**CONTRATO REALIDAD − Prestación de servicios − Prueba**

En materia probatoria, la presunción que se establece en la citada norma opera de forma distinta cuando se trata en materia laboral ordinaria, ya que se está dejando la carga de la prueba en manos del empleador, caso distinto ocurre, cuando se involucran relaciones entre los servidores públicos o particulares frente al Estado, los cuales deberán asumir esa carga siempre que intenten develar una relación laboral a través de un contrato de prestación de servicios. En efecto, quien demande, tiene que desvirtuar inicialmente la presunción del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y consecuentemente la del acto administrativo mediante el cual se nombró.

**CONTRATO REALIDAD − Elementos**

Es así, que es inminente que se prueben los elementos de la relación laboral, esto es: la actividad personal del trabajador, subordinación continuada y dependencia del trabajador y remuneración como retribución del trabajo prestado, para que se pueda configurar un contrato de trabajo.

**CONTRATO REALIDAD − Restablecimiento – Regla indemnizatoria – Pago – Diferencia de aportes**

No obstante, lo anterior, debe aclararse que en cuanto a los aportes a pensión y salud que fueron ordenados a pagar al actor, lo correcto es que […] [a] título de indemnización, procedente es que, en aras de garantizar el derecho pensional, es que a título de restablecimiento del derecho la Administración determine mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el actor, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador, en los periodos en los que se demostró la relación laboral […].

Para tales efectos, el interesado deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN "B"**

**Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020).

**Radicación número: 05001-23-33-000-2016-01224-01(5700-18)**

**Actor: VÍCTOR MARIO BERMÚDEZ PARRA**

**Demandado: METROSALUD ESE**

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

La Sala decide el recurso de apelación que presentó la parte demandada contra la sentencia adiada el 26 de julio de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo Antioquia, mediante la cual se accede a las pretensiones de la demanda.

###### ANTECEDENTES

**La demanda[[1]](#footnote-1)**

1. El señor VÍCTOR MARIO BERMÚDEZ PARRA, mediante apoderada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra de la E.S.E. METROSALUD, para que sedeclare la existencia una relación laboral entre las partes del litigio (fl.1).

**Pretensiones**

1. Se declare nulo el acto administrativo contenido en el Oficio No. D - 34 de 7 de enero de 2016 (fls.13 a 15), que expide la Jefe Oficina Asesora Jurídica de la E.S.E. METROSALUD, y que niega al actor la reclamación administrativa de reconocimiento y pago de todos los derechos laborales y prestacionales, como MÉDICO GENERAL DE TIEMPO COMPLETO vinculado de planta a esa Empresa (fl.3).
2. Conforme a lo anterior se declare la existencia de una relación laboral, sin solución de continuidad entre las partes de la demanda, durante el periodo del 14 de agosto de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2012 (fl.3). Así, se reconozca y pague al demandante todos los derechos laborales y prestacionales causados en dicho periodo conforme a la escala salarial de un MÉDICO GENERAL DE TIEMPO COMPLETO de planta de la METROSALUD (fl.3). A las demás consecuenciales.

**Fundamentos fácticos**

1. Interpone demanda el señor VÍCTOR MARIO BERMÚDEZ PARRA, quien se queja de haber prestado sus servicios para METROSALUD, ejerciendo funciones como MÉDICO GENERAL, pero en las mismas condiciones que lo hacían sus pares de planta, sin el reconocimiento prestacional de ellos, lo cual se produjo por medio de reiterados contratos de prestación de servicios, el último terminado sin justa causa, sin solución de continuidad, cumpliendo un horario asignado en forma habitual y permenente que iba de 1 de la tarde a 7 de la noche, el cual fue impuesto por el Director del Centro de Salud.
2. Por lo anterior recibió una remuneración, cumpliendo las funciones dentro de las instalaciones de la E.S.E., bajo subordinación a un jefe inmediato quien era el mismo Director, y usando los elementos de la misma, desde el 14 de septiembre de 2009 y hasta el 31 de diciembre de 2012 (fls.1 a 3).
3. Se establece dentro del plenario, que el actor elevó derecho de petición, ante la demandanda, solicitando el reconocimiento de una relación laboral y el consecuente pago de prestaciones sociales, el 16 de diciembre de 2015 (fl.13), ante lo cual esta respondió mediante el acto demandado, negando dichas espectativas (fls.13 a 15).
4. Se constata audiencia de conciliación extrajudicial declarada fallida entre las partes, ante la Procuraduría 143 - Judicial II para Asuntos Administrativos en Medellín - Antioquia, el 10 de mayo de 2016 (fl.11), interpuso demanda el actor ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 18 de mayo de 2016 (fl.97), admitida el 24 de junio de 2016 (fl.128), con sentencia de 26 de julio de 2018, la cual accede a las pretensiones de la demanda (fls. 268 a 282) y que fuera apelada por la accionada, el 25 de abril de 2018 (fls. 286 a 291).

**Concepto de violación**

1. Son consideraciones del actor (i) la violación del principio de primacía de realidad sobre las formalidades estando en contravía del artículo 53 de la Constitución Política, se encubre una verdadera relación laboral, en la cual prestó un servicio en las mimas condiciones a un profesional semejante de planta bajo reiterados contratos de prestación de servicios, acusando el acto por ello incurso en (ii) falsa motivación (fls.5 y 6).

**Oposición a la demanda[[2]](#footnote-2)**

1. La entidad accionada sostiene que deben despacharse desfavorablemente las pretensiones de la demanda, insistiendo en que la contratación reglada bajo la Ley 80 de 1993, por medio de la cual se sostuvo el vínculo contractual con el actor es permitida por la legislación cuando de alcanzar los fines de la entidad contratante se trata (fl.146).
2. Así, indica que las Empresas Sociales y Comerciales del Estado se les exige establecer su propio régimen de contratación y ser autosostenibles utilizando para ello todas las prerrogativas que otorga el derecho privado, consiguiendo así la economía para la eficaz prestación de los servicios de salud que la comunidad requiera (fl.147).
3. En todo caso, refiere que atendiendo a los contratos suscritos entre las partes se determina que el cumplimiento de los objetos contractuales estuvo enmarcado dentro del principio de coordinación más nunca de subordinación, sin sometimiento a las normas disciplinarias estatuidas para los funcionarios de planta (fl.148).

###### Sentencia apelada[[3]](#footnote-3)

1. La sentencia de instancia accede parcialmente a las pretensiones de la demanda, encontrando que se demuestra que bajo los reiterados contratos de prestación de servicios se encubrió una verdadera relación laboral atendiendo a que el convocante ejecutó una labor propia de la empresa demandada, la cual se desarrolló en igualdad de condiciones a la de un médico de planta, con unos horarios establecidos según lo dispuesto por esta, donde se pagó una remuneración, hubo una prestación personal del servicio y una subordinación plenamente probada en los testimonios y documentos aportados, la cual se presentó más allá del tiempo estrictamente necesario (fls.275 y 276).
2. De tal forma que el Colegiado de Instancia ordena declarar (i) Imprósperas las excepciones propuestas por la accionada (ii) la nulidad del oficio demandado, (ii) la existencia de una relación laboral entre las partes por el periodo del 14 de agosto de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2012, y en consecuencia a título de restablecimiento del derecho condenar a la entidad demandada al pago de (iii) la diferencia por concepto de salarios y prestaciones de un empleado de planta de las mismas condiciones del demandante (Médico General) y lo que devengó por honorarios en los contratos de prestación de servicios, (iv) pagar a favor del demandante los porcentajes de cotización únicamente en lo que le correspondía a la accionada y (v) condena en costas a la vencida.

###### Recurso de apelación[[4]](#footnote-4)

1. E.S.E. METROSALUD, propone su recurso de apelación sustentado en tres vértices (i) el oficio afectado de nulidad estuvo de acuerdo a los fundamentos normativos de la Ley 80 de 1993, atendiendo a la imposibilidad de satisfacer la necesidad en la prestación del servicio con el personal de planta (fl.287). (ii) La subordinación fue confudida con la coordinación obligada de un contrato de prestación de servicios, no estando probada la primera dentro del proceso (fl.288) y (iii) en todo caso es injusta la condena en costas a la parte vencida pues no existió deslealtad procesal (fl.291).

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

1. El actor reiteró lo expuesto en su demanda (fls.158 a 160). La demandada insiste en lo afirmado en su escrito de apelación (fls.164 a 169). El Ministerio Público no presentó Concepto (fl.175).

###### CONSIDERACIONES

**Planteamiento del problema jurídico**

1. De acuerdo a los argumentos expuestos por el apelante, el problema jurídico se contrae a determinar si en la sentencia de primera instancia se realizó una adecuada valoración de las pruebas obrantes en el proceso con lo cual se probaron a su juicio los elementos de la relación laboral, en especial la subordinación.
2. Para dilucidar el problema jurídico planteado, se analizará la normatividad y la jurisprudencia relacionada al contrato realidad, para proceder al estudio de las pruebas recaudadas a fin de establecer si sobrevino la realidad sobre las formas.

**Normatividad y jurisprudencia aplicable al caso concreto**

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

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

(…)

**3o. Contrato de Prestación de Servicios.**

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.” (Subrayado propio)

1. De tal forma, en cuanto tiene que ver con la contratación de personas naturales, la norma exige que solo se celebraran tratándose de estas, cuando: (i) no puedan realizarse con el personal de planta o se (ii) requieran de conocimientos especializados.
2. De allí, que la consecuencia jurídica lógica, radica en que no se generará una relación laboral y con ello tampoco se producirá ningún tipo de prestación social, además de tener un límite temporal, siendo solo posible por el término indispensable para el cumplimiento de la labor contratada.
3. Justamente la Corte Constitucional en Sentencia C-154-97, estableció que el ejercicio de tal potestad es ajustado a la Carta Política, siempre y cuando la administración no la utilice para ocultar la existencia de una verdadera relación laboral personal subordinada y dependiente. En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial, **la subordinación** y dependencia del trabajador respecto del empleador.
4. En este mismo sentido, la sentencia de Unificación[[5]](#footnote-5) de la Sección Segunda de esta Corporación, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter, indicó:

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Por su parte, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo[[7]](#footnote-7), señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:

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

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

1. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.” (Subrayado propio)

1. Aquí se debe precisar, que en materia probatoria, la presunción que se establece en la citada norma opera de forma distinta cuando se trata en materia laboral ordinaria, ya que se está dejando la carga de la prueba en manos del empleador, caso distinto ocurre, cuando se involucran relaciones entre los servidores públicos o particulares frente al Estado, los cuales deberán asumir esa carga siempre que intenten develar una relación laboral a través de un contrato de prestación de servicios.
2. En efecto, quien demande, tiene que desvirtuar inicialmente la presunción del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y consecuentemente la del acto administrativo mediante el cual se nombró. Es así, que es inminente que se prueben los elementos de la relación laboral, esto es, (i) la actividad personal del trabajador, (ii) subordinación continuada y dependencia del trabajador y (iii) remuneración como retribución del trabajo prestado, para que se pueda configurar un contrato de trabajo.

**El caso concreto**

1. Se tiene que el médico VÍCTOR BERMÚDEZ PARRA, dice haber laborado para la E.SE. METROSALUD, informando que en el periodo comprendido desde el 14 de agosto de 2009, hasta el 31 de diciembre de 2012, laboró como MÉDICO GENERAL. Manifiesta que fue contratado por reiterados contratos de prestación de servicios que buscaron evadir la existencia del verdadero vínculo laboral que sostuvo con esa EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO.
2. De tal forma, se encuentran aportados por la demandante y demandanda e incorporados en debida forma, según se aprecia en audiencia inicial del 16 de marzo de 2017 (fl.212), los contratos suscritos entre los extremos procesales (fls.163 a 189), los cuales así mismo se aceptan por METROSALUD en la contestación de la demanda (fls.142), y que relacionan los vínculos contractuales con el actor así:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Número de Contrato** | **Plazo** | **Valor** | **Fechas** | **Objeto** |
| SIN NUMERO Suscrito el 14 de agosto 2009 (fl.163) | 6 meses y 14 días | $33.452.011 | 14 de agosto a 31 de diciembre de 2009 adicionado hasta el 28 de febrero de 2010 (fl.166) | El CONTRATISTA se obliga para con METROSALUD a prestar sus servicios personales como MÉDICO GENERAL T.C. Lo anterior de acuerdo con la programación que METROSALUD requiera. |
| 214 Sin fecha de suscripción (fl.167) | 8 meses y 15 días | $39.544.178 | 1 de marzo al 31 de agosto de 2010 adicionado hasta el 15 de octubre de 2010 (fl.170) | Ibídem. |
|  |  |  | Interrupción de 14 días |  |
| 980 suscrito 29 octubre de 2010 (fl.171) | 2 meses | $10.533.602 | 1 de noviembre al 31 de diciembre de 2010 | Ibídem. |
| 028 suscrito 1 de enero de 2011 (fl.174) | 6 meses | $32.015.160 | 1 de enero a 30 de junio de 2011 |  |
| 1516 sin fecha de suscripción (fl.177) | 6 meses y 15 días | $34.789.807 | 1 de julio al 31 de diciembre de 2011 adicionado hasta el 15 de enero de 2012 (fl.180) |  |
|  |  |  | Interrupción 13 días |  |
| 428 sin fecha de suscripción (fl.181) | 6 meses | $33.295.764 | 1 de febrero a 31 de julio de 2012 |  |
| 2148 sin fecha de suscripción (fl.184) | 5 meses | $22.102.893 | 1 de agosto a 30 de noviembre de 2012 adicionado hasta el 31 de diciembre de 2012 (fl.187) |  |

1. Como objeto de los precitados contratos se estableció:

“El CONTRATISTA se obliga para con METROSALUD a prestar sus servicios personales como MÉDICO GENERAL T.C. **Lo anterior de acuerdo con la programación que METROSALUD requiera**”. (Resalta la Sala)

1. También se incorporó y pactó dentro de aquellos:

**“SEGUNDA: EJECUCIÓN y CONTINUIDAD DEL SERVICIO:** Para la ejecución del presente contrato EL **CONTRATISTA** realizará con la mayor diligencia, disposición, oportunidad, eficiencia y respeto las actividades, intervenciones y procedimientos de Médico General T.C. prestando sus servicios personales de acuerdo a la programación entregada por METROSALUD. EL **CONTRATISTA** deberá acogerse a los procesos, procedimientos, guías de atención o protocolos definidos por **METROSALUD.”** (Resalta la Sala)

1. Se encuentra según la documental descrita, que el actor sostuvo una relación contractual sin solución de continuidad por el periodo del 14 de agosto de 2009 y hasta el 31 de diciembre de 2012, en consideración a que no acaeció interrupción superior a 15 días hábiles, entonces las pretensiones sobre los contratos alegados, se consideran idóneas de ser estudiadas para establecer la posible existencia de los elementos de la relación laboral.
2. Lo anterior, en cuanto al realizar el estudio del fenómeno prescriptivo, se consigue establecer, que al elevar su petición ante la administración el actor, el día 16 de diciembre de 2015 (fl.13), y constatado que el último vínculo contractual culminó el día 31 de diciembre de 2012, probado resulta que no acaece la prescripción sobre las pretensiones de los contratos debatidos, siendo que no transcurrió un plazo superior a tres años en contra de la disposición del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, para solicitar por vía administrativa el reconocimiento de la relación laboral y por ende el pago de los salarios y prestaciones, interrumpiendo dicho fenómeno jurídico.
3. Entonces, frente a los elementos del contrato realidad, aparece aceptado por las partes del litigio la (i) prestación personal del servicio y (ii) una remuneración por el mismo, lo cual también se verifica en lo corrido del proceso, más se discrepa del elemento de la subordinación del cual el recurrente niega su probanza, e indica la indebida valoración probatoria de los testimonios recepcionados, depuestos en audiencia de pruebas de 30 de marzo de 2017 (fl.223 y CD), rendidos así:

BLANCA RUBY TIRADO MEJÍA, auxiliar de enfermería, quien afirma conocer al demandante, compartiendo una experiencia directa de los hechos desarrollados en el litigio al ser compañera de trabajo del galeno y GERMÁN ARTURO RESTREPO, médico que laboró para la convocada, y quien indica tener también experiencia directa de la manera en que se ejecutaron las funciones por parte del demandante y los aspectos contractuales de la relación entre los extremos procesales.

Así, al constatar ambas escuchas, la Sala establece que son coincidentes frente a (i) que la ejecución de las funciones era la misma por parte de los médicos generales de planta y las que ejecutó el demandante como contratista, (ii) existió un cumplimiento estricto de horarios por parte del médico, dentro de las instalaciones de institución de salud, atendiendo a los turnos que eran impuestos por esa contratante, y (iii) se debían atender las órdenes dictadas por el Director de la Unidad Hospitalaria.

1. Ahora bien, se cotejará lo antedicho con los cuadros de turnos aportados, firmados por el Director de la Unidad Médica y que indican que por los años de mayo de 2009 a diciembre de 2012, al actor se le asignaron estos en igualdad de condiciones que los otros médicos (fls.40 a 92), los cuales se aprecia no fueron acordados.
2. No obstante, se indicará que los aspectos revisados se afirman por sí mismos, en el objeto de los contratos transcritos, como de otras especificidades determinadas en los mismos, atiéndase a que se escribe que las funciones deberán ser desarrolladas *“de acuerdo con la programación que METROSALUD requiera”* y *“prestando sus servicios personales de acuerdo a la programación entregada por METROSALUD”,* obligando al CONTRATISTA en cuanto para ello ***“****deberá acogerse a los procesos, procedimientos, guías de atención o protocolos definidos por METROSALUD.”*
3. De tal forma, probados en suma resultan los elementos de una verdadera relación laboral atendiendo a los principios de la sana crítica al revisar el caudal probatorio obrante, siendo incuestionable (i) que existió ánimo permanente de contratar al actor por parte de la entidad accionada al reflejarse la continuada y atemporal contratación descrita, atendiendo a que las funciones desarrolladas son de (ii) la naturaleza y objeto “resorte” de la entidad demandada, y fueron desarrolladas de forma (iii) subordinada, tal como se desprende de los testimonios y documental aportados, por lo cual se confirmará la sentencia recurrida.
4. No obstante lo anterior, debe aclararse que en cuanto a los aportes a pensión y salud que fueron ordenados a pagar al actor, lo correcto es que a título de indemnización, procedente es que en aras de garantizar el derecho pensional, es que a título de restablecimiento del derechola Administración determine mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el actor, y **cotizar al respectivo fondo de pensiones** la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador, en los periodos en los que se demostró la relación laboral.
5. Para tales efectos, el interesado deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.
6. En cuanto a la condena en costas a la parte vencida, la jurisprudencia de la Sala[[8]](#footnote-8) en dicha temática ha precisado que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y **que principalmente aparezcan causadas y comprobadas**, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP.
7. Al realizar un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, no se encuentra evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada, por ello, esta sentencia se abstendrá de condenarla en costas, revocando el numeral que resuelve lo pertinente en la instancia.
8. Finalmente, pese a encontrarse probados los elementos de la relación laboral, se dirá que esto no implica que la accionante detente la condición de empleado público en miramiento a que no existen los elementos de una relación legal y reglamentaria en cuanto al artículo 122 de la Constitución Política.

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

**FALLA**

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

**SEGUNDO:** Aclarar el numeral “CUARTO” según se explicó sobre los aportes para pensión.

**TERCERO: REVÓQUESE** del fallo recurrido el numeral “SEXTO” en cuanto condenó en costas a la parte vencida.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.

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

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**CARMELO PERDOMO CUÉTER CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

**Relatoría:** AJSD/Dcsg/Lmr.

1. Folios 1 a 7. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 189 a 197. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 268 a 282. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 299 a 304. [↑](#footnote-ref-4)
5. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. Consejero Ponente: Dr. CARMELO PERDOMO CUÉTER. Bogotá D.C., Veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), radicación número: 230012333000201300260 01 (0088-15) CE–SUJ2-005-16. [↑](#footnote-ref-5)
6. En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10). [↑](#footnote-ref-6)
7. Modificado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset Ibarra Vélez. [↑](#footnote-ref-8)