**ENTIDADES ESTATALES - Vinculación - Clases**

El régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado: a) de los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) de los trabajadores oficiales (relación contractual laboral); y, c) de los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).

**RELACIÓN LABORAL - Protección**

La legislación colombiana ha previsto la posibilidad de acudir a la contratación de prestación de servicios, en los casos y para los fines señalados en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, de igual forma se ha establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica.

**ENTIDADES ESTATALES - Función - Contrato de prestación de servicios - Improcedencia**

Para que una persona natural desempeñe un cargo en calidad de empleado público (relación legal y reglamentaria), es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en La ley, esto es, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso), seguida de la posesión, previo a ejercer las funciones propias de dicho empleo. (…) El ordenamiento jurídico ha previsto no solo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino también, sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Controversias judiciales - Principio de la primacía de la realidad sobre las formas**

Respecto a la solución de controversias judiciales con ocasión de los contratos de prestación de servicios, es necesario referirse al principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, el cual tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad, el efecto del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con el fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.

**RELACIÓN LABORAL - Elementos esenciales - Contrato realidad**

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público 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 vínculo. (…) Le corresponde a la parte demandante demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. (…) Sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales, a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, que ocultó una verdadera relación laboral, por el solo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión anterior. (…) Vale la pena precisar que no se puede reintegrar a quien no ha estado vinculado laboralmente, ni realizar el pago de prestaciones sociales a quien ejerce como contratista

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN “B”**

**Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 50001-23-31-000-2005-00492-01(1150-14)**

**Actor: MYRIAM YOLANDA MARTÍNEZ PARDO**

**Demandado: E.S.E. POLICARPA SALAVARRIETA**

**Referencia: FUNCIONARIO DE HECHO – CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

Se desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el seis (6) de noviembre de dos mil trece (2013) por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Meta, negó las pretensiones de la demanda promovida por la señora Myriam Yolanda Martínez Pardo en contra de E.S.E. Policarpa Salavarrieta.

**I. ANTECEDENTES**

1. **Demanda**

**1.1. Pretensiones**

Myriam Yolanda Martínez Pardo, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, solicitó la nulidad del *“acto ficto negativo o presunto (sic) del 26 de abril de 2005”* por medio del cual *“se declaró insubsistente el nombramiento (…) del cargo num. 884 Área 2 Nivel 4 Grado 27 AUXILIAR DE ENFERMERIA a partir de esa misma fecha”* junto con el Oficio del 21 de julio de 2005, a través del cual le negó el reintegro solicitado.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se declare que fue funcionaria pública de hecho de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta en el cargo de Auxiliar de Enfermería desde el 14 de marzo de 1990 hasta la fecha en que se produzca el reintegro, sin solución de continuidad.

De igual manera, pretende que se ordene a la entidad demandada el reintegro al cargo que ocupaba o a uno igual o superior jerarquía con retroactividad a la fecha de retiro, así como el reconocimiento y pago de los salarios debidos correspondientes al período comprendido entre el 15 al 26 de abril de 2005, los recargos nocturnos, dominicales y festivos que le adeudan por el trabajo de horas extras de los meses de julio a diciembre de 2003, de enero a diciembre de 2004, enero a abril de 2005 y todos los salarios, primas bonificaciones, quinquenios, vacaciones, cesantías, intereses de cesantías, subsidios de transporte, dotaciones que se causen, aumentos de salario y demás emolumentos que se le adeudan desde la fecha de su desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrada.

De la misma forma pretende que se declare para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de sus servicios y que se actualice y se dé cumplimiento a la condena en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

**1.2. Hechos**

Los hechosen quese fundan las pretensiones de la demanda (ff. 1 – 14), en síntesis son los siguientes:

Mediante Acuerdo 64 de 29 de junio de 1994, el Instituto de Seguros Sociales – ISS creó el cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales del Área Asistencial 2, Nivel 6, Grado 12.

A efectos de ahorrarse gastos laborales, el ISS resolvió vincular el personal médico, administrativo y asistencial bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, llegando a más de 30.000 funcionarios en todo el país, disfrazando las relaciones laborales existentes, puesto que desempeñaban las mismas funciones de quienes pertenecía a la planta, con la diferencia de que a los contratista los hacían laborar jornadas superiores sin pagarles prestaciones sociales, a pesar de que tenían derecho en virtud de la Convención Colectiva de Trabajo.

Afirmó que como hecho notorio y muestra de una *“habilidosa práctica torticera[[1]](#footnote-1)”,* los contratos de prestación de servicios se celebraban por lapsos cortos, de cuatro, seis y ocho meses, a efectos de disponer libremente y con ánimo clientelista de los cargos al término de cada contrato, para mantener a los contratistas sin derecho a nada, y sostuvo que si protestaban, no les renovaba el contrato y en consecuencia quedaban desvinculados.

La demandante laboró como Auxiliar de Enfermería en el ISS, hoy E.S.E. Policarpa Salavarrieta, adscrita a la Clínica Carlos Hugo Estrada Castro en Villavicencio (Meta), en forma ininterrumpida y por medio de diferentes contratos de prestación de servicios, desde el *“14 de marzo de 1990”*, ejerciendo sus funciones con idoneidad, eficiencia, dedicación y responsabilidad.

A través del Decreto 1750 de 2003, el Presidente de la República escindió el ISS y creó otras empresas sociales del Estado, produciéndose una mutación en la condición de todos los trabajadores quienes pasaron a ser empleados públicos. Con ocasión de la escisión mencionada, la Clínica Carlos Hugo Estrada Castro pasó a ser propiedad de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, entidad con autonomía jurídica, financiera y administrativa.

Sostuvo que los contratistas que pasaron a la E.S.E. Policarpa Salavarrieta firmaron un contrato de cesión, y *“(…) para aumentar la desgracia de todos esos funcionarios y para tratar de deslaborizar aún mas la relación laboral y favorecer en forma sospechosa a un particular, el señor* ***JAIME POSADA*** *Gerente Nacional de la E.S.E Policarpa Salavarrieta en reunión celebrada con los funcionarios vinculados por medio de los contratos de prestación de servicios (aquí accionantes), el día viernes 29 de abril de 2004, en el auditorio del primer piso de la Clínica Carlos Hugo Estrada, les presentó al señor* ***FRANCISCO LUÍS RODRÍGUEZ******Gerente de Recursos Humanos de una Cooperativa llamada******SIPRO****, quien les iba a presentar esa cooperativa* ***y además les dijo que si querían seguir laborando con la E.S.E. tenían que vincularse a esa cooperativa o sino que tenían que irse.****”[[2]](#footnote-2)* (Subrayado y negritas del texto).

Por lo anterior, a los contratistas no les quedó otra opción que vincularse a la Cooperativa de Trabajo Asociado SIPRO, que se apropiaba del 30% de lo que les venía cancelando hasta entonces la E.S.E. Policarpa Salavarrieta.

Mediante el Oficio de 15 de abril de 2005, suscrito por el Gerente de Recursos Humanos de SIPRO, se hizo saber que el contrato de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta con la cooperativa de trabajo asociado terminaba ese día. Sin embargo, ese mismo 15 de abril de 2005, la Gerente de la Unidad Clínica Carlos Hugo Estrada Castro, citó a reunión a todo el personal, y les manifestó que se había realizado una licitación y la había ganado la Cooperativa COLVIVIR, lo que tenían un plazo de 10 días para suscribir los nuevos contratos. A su vez, la cooperativa había realizado un estudio de sueldos y había llegado a la conclusión de que iba a reducir algunos cargos, entre los que se encontraban las enfermeras y auxiliares.

Con fecha 18 de abril de 2005 se constituyó mediante acta el Sindicato de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta – SINTRAESE, cuya personería jurídica surgió a partir de ese mismo momento, según lo dispone el artículo 364 del C.S.T., inicialmente con 25 asociados y después se afiliaron otros trabajadores, quedando un total de 64 miembros. En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 363 del C.S.T., el 19 y 20 de abril de 2005, mediante oficio se les comunicó al Ministerio de la Protección Social y a la entidad, respectivamente, la conformación y existencia del sindicato, para efectos de que tuvieran en cuenta el fuero que les cobijaba.

Afirmó que por Oficio de 26 de abril de 2005, se radicó ante el Ministerio de la Protección Social la solicitud de inscripción en el Registro Sindical; y de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 406 del C.S.T., los miembros fundadores de la Organización Sindical y los que ingresaron después, están amparados por el fuero sindical.

Refirió que a pesar de conocer de la existencia del sindicato, la accionada a través de su Coordinadora de Recursos Humanos continuó presionando a la demandante para que suscribiera los Contratos de Trabajo asociado con COLVIVIR. Entre los días 20 y 21 de abril de 2005, logró que 15 de los integrantes de SINTRAESE firmaran el contrato, evadiendo su responsabilidad laboral.

El 22 de abril de ese año, el Gerente de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta reunió a los trabajadores y *“(…) en forma descarada les manifestó que él sabía que la cooperativa era una forma de vinculación que estaba en debate, pero que esa era la forma que la E.S.E. utilizaba para evitarse las demandas laborales, pero que si querían seguir laborando tenían que vincularse a la cooperativa que había ganado la licitación, es decir* ***COLVIVIR, que si les gustaba o no los salarios que les ofrecían, eso no era problema de él.”[[3]](#footnote-3)*** (Subrayas y negritas del texto).

Manifestó que a partir del 21 de abril de 2005, empezó a llegar personal nuevo de enfermería y auxiliares para que les dieran inducción y presionaron a la actora y demás compañeros diciéndoles que esos serían sus reemplazos, si no firmaban el contrato con la Cooperativa COLVIVIR, y que para poder seguir laborando, debían suscribir los contratos antes del 23 de abril de ese año.

Sostuvo que a partir del 26 de abril de 2005, a las 0:00 horas cambiaron los cuadros de los turnos, programando solo al personal nuevo y cuando llegaron los funcionarios sindicalizados les manifestaron verbalmente que no tenían ningún tipo de vinculación, por lo que les prohibían tocar cualquier instrumento de trabajo. A raíz de esto, algunos trabajadores, incluida la actora, procedieron a levantar un acta de lo que estaba ocurriendo. Ese mismo día, el Jefe de la División Administrativa y Financiera suscribió el Oficio ESE – PS – DF – IPS – 042, dirigido al Jefe de Seguridad de la compañía de vigilancia de la entidad, entregándole una lista de los trabajadores sindicalizados a fin de que no los dejara ingresar.

Adujo que el personal que entró a reemplazar a la actora y demás trabajadores sindicalizados, en su mayoría son recién egresados que no tienen la suficiente experiencia de las labores a desarrollar en la Clínica teniendo en cuenta que es un centro asistencial de III Nivel, lo que pone en riesgo la calidad de atención y ha generado múltiples quejas de los usuarios.

Aseveró que a partir de ese momento, no se les permitió el ingreso a las instalaciones de la Clínica y no les pagaron los salarios correspondientes y demás derechos prestacionales por los días 15 a 26 de abril de 2005, y alega que no hubo sentencia judicial que autorizara el retiro de la accionante y demás trabajadores sindicalizados que estaban amparados por el fuero sindical de fundadores.

**1.3. Normas violadas**

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

Los artículos 1º, 2º, 4º, 6º, 13, 14, 25, 29, 125, 209 y 277 de la Constitución Política; 8 de la Ley 4ª de 1990; 8 de la Ley 790 de 2002; 5 y 71 de los Decretos 1250 de 1970; 1660 de 1978; 26 inciso 2º, 40, 46 y 61 del Decreto 2400 de 1968; 108, 215, 240, 241 y 242 del Decreto 1950 de 1973; el Acuerdo 064 de 1994, y la Convención Colectiva de Trabajadores del I.S.S. para los años 2001 – 2004.

**2. Contestación de la demanda**

La Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta mediante escrito visible a folios 137 a 152 del expediente, contestó a la demanda interpuesta. Sin embargo, mediante auto del 19 de septiembre de 2007, el Tribunal Administrativo del Meta, resolvió tener por no contestada la demanda, en razón a que el apoderado de la entidad no acreditó mediante poder debidamente diligenciado, la representación judicial otorgada por la entidad (f. 171).

**3. Sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo del Meta a través de la sentencia del 6 de noviembre de 2013 (ff. 328 – 334 reverso), negó las pretensiones de la demanda.

Planteó como problema jurídico la existencia de una relación de carácter laboral o por servicios, o como funcionario de hecho, que obligue el reconocimiento y pago de las prestaciones dejadas de percibir con ocasión de dicho vínculo.

Para resolver esta situación, encontró probado que mediante audiencia de juzgamiento llevada a cabo el 23 de junio de 2006, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Villavicencio, se profirió sentencia resolviendo la acción laboral promovida por la demandante y el Instituto de Seguros Sociales, declarando que existió un contrato de trabajo por el término comprendido entre el 14 de junio de 1994 al 26 de junio de 2003 y allí se ordenó el pago a la demandante del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de navidad, vacaciones convencionales, prima de servicios convencionales e indexación[[4]](#footnote-4), decisión que fue recurrida por la parte actora y modificada por el “Tribunal Superior de Villavicencio” mediante decisión tomada en audiencia pública de juzgamiento el 22 de mayo de 2007, respecto a los valores impuestos en la condena de primera instancia y confirmada en todo lo demás.

Conforme con lo anterior, el Tribunal concluyó que ya se realizó un pronunciamiento judicial sobre la existencia de la relación laboral entre la demandante y el ISS – Clínica Hugo Estrada Castro en el período comprendido entre el 14 de junio de 1994 al 26 de junio de 2003, y dicho período coincide parcialmente con el que la demandante pretende se reconozca ante la jurisdicción contenciosa administrativa, por lo que la decisión tomada en las sentencias mencionadas, hicieron tránsito a cosa juzgada material, por lo que el estudio se limita a establecer si es procedente reconocer la existencia del vínculo laboral entre la demandante y la E.S.E. Policarpa Salavarrieta durante el lapso comprendido entre el 27 de junio de 2003 al 26 de abril de 2005.

Revisadas las pruebas obrantes en el expediente, no son suficientes para desvirtuar la relación contractual y demostrar una verdadera relación laboral, pues si bien se demostró el elemento de la prestación personal del servicio, no aparece demostrado la acreditación de una remuneración o pago, y principalmente la existencia de una subordinación o dependencia de la demandante con la entidad.

Afirmó que la parte demandante debe acreditar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, así como la similitud con las funciones que desempeñaban los demás empleados de planta, requisitos que deben ser concurrentes y necesarios para desentrañar la apariencia del contrato de prestación de servicios de una verdadera relación laboral.

El *a quo* encontró que la demandante fungió en el cargo de Bacterióloga, sin embargo, ello no le da derecho de adquirir la calidad de empleada pública o funcionaria de hecho, en cuanto la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues se debe demostrar que las funciones ejercidas irregularmente se hayan efectuado en la misma forma y apariencia como si la hubiera desarrollado una persona designada regularmente, situación que no sucedió en el *sub – lite.*

**4. Fundamento del recurso de apelación**

La parte demandante, a través de apoderado judicial, formuló recurso de apelación en contra de la sentencia de 6 de noviembre de 2013, solicitando se revoque la sentencia apelada y en su lugar se dicte una nueva providencia en la cual se acceda a las pretensiones de la demanda, con las siguientes consideraciones (ff. 336 a 341 del expediente):

Alegó que la vinculación de la demandante fue como Auxiliar de Enfermería al servicio de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, *“no es un indicativo inexorable de la existencia de una relación laboral, si se tiene en cuenta que en cada caso serán las condiciones particulares que rodeen el cumplimiento de la actividad contratada las que determinen si tiene lugar una dependencia o subordinación que sitúen la prestación personal del servicio en el plano de una relación laboral (…).”*

Afirmó que teniendo en cuenta la naturaleza de la entidad demandada, la demandante al estar vinculada con la E.S.E. Policarpa Salavarrieta y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, las personas vinculadas tendrán el carácter de empleados públicos, salvo que se desempeñen en cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física o de servicios generales, motivo por el cual la demandante no tiene la calidad de trabajador oficial del sector salud.

Reiteró que la demandante prestó sus servicios en el cargo de Auxiliar de Enfermería, funciones que cumplió tal y como consta en la relación de contratos que obran en el plenario, por lo que con solo este hecho necesariamente se demostraba la calidad de empleado público. Así mismo alega, que acredita los elementos de una verdadera relación laboral, en cuanto las funciones están relacionadas en los contratos de prestación de servicios.

Sostuvo que el Tribunal desconoció la aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades, en cuanto sostiene que si bien no fue contestada la demanda, de las pruebas documentales se acredita que las actividades realizadas por la demandante son similares al personal de planta.

Alegó que no se tuvieron en cuenta las pruebas testimoniales en donde se acredita que la demandante recibió órdenes, así como el trato que recibió de contratista fue propio de un empleo público, y las actividades subordinadas que realizaba eran dentro de un horario establecido por la entidad con los cuadros de turno.

**5. Alegatos de conclusión**

Vencido el término concedido para alegar de conclusión, mediante auto del 1 de junio de 2015 (f. 349), las partes guardaron silencio.

**6. Concepto del Agente del Ministerio Público**

La Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación, mediante concepto No. 321 – 15 del 10 de agosto de 2015, en escrito visible a folios 351 a 357 reverso del expediente, solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, mediante la cual se negó las pretensiones de la demanda.

Conceptúo que en el recurso de apelación se plantea la indebida valoración de las pruebas aportadas al proceso, al sostener que en estas se demuestran que hubo una relación de trabajo, por cuanto las funciones que cumplía la demandante eran propias de un empleado público. Sin embargo manifestó, que revisado el expediente, no se encontró testimonio alguno, por lo que el argumento que en las declaraciones y los documentos se probaron la subordinación y demás elementos de la relación laboral, se trata de una formulación teórica, sin soporte fáctico ni jurídico, al igual que no se demostró que la demandante se encontrara con fuero sindical, pues conforme al listado de los socios fundadores relacionados por el Ministerio de la Protección Social, la demandante no está enlistada, pues no era servidora de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, sino tenía la condición de contratista, lo que le impedía ser parte de la organización sindical.

Afirmó que *“las pruebas militantes en el plenario dan cuenta de una relación contractual con la E.S.E. desde su creación por la desaparición de la Vicepresidencia de Salud del ISS; en tal vinculación, eran obvias las tareas que cumpliría como auxiliar de enfermería, pues eran similares a sus pares de planta de personal, pero ello obedecía a la falta de éste para cubrir las necesidades del servicio; lo cual autoriza a la contratación para cumplir la misión institucional, tal como lo prevé la ley 80 de 1993 en su artículo 32; por tanto, que la accionante cumpliera las mismas funciones de sus pares y, en horarios de turnos al igual que estas, no le da la condición de empleada pública, sino de contratista común y corriente en ejercicio de labores contratadas para el cumplimiento de las funciones propias de la entidad.”*

Concluyó que al no demostrarse la existencia de una relación laboral, no hay lugar al reconocimiento alguno de los derechos derivados, en cuanto no se cumplió con la carga de probar los supuestos fácticos de las pretensiones, pues los simples contenidos de los contratos de prestación de servicio, no son suficientes como elemento de juicio para estructurar los elementos constitutivos de un contrato de trabajo o una relación ordinaria laboral.

**II. CONSIDERACIONES**

**2.1. Competencia**

De conformidad con el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo[[5]](#footnote-5), el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

**2.2. Problema jurídico**

Corresponde a la Sala establecer si en los términos del recurso de apelación, la demandante vinculada mediante contratos de prestación de servicios, ostenta la condición de funcionaria de hecho por haber laborado como Auxiliar de Enfermería en la E.S.E. Policarpa Salavarrieta – Clínica Carlos Hugo Estrada Castro en la ciudad de Villavicencio (Meta), y como consecuencia de ello, tiene derecho a que la reintegren al cargo que venía desempeñando, y se le reconozca y pague los salarios y demás prestaciones sociales dejados de percibir, sin solución de continuidad.

Para efectos de lo anterior, demandó la nulidad del acto ficto negativo de fecha 26 de abril de 2005, por medio del cual el Gerente de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta presuntamente *“declaró insubsistente el nombramiento”* de la señora Myriam Yolanda Martínez Pardo del cargo de Auxiliar de Enfermería, a partir de esa misma fecha, así como la nulidad del oficio del 21 de julio de 2005, a través del cual negó el reintegro.

El Tribunal Administrativo del Meta, a través de la sentencia del 6 de noviembre de 2013, negó las demás pretensiones de la demanda.

**2.3. Análisis de la Sala**

**2.3.1. De lo probado en el proceso**

La señora Myriam Yolanda Martínez Pardo desempeñó las funciones de Auxiliar de Servicios Asistenciales en la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, Clínica Carlos Hugo Estrada Castro, perteneciente al entonces Instituto de los Seguros Sociales mediante diversos contratos de prestación de servicios, desde el 14 de junio de 1994, la cual tuvo vigencia hasta el 26 de junio de 2003, pues en virtud de la escisión dispuesta por el Decreto 1750 del 26 de junio de 2003, a partir del 1 de julio de 2003, pasó a formar parte de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta por sustitución patronal y sin solución de continuidad.

A folio 214 a 233 del expediente, obra copia de la audiencia pública de juzgamiento realizada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Villavicencio (Meta) el día 23 de junio de 2006, en la cual se dictó sentencia resolviendo la acción laboral promovida por la hoy demandante en contra del Instituto de Seguros Sociales, en la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo durante el lapso comprendido entre el 14 de junio de 1994 al 26 de junio de 2003 y ordenó cancelarle las prestaciones sociales (cesantías, intereses a las cesantías, prima de navidad, vacaciones convencionales, prima de servicios convencional e indexación). Dicha decisión fue confirmada en forma parcial por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio mediante sentencia de segunda instancia proferida el 22 de mayo de 2007, en la cual se modificó respecto a los valores a los que fue condenado el ISS (ver folio 234 a 253).

La demandante elevó derecho de petición ante la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, el 6 de julio de 2005, con el objeto de que se le reintegrara al cargo de Auxiliar de Enfermería que desempeñaba en la Clínica Carlos Hugo Estrada Castro de Villavicencio, de la cual fue desvinculada el 26 de abril de 2005, y requirió el pago de las prestaciones a las que cree tener derecho en virtud de la vinculación laboral con la entidad (ver folio 54).

Mediante oficio de fecha 21 de julio de 2005 (f. 55), la Directora de la Clínica Carlos Hugo Estrada Castro en relación al derecho de petición, le manifiesta a la demandante:

*“(…)*

*Revisados los archivos de nuestra entidad, no aparece usted, que haya laborado en la CLINICA CARLOS HUGO ESTRADA CASTRO, de esta ciudad, en el presunto cargo que menciona ni en ningún otro.*

*Como consecuencia de lo anterior no existe el supuesto acto administrativo de desvinculación y por lo tanto se despacha negativamente todas sus pretensiones.*

*(…).”*

Obra a folio 42 del expediente, copia del oficio suscrito por el Gerente de Recursos Humanos del Sistemas Productivos SIPRO, dirigido a los asociados de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, Clínica Carlos Hugo Estrada Castro de Villavicencio, en el cual les informa que el contrato suscrito con la E.S.E. finaliza el 15 de abril de 2015.

A folio 16 a 34 del expediente, obra copia del Acta de Conformación de Sindicato de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta – SINTRAESE, llevada a cabo el 18 de abril de 2005, así como los estatutos del mismo, en el cual se puede observar que la demandante no se encuentra como fundadora del mismo.

A folio 163 a 165 del expediente, obra copia de la Resolución 00186 del 3 de mayo de 2005, por medio de la cual la Inspectora de Trabajo, Grupo de Trabajo, Empleo y Seguridad Social – Dirección Territorial Meta del Ministerio de la Protección Social, resuelve no inscribir en el registro sindical a la Organización Sindical de Primer Grado denominada Sindicato de Trabajadores de la Empresa Social del Estado Policarpa Salavarrieta Seccional Meta – SINTRAESE, constituida mediante asamblea de fecha 18 de abril de 2005.

Obra en el plenario los contratos de prestación de servicios entre la demandante y la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, en los que se observa que prestó sus servicios como Auxiliar de Enfermería en la Clínica Carlos Hugo Estrada Castro en la ciudad de Villavicencio, en las siguientes fechas:

* En el Cuaderno No. 2 obra copia del Contrato V.A. 002924 del 7 de abril de 2003 suscrito entre el Seguro Social y la demandante por el lapso de dos (2) meses y quince (15) días contados a partir del 16 de abril y el 30 de junio de 2003.
* Contrato de Prestación de Servicios No. V.A. 016178 del 1 de julio de 2003, con plazo de duración de cinco (5) meses, contados a partir del 1 de julio al 30 de noviembre de 2003 (Cuaderno No. 2).
* Adicional No. 01 del Contrato de Prestación de Servicios No. V.A. 016178, adicionado por un término de catorce (14) días contados a partir del 16 de diciembre de 2003 al 29 de diciembre de 2003 (Cuaderno No. 2).
* Adicional No. 2 del Contrato de Prestación de Servicios No. V.A. 016178 por un término de ejecución de un (1) mes y quince (15) días, con vigencia hasta el 14 de febrero de 2004 (Cuaderno No. 2).
* Contrato de Prestación de Servicios No. 076, por un plazo de un (1) mes y dieciséis (16) días contados a partir del 15 de febrero de 2004 (ff. Cuaderno No. 2)
* Contrato de Prestación de Servicios No. 192, por un plazo de un (1) mes contado a partir del 1 de abril de 2004 (Cuaderno No. 2)

En el Cuaderno No. 2 obra copia de la cesión de Contrato de Prestación de Servicios Profesionales o de Apoyo a la Gestión de la Administración entre el Instituto de Seguro Social y la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, a partir del 1 de julio de 2003, todos los derechos y obligaciones contenidos en el Contrato V.A. 016178 celebrado con la demandante, cuyo objeto era la prestación de servicios como Auxiliar de Enfermería en la Clínica Carlos Hugo Estrada Castro de Villavicencio.

Fueron incorporados al plenario, los cuadros de turnos realizados por la demandante en la Clínica Carlos Hugo Estrada Castro para los años 2003, 2004 y 2005.

**2.3.2. Marco normativo y jurisprudencial aplicable**

La Sala entrará a estudiar lo relativo al contrato de prestación de servicios, para establecer que el mismo no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y, conforme a ello, en aras de hacer evidente la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir al precepto del artículo 53 de la Constitución Política, que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

Así las cosas, se reitera lo expuesto en la sentencia de 16 de julio de 2009, con radicación 85001-23-31-000-2003-00478-01 (No. Interno 1258 - 2007) y en la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, con radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, en relación con los elementos y características propias del contrato de prestación de servicios y su distinción con las relaciones de carácter laboral[[6]](#footnote-6). Por ende se retoman los aspectos desarrollados en los precedentes, en punto del marco conceptual, legal y jurisprudencial de la figura de prestación de servicios frente a las relaciones laborales de carácter legal y reglamentario.

El artículo 122 de la Constitución Política, respecto del empleo público, consagra lo siguiente:

*“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1º)... ”*

Por su parte, el artículo 125 *ibídem*, dispone:

*“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”.*

De acuerdo con las citadas normas, el régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado: a) de los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) de los trabajadores oficiales (relación contractual laboral); y, c) de los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).

En el caso de los contratos de prestación de servicios, si se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir a la justicia ordinaria cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.

La contratación por prestación de servicios con el Estado ha sido desarrollada por nuestra legislación a través del Decreto Ley 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y por la Ley 190 de 1995.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, dispone:

“*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”.*

La Corte Constitucional en la sentencia C -154 de 1997[[7]](#footnote-7), al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita, estableció las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, concluyendo que:

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

Adicionalmente, el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, dispuso:

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

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

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

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

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

La parte subrayada fue demandada ante la Corte Constitucional, que mediante sentencia C - 614 de 2009, señaló entre otros criterios, la permanencia como un elemento más que indica la existencia de una verdadera relación laboral.

Si bien la legislación colombiana ha previsto la posibilidad de acudir a la contratación de prestación de servicios, en los casos y para los fines señalados en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, de igual forma se ha establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica.

El artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 prevé que *“****en ningún caso*** *podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente,* ***en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto*** *(…)**la función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad”* (Resaltado fuera de texto).

La Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, dispuso en materia de empleo público:

***“Art. 19 El Empleo Público.***

*1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.*

*2. El diseño de cada empleo debe contener:*

*a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;*

*b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;*

*c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales” (…)”*

Para que una persona natural desempeñe un cargo en calidad de empleado público (relación legal y reglamentaria), es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en la ley, esto es, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso), seguida de la posesión, previo a ejercer las funciones propias de dicho empleo.

Por otra parte, como ya se ha dicho para evitar el uso indebido del contrato de prestación de servicios, la Ley 790 de 2002, por medio de la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República, prevé:

*“ARTÍCULO 17. PLANTAS DE PERSONAL. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.*

*En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.*

*PARÁGRAFO. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública”* (subrayado fuera de texto).

Por su parte, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Único Disciplinario, establece en el artículo 48, numeral 29 como falta gravísima:

*“29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”.*

Como puede observarse, el ordenamiento jurídico ha previsto no solo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino también, sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal.

Ahora bien respecto a la solución de controversias judiciales con ocasión de los contratos de prestación de servicios, es necesario referirse al principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, el cual tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad, el efecto del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con el fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado*[[8]](#footnote-8)*.

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional establece que el trabajo es un derecho fundamentalque goza *"... en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado".* De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003[[9]](#footnote-9), la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad negó las pretensiones de la demanda, porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento “*coordinación”*. No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento “*subordinación*”, aspecto trascendente que como se anotó, requiere ser acreditado plenamente en la tarea de descubrir la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido ***personal*** y que por dicha labor haya recibido una ***remuneración*** o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista ***subordinación*** o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público 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 vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte demandante demostrar la *permanencia*, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y *la equidad o similitud*, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia[[10]](#footnote-10) para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral.

Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales, a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, que ocultó una verdadera relación laboral, por el solo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, como lo ha reiterado esta Corporación en diferentes fallos, entre los cuales cabe resaltar la sentencia de 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, C.P. Tarsicio Cáceres Toro, la cual efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, precisando que:

*“(…) para que una persona natural* ***desempeñe un EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA)*** *que se realice su* ***ingreso al servicio público*** *en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir,* ***requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión****, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la* ***persona nombrada y posesionada*** *es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente”.*

**2.3.3. Caso concreto**

La Sala entrará a precisar, en primer término, si la señora Myriam Yolanda Martínez Pardo, se le puede considerar como funcionaria de hecho, conforme así lo solicitó en las pretensiones de la demanda.

De acuerdo a lo establecido por la doctrina[[11]](#footnote-11) se denomina funcionario de hecho a la persona que, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario. Su origen radica en la existencia de un título que lo habilita para el ejercicio de la función pública pero por causas anteriores o supervivientes resulta inválido o deja de surtir efectos, por ejemplo, cuando se designa a una persona que no reunía las condiciones legales exigidas, y se revoca su designación; o cuando el funcionario que posteriormente a su nombramiento se inhabilita para el ejercicio del cargo y que, no obstante, continúa ejerciéndolo, o el que permanece en funciones luego de vencido el término de su mandato, etc. También se presenta en épocas de anormalidad institucional producida por guerras, revoluciones, grandes calamidades, etc. Sin embargo, en estos casos es frecuente que asuman el ejercicio de funciones públicas quienes no tienen título legal alguno.

Así las cosas, para que se configure la existencia de un funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional se hace necesario que exista de “*jure”* el cargo y el ejercicio irregular de las funciones en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente.

Esta tesis ha sido acogida de tiempo atrás por el Consejo de Estado, quien mediante sentencia del 8 de marzo de 2001, sostuvo[[12]](#footnote-12):

***“****Para la Sala es indudable que el nombramiento del actor, como Auditor del Grupo de Auditoría Interna, por ser de nivel profesional, conforme a los Estatutos del ente demandado (f.11), requería de la previa aprobación por la Junta Directiva, lo cual no ocurrió, según se deduce del respectivo acto (f.3) y frente a la inexistencia de ella en el expediente, como lo alegó el Hospital en la contestación de la demanda.*

*Según la jurisprudencia de la Corporación (ver sentencia 16 agosto/63, Anales 2º semestre 1963, tomo 67, pag. 57), el funcionario de hecho “es aquel que desempeña un cargo en virtud de una investidura irregular.”; como es el caso del actor, que ingresó al servicio sin que la Junta Directiva hubiera aprobado su nombramiento (f.3).*

*Ahora bien, como es requisito para que esta jurisdicción ordene el reintegro de un funcionario, que el nombramiento que recobraría vigencia por la nulidad del acto que lo declaró insubsistente, se acomode a derecho, y ya se vio que el del demandante no lo está, es evidente que la Sala, aun partiendo de la nulidad del acto de remoción acusado, por la misma razón de faltarle la previa aprobación de la Junta Directiva, no podría ordenar su reintegro y la consecuente orden del pago de los haberes dejados de percibir, porque ello implicaría revivir una situación jurídica contraria a derecho.*

*Por consiguiente, sin necesidad de más argumentaciones, la Sala revocará la sentencia apelada y, en su lugar denegará las pretensiones de la demanda”.*

Recientemente, ésta Sala acogió dicha postura, en sentencia de 6 de agosto de 2010, dentro del expediente con radicación No. 2079-2009, en la que concluyó lo siguiente:

*“(…)*

*En conclusión, los requisitos esenciales para la configuración del funcionario de hecho son que existan de jure el cargo y las funciones ejercidas irregularmente, y que el cargo se haya ejercido en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente.*

*(…)” (Subrayas del texto).*

Conforme con lo anterior, la demandante si bien desempeñó las mismas funciones que los funcionarios de planta – designados regularmente – también lo es que fue en virtud de los diversos contratos de prestación de servicios que obran en el expediente, no se le puede considerar como funcionaria de hecho, tal y como se pretende en la demanda.

Sentado lo anterior, la Sala entrará a precisar si entre la señora Myriam Yolanda Martínez Pardo y la E.S.E. Policarpa Salavarrieta existió una relación laboral que dé lugar al reconocimiento y pago de las acreencias laborales en el período comprendido entre el 27 de junio de 2003 al 26 de abril de 2005, teniendo en cuenta que tal y como lo estableció el Tribunal de instancia, el período reclamado entre el 14 de junio de 1994 al 26 de junio de 2003, ya fue objeto de decisión judicial respecto de la existencia de la relación laboral por parte de la jurisdicción ordinaria (ff. 214 a 253), que no amerita pronunciamiento alguno por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa y adicionalmente, no fue objeto del recurso de apelación impetrado.

De las pruebas aportadas al proceso, se pudo establecer que la demandante prestó sus servicios como Auxiliar de Enfermería en la Clínica Carlos Hugo Estrada Castro en la ciudad de Villavicencio, mediante Contrato de Prestación de Servicios No. V.A. 016178 del 1 de julio de 2003, con un plazo de duración de cinco (5) meses, contados a partir del 1 de julio al 30 de noviembre de 2003, adicionado mediante el Adicional No. 01 del 1 de diciembre de 2003, por un término de catorce (14) días contados a partir del 16 de diciembre de 2003 al 29 de diciembre de 2003. Posteriormente, fue adicionado nuevamente a través del Adicional No. 2 del 30 de diciembre de 2003 por un término de ejecución de un (1) mes y quince (15) días, con vigencia hasta el 14 de febrero de 2004 (ver cuaderno No. 2).

Obra copia de la Cesión de Contrato de Prestación de Servicios Profesionales o de Apoyo a la Gestión de la Administración entre el Instituto de Seguro Social y la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, a partir del 1 de julio de 2003, respecto de todos los derechos y obligaciones contenidos en el Contrato V.A. 016178 celebrado con la demandante, cuyo objeto es la prestación de servicios como Auxiliar de Enfermería en la Clínica Carlos Hugo Estrada Castro de Villavicencio.

También aparece copia del Acta de Reanudación del contrato de prestación de servicios celebrado entre la E.S.E. Policarpa Salavarrieta y la señora Martínez Pardo a partir del 17 de agosto de 2003, toda vez que había sido suspendido en su ejecución por el término de 15 días, a partir del 2 de agosto de 2003 (Cuaderno No. 2).

Por medio del Contrato de Prestación de Servicios No. 076, la demandante se obligó a brindar asesoría como Auxiliar de Enfermería por 8 horas con la E.S.E. Policarpa Salavarrieta por un término de ejecución de un (1) mes y dieciséis (16) días, contados a partir del 15 de febrero de 2004 (Cuaderno No. 2); y a través del Contrato de Prestación de Servicios No. 192 se comprometió a prestar sus servicios por un (1) mes contado a partir del 1 de abril de 2004 (Cuaderno No. 2). Sin embargo, de los hechos de la demanda se pudo establecer que la demandante suscribió contratos de prestación de servicios con la Cooperativa de Trabajo SIPRO hasta el 26 de abril de 2005 fecha en que terminó las labores encomendadas con dicha cooperativa.

De lo anterior se advierte que entre la demandante y la E.S.E. Policarpa Salavarrieta no existió una verdadera relación laboral, pues si bien se infiere la prestación personal del servicio conforme a los diversos contratos de prestación de servicios obrantes en el plenario, en los que se consignaron los términos y condiciones para ejercer la labor encomendada como Auxiliar de Enfermería y en donde las funciones desempeñadas por la actora eran del resorte de la entidad prestadora de salud; la demandante no demostró el elemento subordinación, como requisito necesario para establecer si bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios, se ocultó la verdadera relación laboral entre las partes, en cuanto simplemente se limitó a allegar copias de los contratos de prestación de servicios y los turnos asignados para el cumplimiento del objeto de los mismos, sin que obren documentos o declaraciones tendientes a demostrar dichas afirmaciones y en este sentido, la parte demandante no cumplió con la carga de la prueba, que le impone demostrar los supuestos fácticos en que se apoyan sus pretensiones.

La Sala trae a colación la sentencia del 5 de agosto de 2010[[13]](#footnote-13) en la cual al resolver un caso similar al aquí planteado, se concluyó:

*“(…)*

*Tampoco puede considerarse que durante el tiempo en que ejerció las funciones de (Auxiliar de Servicios Asistenciales –Auxiliar de Enfermería[[14]](#footnote-14)) mediante los contratos de prestación de servicios, hubiera gozado de la calidad de funcionaria de hecho como lo señaló el Tribunal, pues para que ello ocurra se requiere la existencia jurídica del cargo, y las funciones ejercidas irregularmente, y que el cargo se haya ejercido en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente, situación que, en el presente caso no se cumple. Ahora bien, en el evento que existiera un cargo en la planta de personal de idéntica denominación, no conlleva a concluir como erradamente lo hizo el a quo, que la demandante haya ocupado dicho cargo, pues el título de su vinculación fue en virtud de un contrato de prestación de servicios que le dio la calidad de contratista.*

*Es claro que no se puede reintegrar a quien no ha estado vinculado laboralmente, ni mucho menos, efectuar el pago de prestaciones sociales a un contratista que, conforme a la Ley 80 de 1993, no tiene derecho a ellas, a menos que, se demuestre un verdadero vínculo laboral.*

*(…)*

*El contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución.*

*Vale la pena precisar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:*

*“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”.[[15]](#footnote-15)*

*Al respecto, la jurisprudencia ha explicado que “Esa exigencia normativa para el demandante, también demarca para el demandado el terreno de su defensa” y “coloca al juez en el conocimiento del por qué quiere el actor enervar la presunción de legalidad del acto administrativo”.[[16]](#footnote-16)*

*(…)*

*En consecuencia, al no proceder el reintegro en el caso concreto, en tanto que se trata de una Auxiliar de Enfermería en la modalidad de contratista de prestación de servicios, que no hace parte de la planta de personal, ni de la estructura interna de la Entidad demandada, se revocará la sentencia apelada que accedió a las pretensiones de la demanda, para en su lugar denegarlas.*

*(…).”*

Por lo anterior, vale la pena precisar que no se puede reintegrar a quien no ha estado vinculado laboralmente, ni realizar el pago de prestaciones sociales a quien ejerce como contratista, pues conforme con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, no tiene derecho a su reconocimiento, a no ser que se demuestre la existencia de la relación.

Así las cosas, no tiene razón la apelante de pretender se declare la existencia de un contrato realidad, al no lograr demostrar a lo largo del proceso, que reunía los elementos propios que tipifican la relación laboral que hiciera viable que en su caso, se configuraba el fenómeno jurídico del contrato realidad, motivo por el cual la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

La Sala no pasa por alto que la demandante no haya agotado debidamente la vía gubernativa respecto a que se declarara la existencia de un contrato realidad con ocasión de la suscripción de los contratos de prestación de servicios y el consecuente reconocimiento y pago de las prestaciones sociales en su presunta condición de funcionaria de hecho; pues como bien se observa en el derecho de petición elevado el 6 de julio de 2005 ante la entidad demandada solicitó el reintegro al cargo de Auxiliar de Enfermería, pretensión que difiere a las solicitadas en el libelo de la demanda, lo que haría imposible abordar el estudio del tema. Sin embargo, en aras de hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el formal, se estudió los planteamientos expuestos en la demanda y en el recurso, a efectos de evitar decisiones inhibitorias.

**III. DECISIÓN**

Atendiendo la normatividad en cita y el acervo probatorio, la Sala concluye que la decisión de primera instancia fue acertada, en cuanto la demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre el acto administrativo demandado, razones suficientes para confirmar la sentencia del 6 de noviembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO.- CONFÍRMASE** la sentencia del seis (6) de noviembre de dos mil trece (2013), proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, que negó las súplicas de la demanda promovida por la señora Myriam Yolanda Martínez Pardo en contra de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.-** Se reconoce personería jurídica al doctor Alexander Córdoba Londoño abogado con T.P. No. 177.397 del C. S. de la J., para que ejerza la representación judicial de la Nación, Ministerio de Salud y Protección Social, ESE Policarpa Salavarrieta, en los términos y para los efectos del poder visible a folios 359 a 373 del expediente.

**TERCERO.-** Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

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

**CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

**SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ CARMELO PERDOMO CUÉTER**

1. Ver hechos de la demanda, visible a folio 3 del expediente. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver hechos de la demanda, visible a folio 4 del expediente. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver hechos de la demanda, visibles a folio 5 del expediente. [↑](#footnote-ref-3)
4. Se refiere a lo obrante a folios 214 a 233 del expediente. [↑](#footnote-ref-4)
5. 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 o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. [↑](#footnote-ref-5)
6. *Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16* [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ibídem. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P. Tarsicio Cáceres Toro. [↑](#footnote-ref-10)
11. SAYAGUES LASO. Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Cuarta Edición, Montevideo 1974, páginas 300 a 302. [↑](#footnote-ref-11)
12. Expediente No. 08001-23-31-000-1995-9370-01 (417-00). Actor. Edmundo Drago M. Magistrado Ponente. Nicolás Pájaro Peñaranda. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia de 6 de agosto de 2010, dentro del expediente No. 2079 – 2009, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila. [↑](#footnote-ref-13)
14. No existe claridad cual fue la denominación del cargo desempeñado por la demandante. [↑](#footnote-ref-14)
15. Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda. [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado, Sección Tercera.  Sentencia de 13 de julio de 2000, expediente No. 11744.  Sobre el carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, también pueden consultarse: Consejo de Estado, Sección Primera.  Sentencia de 15 de mayo de 2002, expediente No. 7898; sentencia de 18 de abril de 2002, expediente No. 6536; sentencia de 28 de junio de 2001, expediente No. 6502.  Consejo de Estado, Sección Tercera.  Sentencia de 8 de agosto de 2002, expediente No. 10952; sentencia de 27 de enero de 2000, expediente No. 10867.  Consejo de Estado, Sección Cuarta.  Sentencia de 26 de abril de 2002, expediente No. 12327.  Consejo de Estado, Sección Quinta.  Sentencia de 24 de abril de 2003, expediente No. 3014. [↑](#footnote-ref-16)