por su parte, Gerardo Andrés Vallejo López, técnico en sistemas del hospital bajo el mando de la demandante afirmó:

«[…] **Preguntado:** ¿Cuáles eran las principales funciones que debía cumplir la ingeniera en el hospital? **Contestó:** Sus principales funciones eran las de manejar en si la base de datos de un software de dinámica gerencial que el hospital lo tenía para la parte administrativa y asistencial, esto conllevaba tener una red de datos y el manejo de cerca de 80 computadores que permitían llevar todo el proceso de entrada, como le decía, de un paciente y asimismo, la prestación del servicio de salud hasta cumplir con un objetivo que era primordial: el prestar el servicio con seguridad y con eficiencia a la persona que solicita sus servicios a la entidad. **Preguntado:** ¿Estas funciones que usted me acaba de relatar que son las principales se las dio directamente la cooperativa a la cual ella estaba asociada? **Contestó:** No, todas esas funciones fueron diseñadas y elaboradas por la parte administrativa del hospital porque eran requisitos que exigían para cumplir con el proyecto de acreditarse ante una entidad reguladora de salud. […] **Preguntado:** ¿Qué tan necesario es tener un sistema de cómputo dentro del Hospital Civil de Ipiales? **Contestó:** Es muy importante ya que sin un sistema de cómputo no se puede generar, no se puede prestar el servicio con la calidad que exigía el sistema de calidad o el proceso de acreditación que el hospital se había suscrito a cumplir […] razón por la cual en cada oficina o en cada área asistencial se necesitaba contar con un equipo de cómputo para hacer la atención y la consulta de cada paciente y así mismo, poder llevar el proceso de una historia clínica que esté enfocada como, lo vuelvo y lo repito, el objetivo principal de prestar el servicio con calidad […] si no tenemos un sistema que sea de equipo de cómputos y de software nosotros no podíamos cumplir con ese proyecto de calidad. Ahora, que nosotros en nuestro periodo logramos acreditarnos porque el hospital fue evaluado y analizado por entes reguladores en ese proceso y aceptado que todo está de acuerdo con las exigencias que se hacía en ese proyecto de acreditación […] **Preguntado:** ¿Es viable que un hospital con las dimensiones del Hospital Civil de Ipiales pueda funcionar correctamente sin un sistema de cómputo? **Contestó:** No, no se podría siquiera, digamos, trabajar con los mínimos recursos, no se podría trabajar, se necesita necesariamente tener al 100% la parte tecnológica. […] **Preguntado:** ¿Cuál era el horario de trabajo de la ingeniera Janeth? **Contestó:** Como todos, teníamos un horario que iba de las 8 de la mañana hasta las 12 y otra vez regresábamos en la tarde desde las 2 de la tarde y salíamos a las 6 de la tarde. […] **Preguntado:** ¿Ese horario de trabajo que usted menciona, quién lo impuso? **Contestó:** Nosotros estábamos controlados al ingreso y asimismo a la salida por la parte administrativa que ellos también tenían, digámoslo, unas directrices enfocadas hacia la parte de vigilancia para que controlaran el acceso y la salida de todo el personal del hospital […] **Preguntado:** ¿La ingeniera Janeth cumplía estrictamente ese horario o tenia funciones más allá de ese horario establecido? **Contestó:** Cumplía estrictamente porque todos, digamos todos los empleados del hospital teníamos que, repito, entrábamos a las 8, salíamos a las 12, entrabamos a las 2 y salíamos a las 6. Ahora, […] nosotros teníamos una directriz en nuestro plan de trabajo, en nuestro manual de funciones, de cumplir la función de que pues, si hay un evento casual digamos a las 10 de la noche, nosotros teníamos que estar ahí reparando de pronto un error en el sistema, de pronto un daño en un equipo, nosotros teníamos que estar ahí, sea cualquier hora, eso se llama disponibilidad, nosotros teníamos esa cláusula clarita por parte de las directivas, que teníamos que estar disponibles a cualquier falla o cualquier caída del sistema en el hospital, si esto sucedía se paraba todo el proceso de asistencia, ingreso y salida de un paciente. **Preguntado:** ¿No importaba que fuera días festivos, feriados, dominicales? **Contestó:** No importaba porque los únicos que teníamos conocimiento y pues podíamos solucionar que una falla técnica en los equipos o en el sistema éramos la ingeniera y mi persona […]»[[36]](#footnote-36)

De acuerdo con los dos testigos, para la Corporación es claro que la señora Janeth del Carmen Ortega Ortega tenía que permanecer disponible 24 horas al día, los 7 días de la semana porque en caso de presentar una falla el sistema, debía desplazarse al hospital a corregirlo o solucionarlo por las implicaciones que podría tener el mal funcionamiento de este en la prestación del servicio público esencial de salud en el ente hospitalario, ya fuera en la noche, por fuera de la jornada habitual del personal administrativo del hospital o los fines de semana y festivos, pues, precisamente, por la naturaleza del servicio, este debía ser desarrollado en forma continua y permanente.

Al respecto, resulta pertinente advertir que situaciones tales como cumplir con un horario de trabajo, recibir instrucciones sobre la ejecución del contrato o presentar informes respecto a este, no configuran por sí solos una relación de subordinación o dependencia continuada, ello en tanto que dichas acciones pueden corresponder, precisamente, a la forma en que debe desarrollarse la labor contratada, es decir hacen parte de la necesaria coordinación en la prestación de los servicios.

Lo anterior, toda vez que hay actividades que deben, necesariamente, surtirse en determinados horarios o periodos que implican coordinar entre contratante y contratista su ejecución. Asimismo, tampoco se puede pasar por alto que, el hecho de que la vinculación sea contractual, aquel que contrata el servicio no pueda ejercer un grado de vigilancia respecto al desarrollo de la labor contratada, ello, se precisa, en virtud de la obligatoriedad para quien contrata de fijar los parámetros necesarios para garantizar la correcta ejecución de los recursos públicos.

Sin embargo, esa disponibilidad permanente implica que las actividades contractuales se desarrollaban en circunstancias de tiempo, modo y lugar que no podían ser escogidas libremente por la demandante, y que, en consecuencia, se traduce en que sus labores no eran ejecutadas con la libertad, independencia y autonomía propias de un contratista por prestación de servicios, sino como una auténtica empleada en la medida en que se encontraba sujeta a la voluntad del empleador sobre la forma en que debía desarrollar su trabajo y someterse a las consecuencias legales que le impusiera el ente hospitalario por incumplimiento del contrato.

Ello adquiere aún más significado, al valorarse en conjunto con los otros dichos de los declarantes quienes fueron contestes en indicar que la demandante cumplía el mismo horario que debían acatar los empleados del área administrativa de la entidad demandada, es decir, de 8 a 12 y de 2 a 6, posteriormente de 7 a 12 y de 2 a 6, pero que, se reitera, en caso de una urgencia por fallas en el sistema, en el servidor o en los equipos de cómputo, que ocurriere por fuera del horario cotidiano, la demandante debía desplazarse a las instalaciones del centro de salud para dar solución a las fallas o errores presentados, por la afectación en la prestación del servicio.

Finalmente, para la Corporación está acreditado un elemento de la subordinación y dependencia continuada y es la permanencia de las labores realizadas por la demandante en razón de su vinculación con el Hospital Civil de Ipiales, porque a pesar de no acreditarse efectivamente una vinculación ininterrumpida, si se puede advertir que la demandante prestó sus servicios entre el 2001 y el 2010, más si se tiene en cuenta el periodo en el que fue incluida en la nómina del ente demandado en un cargo de libre nombramiento y remoción, esto es, a partir del 23 de julio de 2010[[37]](#footnote-37), es decir, por un periodo aproximado de diez años.

En consecuencia, para la Corporación, el sustento de la vinculación contractual con la señora Janeth del Carmen Ortega Ortega a fin de ejercer su profesión como ingeniera de sistemas en la entidad demandada, esto es, por carecer en su planta de personal de cargos suficientes para el desarrollo de las actividades necesarias para la efectiva prestación del servicio, incluida la posterior a través de cooperativas de trabajo asociado, por un lapso aproximado de diez años (de acuerdo con los extremos efectivamente demostrados en este proceso), rompen con el carácter temporal y eventual de la figura regulada en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

**En conclusión:** La señora Janeth del Carmen Ortega Ortega acreditó fehacientemente la configuración de los elementos el contrato de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación y dependencia respecto del Hospital Civil de Ipiales, por cuanto de la funciones que ejerció como ingeniera de sistemas en la entidad permiten inferir que actuó en representación de la demandada como si de una empleada pública de la entidad se tratara, tanto interna como externamente, además que, adicional al cumplimiento de un horario, tenía que permanecer disponible las 24 horas del día para atender los daños que se presentaran en el centro hospitalario respecto de los sistemas y equipos de cómputo para efectos de no afectar la prestación del servicio público esencial de salud, labor que realizó por aproximadamente 10 años, lapso que rompió con el criterio de temporalidad propio de las vinculaciones contractuales no laborales y pese a que se realizara a través de intermediación con cooperativas de trabajo asociado.

**Segundo problema jurídico**

¿En el presente caso, hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, frente a algunos o todos los periodos en los cuales estuvo vinculada la señora Janeth del Carmen Ortega Ortega y cómo debe restablecerse el derecho de la demandante frente a los aportes a pensión?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: Pese a que la jurisprudencia reconoce que la sentencia declarativa del contrato realidad es constitutiva del derecho, quien depreque dicha relación laboral no puede exonerarse de su deber de reclamar el derecho dentro de los tres años siguientes a la finalización del vínculo contractual, pero respecto a los aportes pensionales dicho término no aplica, como se explica a continuación.

**Prescripción aplicada al contrato realidad**

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968[[38]](#footnote-38) y 102 del Decreto 1848 de 1969[[39]](#footnote-39) (reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Particularmente, en cuanto al reconocimiento de la existencia de la relación laboral encubierta a través de un contrato de prestación de servicios, esta Sección, en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, estipuló las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad[[40]](#footnote-40):

«[…] i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de *in dubio pro operario*, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador. […]» (Subrayado de la Subsección)

Conforme con lo previsto en la sentencia de unificación jurisprudencial, en su aparte aquí transcrito, se colige lo subsiguiente:

* El término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella.
* En aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización.[[41]](#footnote-41)

En virtud de lo anterior se analizan los siguientes supuestos en el presente caso:

* La petición de reconocimiento y pago de las acreencias laborales por parte de la demandante, quedó radicada ante la entidad demandada el 6 de agosto de 2012[[42]](#footnote-42).
* Por tratarse de vinculaciones interrumpidas al servicio público, el término para contar la prescripción extintiva debe empezar a partir de la finalización de cada uno de los periodos contractuales efectivamente laborados.
* Quiere decir lo anterior, que el plazo para reclamar los derechos prestacionales derivados de los periodos de vinculación laboral comprendidos entre el 16 de octubre de 2001 y el 31 de diciembre de 2008, se encuentran efectivamente prescritos.
* Ello, al haber transcurrido más de tres años entre la finalización de los respectivos periodos contractuales y la presentación de la petición tendiente al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que, se reitera, ocurrió el 6 de agosto de 2012.
* No ocurrió lo mismo con los periodos de vinculación comprendidos a partir del 1.º de mayo de 2009 y hasta el 22 de julio de 2010, por cuanto la reclamación fue presentada dentro de los tres años siguientes a la finalización de cada uno de las vinculaciones contractuales surgidas en dicho lapso.

**Imprescriptibilidad de los aportes a pensión - contrato realidad**

No obstante, se reitera, de acuerdo con la sentencia de unificación citada, la prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado.[[43]](#footnote-43)

De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que a la señora Janeth del Carmen Ortega Ortega se le extinguió el derecho, por prescripción, a los emolumentos deprecados como son las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otros, a que habría lugar a reconocer y pagar causados desde el 16 de octubre de 2001 al 31 de diciembre de 2008, sin contar las respectivas interrupciones.

Sin embargo, la entidad demandada deberá, a título de restablecimiento del derecho, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional[[44]](#footnote-44) de la demandante, dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, incluidos aquellos sobre los cuales operó el fenómeno de la prescripción, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Ortega Ortega como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos 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.

**En conclusión:** En el caso de la señora Janeth del Carmen Ortega Ortega prescribieron las prestaciones sociales a que tendría derecho, causadas entre el 16 de octubre de 2001 y el 31 de diciembre de 2008, sin incluir las interrupciones entre los diferentes periodos contractuales. No obstante, la demandante tiene derecho a que la parte demandada realice las cotizaciones a pensión, por tratarse de una prestación imprescriptible en los términos señalados precedentemente.

**Tercer problema jurídico**

¿Al declararse la existencia de la relación laboral, cómo debe restablecerse el derecho de la demandante?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: En el caso concreto, la demandante tiene derecho a que se le reconozcan las prestaciones sociales comunes que devengaban los empleados públicos del Hospital Civil de Ipiales, como pasa a explicarse:

Frente al restablecimiento del derecho derivado de la demostración de la existencia de una relación laboral, esta Subsección ha sostenido que la consecuencia es el «[…] reconocimiento de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que no se cancelaron […]»[[45]](#footnote-45) a la demandante.

La anterior situación, se precisa, no implica que a la demandante se le confiere la condición de empleada pública, en tanto que, para que ello suceda, se deben acreditar los requisitos regulados en los artículos 122 y 125 de la Constitución Política.

Ahora, frente a cuáles son las prestaciones sociales susceptibles de ser reconocidas, esta Subsección, en providencia del 21 de junio de 2018 sobre un asunto fáctico y jurídico similar, dispuso que estas son las prestaciones sociales ordinarias o comunes que perciben los empleados públicos de la entidad demandada, las cuales se encuentran a cargo directamente del empleador, como son las primas o las cesantías, entre otras[[46]](#footnote-46).

De acuerdo con lo anterior, la señora Janeth del Carmen Ortega Ortega tiene derecho a los siguientes emolumentos:

* El reconocimiento y pago de las prestaciones sociales comunes como son: i) las cesantías e intereses a las cesantías; ii) la compensación de las vacaciones en los porcentajes que correspondan de acuerdo con los tiempos laborados por cada contrato; iii) la porción correspondiente a las primas que legalmente perciben los empleados públicos del Hospital Civil de Ipiales ESE en el tiempo laborado por la demandante; iv) la compensación en dinero de las dotaciones de vestido y calzado de labor.

Las anteriores prestaciones serán reconocidas por los periodos contractuales debidamente acreditados (del 1.º de mayo de 2009 al 31 de diciembre de 2009 y; del 1.º de abril de 2010 al 22 de julio de 2010), excluyendo las causadas con base en los contratos suscritos entre octubre de 2001 y diciembre de 2008, por prescripción extintiva del derecho.

* Frente a los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, la entidad demandada deberá, a título de restablecimiento del derecho, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional[[47]](#footnote-47) de la demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios, incluidos aquellos sobre los cuales se declaró la prescripción, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Ortega Ortega 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.

En ese sentido, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos 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 trabajador.

 Para efectos de la respectiva condena, deberá tomarse como base de liquidación el valor pactado por honorarios en los respectivos contratos.

Por otra parte, para la Subsección el demandante no tiene derecho a las demás pretensiones de la demanda por las razones que se exponen a continuación:

* Respecto a la devolución de los dineros retenidos por concepto de retención en la fuente, la Subsección reitera que, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se discuten derechos laborales no es el adecuado para resolver sobre dicha petición, toda vez que, no era el Hospital Civil de Ipiales ESE, la entidad encargada de recepcionar ni administrar dichos dineros[[48]](#footnote-48).
* Tampoco le asiste derecho a la indemnización por despido injusto pues con la declaración de existencia de la relación laboral la demandante, se recalca, no obtuvo la condición de empleada pública.

**Decisión de segunda instancia**

De acuerdo con las razones que anteceden, esta Subsección revocará la sentencia proferida el 14 de enero de 2014 por el Tribunal Administrativo de Nariño, que negó las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuso la señora Janeth del Carmen Ortega Ortega en contra del Hospital Civil de Ipiales. En su lugar se dispondrá:

* Se declarará parcialmente probada de oficio la excepción de prescripción extintiva del derecho, respecto de los periodos contractuales comprendidos entre el 16 de octubre de 2001 y el 31 de diciembre de 2002; el 1.º de mayo de 2003 y el 31 de diciembre de 2003; el 1.º de mayo de 2004 y el 31 de diciembre de 2005; el 1.º de febrero de 2006 al 31 de diciembre de 2006; del 1.º de marzo de 2007 al 31 de diciembre de 2007; y del 1.º de marzo de 2008 al 31 de diciembre de 2008; excepto en lo correspondiente a los aportes a pensión.
* Se declarará la nulidad parcial del Oficio G-394 del 27 de agosto de 2012, proferido por el gerente del Hospital Civil de Ipiales ESE, por medio del cual se dio respuesta negativa a la solicitud de reconocimiento del vínculo liberal y pago de los correspondientes conceptos prestacionales.
* Como consecuencia de la anterior declaración, se declarará la existencia de una relación laboral entre la señora Janeth del Carmen Ortega Ortega y el Hospital Civil de Ipiales ESE por los siguientes periodos: entre el 16 de octubre de 2001 y el 31 de diciembre de 2002; el 1.º de mayo de 2003 y el 31 de diciembre de 2003; el 1.º de mayo de 2004 y el 31 de diciembre de 2005; el 1.º de febrero de 2006 al 31 de diciembre de 2006; del 1.º de marzo de 2007 al 31 de diciembre de 2007; del 1.º de marzo de 2008 al 31 de diciembre de 2008; del 1.º de mayo de 2009 al 31 de diciembre de 2009 y; del 1.º de abril de 2010 al 22 de julio de la misma anualidad.

A título de restablecimiento del derecho, se condenará al Hospital Civil de Ipiales ESE a reconocer y pagar en favor de Janeth del Carmen Ortega Ortega:

* Las prestaciones sociales comunes a las cuales tiene derecho un profesional universitario de la planta de personal del hospital, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia, causadas durante los periodos contractuales comprendidos entre el 1.º de mayo de 2009 al 31 de diciembre de 2009 y entre el 1.º de abril de 2010 al 22 de julio de la misma anualidad, para lo cual se tomará como base de liquidación el valor cancelado a título de compensaciones por parte de las cooperativas de trabajo asociado que sirvieron como intermediarios laborales entre la demandante y el demandado.
* De igual forma, deberá tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional[[49]](#footnote-49) de la demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios, excepto sobre los periodos sobre los cuales no se acreditó la relación laboral, incluidos aquellos sobre los cuales se declaró la prescripción, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Ortega Ortega 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 la respectiva condena, deberá tomarse como base de liquidación el valor pactado por honorarios en los respectivos contratos.

En ese sentido, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos 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 trabajador.

* Las sumas reconocidas serán reajustadas con siguiente fórmula:

R= Rh x Índice final

 \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Índice inicial

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

* Finalmente, se negarán las demás pretensiones de la demanda por las razones expuestas en esta providencia.

**De la condena en costas**

Esta Subsección mediante providencia del 7 de abril de 2016[[50]](#footnote-50) sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

1. El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio *«subjetivo» –CCA-* a uno *«objetivo valorativo» –CPACA*-.
2. Se concluye que es *«objetivo»* porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
3. Sin embargo, se le califica de *«valorativo»* porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
4. La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
5. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
6. La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP[[51]](#footnote-51), previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
7. Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso condenará en costas a la parte demandada en ambas instancias, con sustento en lo reglado por el numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso, toda vez que se revocará totalmente la sentencia proferida por el inferior.

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

**FALLA**

**Primero:** Revocar la sentencia proferida el 14 de enero de 2014 por el Tribunal Administrativo de Nariño, que negó las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró la señora Janeth del Carmen Ortega Ortega en contra del Hospital Civil de Ipiales ESE.

**Segundo:** Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Oficio G-394 del 27 de agosto de 2012.

**Tercero:** Declarar la existencia de una relación laboral entre la señora Janeth del Carmen Ortega Ortega y el Hospital Civil de Ipiales ESE por los siguientes periodos: entre el 16 de octubre de 2001 y el 31 de diciembre de 2002; el 1.º de mayo de 2003 y el 31 de diciembre de 2003; el 1.º de mayo de 2004 y el 31 de diciembre de 2005; el 1.º de febrero de 2006 al 31 de diciembre de 2006; del 1.º de marzo de 2007 al 31 de diciembre de 2007; del 1.º de marzo de 2008 al 31 de diciembre de 2008; del 1.º de mayo de 2009 al 31 de diciembre de 2009 y; del 1.º de abril de 2010 al 22 de julio de la misma anualidad.

**Cuarto:** Declarar parcialmente probada, de oficio, la excepción de prescripción extintiva del derecho, respecto de los periodos contractuales comprendidos entre el 16 de octubre de 2001 y el 31 de diciembre de 2002; el 1.º de mayo de 2003 y el 31 de diciembre de 2003; el 1.º de mayo de 2004 y el 31 de diciembre de 2005; el 1.º de febrero de 2006 al 31 de diciembre de 2006; del 1.º de marzo de 2007 al 31 de diciembre de 2007; y del 1.º de marzo de 2008 al 31 de diciembre de 2008; excepto en lo correspondiente a los aportes a pensión por los anteriores lapsos.

**Quinto:** A título de restablecimiento del derecho, se condenará al Hospital Civil de Ipiales ESE a reconocer y pagar en favor de Janeth del Carmen Ortega Ortega:

Las prestaciones sociales comunes a las cuales tiene derecho un profesional universitario de la planta de personal del hospital, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia, causadas durante los periodos contractuales comprendidos entre el 1.º de mayo de 2009 al 31 de diciembre de 2009 y entre el 1.º de abril de 2010 al 22 de julio de la misma anualidad, para lo cual se tomará como base de liquidación el valor cancelado a título de compensaciones por parte de las cooperativas de trabajo asociado que sirvieron como intermediarios laborales entre la demandante y el demandado.

**Sexto:** El Hospital Civil de Ipiales ESE deberá tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional[[52]](#footnote-52) de la demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios, excepto sobre los periodos sobre los cuales no se acreditó la relación laboral, incluidos aquellos sobre los cuales se declaró la prescripción, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Ortega Ortega 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 la respectiva condena, deberá tomarse como base de liquidación el valor pactado por honorarios en los respectivos contratos.

En ese sentido, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos 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 trabajador.

**Séptimo:** Las sumas reconocidas deberán ser reajustadas conforme con la fórmula expuesta en la parte considerativa de esta providencia.

**Octavo:** Negar las demás pretensiones de la demanda conforme los razonamientos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.

**Noveno:** Condenar en costas en ambas instancias al Hospital Civil de Ipiales ESE, por las razones expuestas en esta providencia.

**Décimo:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen previas las anotaciones pertinentes en el programa Justicia Siglo XXI.

**Notifíquese y cúmplase.**

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

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

1. Folios 2 a 11. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 2 a 3*.* [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 305 a 313 y Cd a folio 304 Bis. [↑](#footnote-ref-3)
4. Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015) EJRLB. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB. [↑](#footnote-ref-5)
6. Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 401 a 411. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 415 a 423. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 457 a 459. [↑](#footnote-ref-9)
10. Mediante auto del 22 de abril de 2015 se decretó la práctica de la prueba testimonial solicitada ante esta Corporación por la parte demandante a folio 430 y se comisionó al Tribunal Administrativo de Nariño para su recaudación (fls.439-440). [↑](#footnote-ref-10)
11. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia. [↑](#footnote-ref-11)
12. «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.» [↑](#footnote-ref-12)
13. Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba). [↑](#footnote-ref-13)
14. Ver sentencia C-614 de 2009. [↑](#footnote-ref-14)
15. Ver sentencia del 10 de julio de 2014. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve. Radicación 05001233100020040039101 (0151-13). Francisco Zúñiga Berrio contra el Municipio de Medellín (Antioquia). [↑](#footnote-ref-15)
16. Corte Constitucional C-614 de 2009. [↑](#footnote-ref-16)
17. «**Artículo 1 Obligación de Adoptar Medidas** Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.»

**«Artículo 2 Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno** Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.» [↑](#footnote-ref-17)
18. Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16. [↑](#footnote-ref-18)
19. Tal y como se advierte del contrato de suministro obrante a folios 59 a 63 del expediente. [↑](#footnote-ref-19)
20. Testimonio obrante a folio 329 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-20)
21. Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell. [↑](#footnote-ref-21)
22. Visible a folios 181 a 225. [↑](#footnote-ref-22)
23. «Por el cual se ajusta el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales Mínimas para los empleos de la Planta de Personal del Hospital Civil de Ipiales, E.S.E.» [↑](#footnote-ref-23)
24. Tal y como consta a folio 225 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-24)
25. Ver folio 223 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-25)
26. Testimonio obrante en CD a folio 329 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-26)
27. *Ídem.* [↑](#footnote-ref-27)
28. Testimonio obrante en CD a folio 30 bis del cuaderno 3 (Despacho comisorio). [↑](#footnote-ref-28)
29. *Ídem.* [↑](#footnote-ref-29)
30. *Ídem.* [↑](#footnote-ref-30)
31. *Ídem.* [↑](#footnote-ref-31)
32. Caso previsto en el contrato obrante a folios 59 a 63. [↑](#footnote-ref-32)
33. Tal como se aprecia en los contratos obrantes a folios 64 a 69, 70 a 73, 74 a 78, 79 a 83, 84 a 87. [↑](#footnote-ref-33)
34. Es el caso del contrato visible a folios 88 a 92 y 93 a 98 [↑](#footnote-ref-34)
35. Testimonio obrante a folio 329 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-35)
36. *Ídem.* [↑](#footnote-ref-36)
37. Ver folios 134 y 135 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-37)
38. «**Artículo 41.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.» [↑](#footnote-ref-38)
39. «**Artículo 102.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.» [↑](#footnote-ref-39)
40. Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015). [↑](#footnote-ref-40)
41. En los precisos términos de la sentencia de unificación, se indicó: «[…] Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. […]» (Subrayado de la Subsección) [↑](#footnote-ref-41)
42. Según se advierte de la respuesta obrante a folios 14 y 15. [↑](#footnote-ref-42)
43. «[…] En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.[…]» [↑](#footnote-ref-43)
44. Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios. [↑](#footnote-ref-44)
45. Ver sentencia del 21 de junio de 2018, con ponencia del Suscrito ponente, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 08001-23-31-000-2011-00413-01 (1608-14), interpuesta por la señora Zunilda Mercedes Domínguez Moreno en contra de la E.S.E. Hospital Local de Malambo. [↑](#footnote-ref-45)
46. Ídem. [↑](#footnote-ref-46)
47. Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios. [↑](#footnote-ref-47)
48. Para el efecto ver sentencia de 6 de octubre de 2016 con ponencia del Suscrito ponente William Hernández Gómez. Radicación 68001-23-31-000-2009-00146-01 (1773-15). Jhon Gerardo Giraldo Rubio contra el Ministerio de interior y de Justicia, Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en Supresión. [↑](#footnote-ref-48)
49. Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios. [↑](#footnote-ref-49)
50. Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Demandante: José Francisco Guerrero Bardi. [↑](#footnote-ref-50)
51. «**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: […]» [↑](#footnote-ref-51)
52. Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios. [↑](#footnote-ref-52)