

## **CONTRATO REALIDAD – Relación laboral – Antecedente jurisprudencial – Elementos**

Existirá una relación contractual, regida por la Ley 80 de 1993, cuando: a) se pacte la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública, b) el contratista sea autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, c) se le paguen honorarios por los servicios prestados y d) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar que debe ser restringida a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contrata por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los demás servidores públicos. Cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados. De otra parte, en aquellos casos en que se accede a las pretensiones de la demanda, esta Sección ha concluido la no prescripción de las prestaciones causadas con ocasión del contrato realidad, en tanto la exigibilidad de los derechos prestacionales en discusión es literalmente imposible con anterioridad a la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo, de manera pues que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y, por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo.

## **CONTRATO REALIDAD – Sector salud – Función pública del estado**

Es necesario señalar que si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud, la especialidad de que se revisten los servicios de salud -tratándose de personas naturales -, no excluye por sí sola la posibilidad del empleo público y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado al extralimitar el contenido real y la naturaleza de un contrato de prestación de servicios, de manera que no puede admitirse de forma absoluta que en cuanto a tales servicios no quepa la figura del contrato realidad, desde luego, cuando a ello haya lugar, máxime si la prestación del servicio de salud constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las entidades estatales prestadoras del mismo.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION SEGUNDA**

#### **SUBSECCION "A"**

**Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN**

Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013).

**Radicación número: 25000-23-25-000-2007-01378-02(2106-11)**

**Actor: GLADYS CEBALLOS PALACIOS**

**Demandado: LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO EN LIQUIDACION ESE**

## I. ANTECEDENTES

### LA ACCIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de fecha veintiocho (28) de abril de dos mil once (2011), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda Subsección D, mediante la cual se negaron las suplicas de la demanda instaurada por Gladys Ceballos Palacios, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO EN LIQUIDACIÓN.

#### 1. Pretensiones:

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la señora Gladys Ceballos Palacios, por conducto de apoderado judicial, solicita se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio GG - ESE LCGS N° 1388 del 09 de agosto de 2007, suscrito por el Gerente General de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, mediante el cual se estableció que entre ella y la Entidad hoy demandada no existió vinculación legal y reglamentaria o contrato de trabajo, que le permitiera ostentar la naturaleza de empleado público o trabajador oficial.

De análoga manera, solicita que se tenga que el contrato de prestación de servicios N° V.A. 015071, así como los subsiguientes, se tengan como prueba de una inequívoca situación legal y reglamentaria, para que se declare, por vía de interpretación, que la demandante gozó del status de empleada pública.

A título de restablecimiento del derecho, depreca, se condene a la Entidad demandada al pago de las prestaciones sociales a que considera tiene derecho, de conformidad con lo establecido en la Convención Colectiva del I.S.S. vigente para los años 2001 - 2004; así como al pago de una indemnización moratoria, perjuicios morales e intereses de mora. También pide que se dé cumplimiento a la

sentencia en los términos consagrados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Como pretensiones subsidiarias, solicita se declare que son nulos tanto los contratos, como las adiciones a los mismos, por haber sido expedidos de manera irregular y con desvío de poder y, que estando en firme la anterior decisión, se declare que la demandante estuvo vinculada a la Entidad demandada como servidor público, con los efectos jurídicos que aluden las pretensiones principales y en los términos y condiciones que en ellas se consignan.

## **2. Fundamentos fácticos:**

Los hechos que fundamentan las anteriores pretensiones se resumen de la siguiente manera:

Cuenta el apoderado que desde el 18 de diciembre de 1995, la actora fue vinculada a la Clínica San Pedro Claver de Bogotá, mediante contratos de prestación de servicios personales, cumpliendo las funciones de Profesional Asistencial de Apoyo III (Bacterióloga).

Indica que para entonces, la mencionada Clínica pertenecía al Instituto de Seguros Sociales (en adelante I.S.S.), pero cuando éste fue escindido y se crearon las Empresas Sociales del Estado, la demandante continuó prestando sus servicios a la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, hasta el 30 de enero de 2006.

Explica que las labores que cumplió tanto para el I.S.S. como para la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, no diferían en nada de las cumplidas por las personas vinculadas laboralmente con la Entidad, pero el salario y las prestaciones recibidas por éstas últimas, eran superiores, pues recibían los beneficios de la convención colectiva y sólo trabajaban 176 horas al mes, mientras la actora sólo percibía la asignación mensual y laboraba 204 horas mensuales, en promedio.

Aduce que a consecuencia de la escisión consagrada en el Decreto 1750 de 2003, los servidores de las Empresas Sociales del Estado, se *convirtieron* en empleados públicos, salvo los que sin ser directivos, desempeñaran funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, pues éstos *quedaron* como trabajadores oficiales.

Considera que desde el momento en que fue vinculada con la Clínica San Pedro Claver, es beneficiaria de la Convención Colectiva vigente para el periodo 2001 - 2004, y que los derechos adquiridos por ella, no se extinguieron con ocasión de la sustitución patronal.

Por lo anterior, sostiene que desde el año 2002, no le realizaron los incrementos salariales a que tenía derecho en virtud de lo preceptuado en los artículos 39 y 40 de la mencionada Convención Colectiva; que no le reconocieron ni pagaron horas extras, primas de vacaciones, primas de servicios, primas extralegales, primas de navidad, primas técnicas, intereses de cesantías, auxilio de transporte, auxilios médicos y dotaciones; que con cada pago se le descontaba el 10% del valor mensual causado por concepto de retención en la fuente; que debía constituir pólizas de cumplimiento equivalentes al 10% del valor de cada contrato y que debía cancelar por su propia cuenta la totalidad de los aportes a salud y pensión.

Expresa que el 1º de agosto de 2007, presentó derecho de petición ante la demandada, solicitando el reconocimiento y pago de los derechos a que hace alusión en el escrito de demanda; sin embargo, mediante Oficio GG - ESE LCGS N° 1388 del 09 de agosto de 2007, el Gerente General de la demandada negó la petición, con fundamento en que entre la Entidad y la entonces peticionaria no existió vinculación legal y reglamentaria o contrato de trabajo que le permitiera ostentar la naturaleza jurídica de empleado público o trabajador oficial.

### **3. Normas violadas y Concepto de Violación:**

Como normas vulneradas se citaron los artículos 1º, 2º, 4º, 6º, 13, 14, 25, 29, 125, 209 y 277 de la Constitución Política; 8º de la Ley 4ª de 1990; Ley 790 de 2002;

artículos 5º y 71 del Decreto 1250 de 1970; 26 inc. 2º, 40, 46 y 61 del Decreto 2400 de 1968; 108, 180, 215, 240, 241 y 242 del Decreto 1950 de 1973; el Decreto 1333 de 1986 y, la Convención Colectiva de Trabajadores del I.S.S. vigente para los años 2001 - 2004.

- **Violación de norma superior:**

El apoderado de la actora aduce que en el caso de autos, se configura una infracción directa por falta de aplicación, debido a que la supuesta vinculación mediante contratos de prestación de servicios que se menciona en el acto acusado, hace evidente la intención de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento de no reconocer las prestaciones laborales a que tiene derecho.

- **Aplicación indebida:**

Considera que el acto demandado se funda en una norma impertinente, esto es, no reguladora de situaciones jurídicas como la que constituye el antecedente fáctico de la demanda, pues de acuerdo con la jurisprudencia existente, la vinculación de la actora no correspondía realizarse a través de un contrato de prestación de servicios, sino del “*acto - condición*” del que ha debido provenir la situación legal y reglamentaria.

- **Interpretación errónea:**

Arguye que a la norma aplicable relacionada con la vinculación legal y reglamentaria, se le dio un sentido que no tiene.

- **Falsa Motivación:**

Sostiene que el acto administrativo acusado se fundamenta en un hecho inexistente, como lo es la celebración de un contrato de prestación de servicios al

tenor de lo normado en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, olvidando que en el presente caso se presentaron los elementos de una relación laboral.

#### **4. Oposición de la Entidad demandada: (FI.54):**

El apoderado de la Empresa Social del Estado **Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación**, se opone a la prosperidad de las pretensiones y expone las siguientes razones de defensa:

Indica que el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1750 de 26 de junio de 2003, escindió del Instituto de Seguros Sociales, la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, todas las Clínicas y todos los Centros de Atención Ambulatoria, creando entre otras, a la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, hoy en liquidación, como una Entidad pública descentralizada del nivel Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrita al entonces Ministerio de Protección Social; que a través del Decreto N° 3202 de 24 de agosto de 2007, el Gobierno ordenó su supresión y liquidación y que, el régimen de liquidación de la Empresa Social del Estado, es el consagrado en Decreto 3202 de 2007 y el Decreto Ley 254 de 2000 y en lo no previsto, por las normas aplicables a la liquidación forzosa administrativa de entidades financieras.

Expresa que según lo dispuesto en el Decreto Ley 1750 de 2003, los servidores de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, son empleados públicos y su régimen salarial y prestacional es el propio de los empleados públicos del nivel Nacional; que por excepción, son trabajadores oficiales, quienes desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios.

Indica que la planta de personal de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento, hoy en liquidación, fue determinada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1757 de 26 de junio de 2003 y que ésta ha sido modificada decretando la supresión de cargos a través de los Decretos 3792 del 17 de noviembre de 2004, 4992 de 31 de diciembre de 2007 y 1522 de 9 de mayo de 2008.

Señala que los Decretos Ley 1042 de 1978 y 1045 de 1978, así como la Ley 4ª de 1995, tratan sobre el régimen salarial y prestacional de los funcionarios del Estado, pero que, teniendo en cuenta que la demandante no ostenta la calidad de trabajador oficial ni de servidor público, mal podría exigir la cancelación de tales emolumentos salariales y prestacionales.

Precisa que la ejecución de las actividades contratadas por la señora Gladys Ceballos Palacios, obedeció a que la Entidad no contaba en su planta de personal con suficiente recurso humano especialmente habilitado para la prestación de los servicios especializados; también, a que éstas se efectuaron en razón de las capacidades, cualidades y calidades ofrecidas por la contratista, las cuales motivaron a la E.S.E. demandada para contratarla bajo el régimen de la Ley 80 de 1993 y, a que la señora Ceballos Palacios tenía pleno conocimiento de la clase de contrato de prestación de servicios que estaba celebrando con la Entidad, lo que se demuestra al ofrecer la contratación de sus servicios, celebrar, adicionar y terminar los contratos conforme a la Ley 80 de 1993, constituir pólizas de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual, cobrar los honorarios pactados, etc., lo que le permite concluir que la demandante leyó los contratos, entendió el texto y aceptó el contenido de los mismos.

Propone las excepciones denominadas *“Pago”, “Inexistencia del derecho y la obligación”, “Ausencia del vínculo de carácter laboral”, “Falta de legitimación de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento hoy en liquidación en la causa por pasiva”, “Imposibilidad jurídica de la Empresa Social del estado Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación de celebrar Convenciones Colectivas de Trabajo”, “Cobro de lo no debido”, “Prescripción”, “Caducidad de la acción”, “Presunción de legalidad”, “Carencia de justificación del derecho” y “Buena fe”.*

##### **5. La sentencia apelada (FI. 396):**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda - Subsección D, declaró no probadas las excepciones propuestas por la Entidad demandada y negó las pretensiones de la demanda.

Luego de relacionar cada una de las pruebas que obran en el expediente, el *a quo* analiza la configuración de los elementos propios de la relación laboral en el caso bajo estudio y concluye que la demandante no logró probar el elemento de la subordinación; pues por el contrario, en el proceso reposa un informe en el que se estableció que la señora Ceballos Palacios no ejecutaba el objeto contractual mediante agendas laborales, sino que lo hacía de acuerdo a la oferta realizada por ella misma y el ajuste al servicio asignado.

En este mismo sentido indica que en el plenario obra una certificación expedida por la apoderada especial del liquidador, en la cual se relacionan los contratos de prestación de servicios personales suscritos entre la actora y la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento; documento en el que se manifiesta que en el ejercicio de sus actividades como Bacterióloga, nunca existió una vinculación laboral con la Empresa.

Considera que si bien la Ley 80 de 1993, en su artículo 32 establece que el contrato de prestación de servicios sólo puede celebrarse cuando debe realizarse una actividad de la Administración, que no puede ser desempeñada con personal de planta ó cuando se requiera de conocimientos especializados, también lo es que, de conformidad con jurisprudencia existente sobre el particular, es viable contratar personas ajenas a la Entidad cuando el personal de la misma no alcance a colmar la aspiración del servicio público, caso en el cual, es posible que el personal contratado ejerza la misma actividad que los empleados de planta. Concluye entonces que tal situación es la que se presenta en el caso bajo examen, pues existe similitud entre las funciones desempeñadas por el personal de planta y la Contratista.

Añade que en los contratos mencionados, el Gerente General de la Entidad demandada certifica que no existía personal de planta suficiente para satisfacer las obligaciones a cargo de la E.S.E., en procura de cumplir cabal y satisfactoriamente su cometido, lo cual quiere decir que el personal que se contrata es para que apoye las actividades propias de la Empresa, motivo por el cual no estaría llamado a prosperar el argumento de la demandante, según el cual, la actora cumplía labores idénticas a las cumplidas por los bacteriólogos vinculados laboralmente, con la única diferencia en el salario, prestaciones recibidas y en el número de horas laboradas al mes.



En ese orden de ideas, considera el *a quo* que la acusación formulada contra la actuación de la Entidad demandada no encuentra sustento en las pruebas aportadas al proceso y expresa que los argumentos formulados no son suficientes para demostrar que el acto acusado haya sido expedido con infracción de normas constitucionales y legales.

Finalmente, con respecto a las pretensiones subsidiarias, indica que el actor simplemente enuncia las causales de nulidad sin emitir pronunciamiento alguno que las sustente y que si éstas se circunscriben a las mismas que fueron analizadas para el estudio de la legalidad del Oficio N° 1388 de 9 de agosto de 2007, llega a la conclusión de que los argumentos formulados no fueron suficientes para demostrar que la Administración, al momento de la celebración de los contratos de prestación de servicios, infringió alguna norma constitucional o legal; explica que la segunda pretensión subsidiaria sería negada por estar planteada como consecuencia de la prosperidad de la anterior.

## **6. El recurso de apelación:**

El apoderado de la parte actora, interpuso recurso de apelación, el cual sustentó en los siguientes términos:

Advierte que se denegó a la actora la práctica de la prueba testimonial, la cual considera fundamental para demostrar la existencia de todos los elementos de la relación laboral.

Indica que el único fundamento tomado en cuenta, han sido las pruebas que la demandada quiso aportar al proceso, pues la que realmente podía demostrar lo que no aparece en los documentos elaborados por la demandada, era la testimonial, la cual fue denegada desde el comienzo.

De otra parte, aduce que el cumplimiento de un horario por parte de un contratista de prestación de servicios, es la prueba de la existencia de la subordinación que desnaturaliza ese contrato y demuestra la existencia de una relación laboral.

Considera que el *a quo* omitió analizar los documentos aportados en debida forma, habida cuenta de que de su redacción se desprenden elementos que tienden a demostrar otra cosa diferente a lo que plantean.

En lo relacionado con las agendas de trabajo, indica que para el *a quo siempre han sido inexistentes*, y agrega que en la sentencia impugnada se omite relacionar la totalidad de los contratos suscritos por la actora, que fueron en total 16.

Aduce que del texto de algunos de los contratos quedó consagrada en cláusulas, la prohibición al contratista de ceder parcial o totalmente los contratos a un tercero, lo que considera *per se*, constituye la prueba de la existencia de una relación laboral y agrega que el cargo de Bacterióloga, ostentado por la actora, no es de libre nombramiento y remoción sino de carrera, toda vez que la actividad realizada por ésta, no correspondía a funciones de dirección y su actividad tampoco se relacionaba con las labores de los trabajadores oficiales.

También sostiene que las funciones que desempeñaba la actora son las mismas que cumplían las Bacteriólogas de planta y que en la sentencia atacada se reconoce que al comparar las propuestas de prestación del servicio presentadas por la demandante, las obligaciones consagradas en los contratos celebrados y el manual de funciones, se ve claramente que existe similitud entre las funciones desempeñadas por el personal de planta y la contratista; frente a este hecho, alega el recurrente que las propuestas a que se refiere el *a quo*, son documentos preelaborados por el equipo jurídico de la demandada y a la actora sólo le quedaba someterse firmándolos, so pena de no poder laborar.

Por lo anterior, señala que en gracia de discusión, tomando los hechos de la manera en que se presentaron en la sentencia, tampoco tiene sustento jurídico la absolución de la demandada, pues los derechos laborales son irrenunciables y si fuera cierto que la actora ofreció prestar las mismas labores que sus similares de planta, atendiendo al manual de funciones, pero sin recibir las mismas prebendas de estos, ello constituye una vulneración del Derecho Constitucional Fundamental a la igualdad y por ello, le asiste derecho a que sus prestaciones sociales sean canceladas en los mismos términos que aquellos.

De otra parte, manifiesta su desacuerdo con la justificación que hace el Colegiado de primera instancia, cuando expresa que la Entidad no contaba con el personal de planta suficiente para su funcionamiento, pues ésta forma de vinculación se convirtió en una política permanente para evitar el pago de prestaciones sociales; en consecuencia, considera que no hubo razón alguna para haber mantenido a la actora, durante varios años, vinculada mediante contratos de prestación de servicios.

Reitera los argumentos esbozados en el escrito de la demanda, en los que manifiesta que la actora es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo del I.S.S., (la que en su criterio, aún se encuentra vigente) en razón a que no renunció a los beneficios en ella consagrados y a que con la escisión del I.S.S. se produjo una sustitución patronal.

Finalmente, pide que se decrete, de oficio, la prueba testimonial solicitada en el escrito de demanda, así como la inspección judicial respecto de la cual, el *a quo* se abstuvo de hacer pronunciamiento alguno al respecto.

#### **7. Tramite en segunda instancia:**

Mediante auto de fecha 28 de noviembre de 2011, se admitió el recurso de apelación y se ordenó que una vez ejecutoriado ese proveído, volviera el expediente al Despacho para resolver sobre la solicitud probatoria elevada en el escrito de apelación; también se dispuso notificar al Agente del Ministerio Público en forma personal, y por estado a las otras partes (Fl. 442).

En proveído de 30 de octubre de 2012, el Despacho se pronunció desfavorablemente sobre la solicitud probatoria formulada por la parte actora en el recurso de alzada (Fl. 444).

El apoderado de la **E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación PAR ADMINISTRADO POR LA FIDUPREVISORA (sic)**, presentó alegatos en los siguientes términos (Fl. 450):

Manifiesta que las actividades que ofreció la actora a través de las cartas de ofertas de servicios que reposan en el plenario, eran actividades que por su especialidad, se ejecutaban en las instalaciones hospitalarias destinadas para la atención de usuarios del servicio de salud, y por supuesto cuando estaban presentes los usuarios del servicio de salud. Cita jurisprudencia relacionada con el tema bajo estudio y finaliza su alegación solicitando desatender los argumentos expuestos y con ello absolver de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

## **7. Concepto del Ministerio Público:**

Una vez elaboró el recuento de los antecedentes de la acción, el Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, emitió concepto al siguiente tenor:

Precisa que contrario a lo sostenido por el Tribunal, no cabe duda que los elementos del contrato realidad se estructuraron en el *sub lite*. Pues se encuentra probado que la accionante se desempeñó de manera permanente como bacterióloga, primero del I.S.S. y en virtud de la escisión de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento. Que al examinar los contratos de prestación de servicios celebrados por la actora, encuentra que según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, esa clase de negocios jurídicos tienen por objeto contratar personas naturales o jurídicas, para que realicen actividades sin sujeción a un horario ni a la subordinación al personal de la institución de que se trate; indica que llama su atención que en el presente caso no se puede afirmar que fue *ocasional*, porque la necesidad de la E.S.E. duró más de tres (3) años.

Expresa que las funciones de Bacterióloga desempeñadas por la demandante y el cumplimiento habitual de una jornada de trabajo, bajo la subordinación de un superior inmediato, desvirtúan la autonomía que caracteriza a los contratistas del Estado. Pues si bien es cierto que la Administración debe orientar al contratista en el cumplimiento del objeto contractual, también lo es que debe otorgarle autonomía y en ese orden de ideas, no es viable sostener que la labor de una bacterióloga, es autónoma, pues normalmente es desarrollada por personas vinculadas en cargos de planta en las Empresas Prestadoras de Servicios de Salud de carácter público.

Así las cosas, en criterio del Ministerio Público, la demandante acreditó que la labor desempeñada no fue una labor transitoria y que fue ejecutada sin autonomía, razón por la cual solicita se revoque el fallo de primera instancia y se acceda a las súplicas de la demanda.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Recibido el expediente en el Despacho sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a desatar la presente controversia.

### **1.- Problema jurídico**

El problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae a determinar si la señora Gladys Ceballos Palacios tiene derecho al reconocimiento del “contrato realidad” durante los periodos en que estuvo vinculada bajo contratos de prestación de servicios a la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, como Bacterióloga, con los consecuentes pagos salariales y prestacionales que se derivan de una relación laboral. Una vez establecido lo anterior, corresponderá a la Sala determinar si en efecto, la actora es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo del I.S.S. vigente para los años 2001 - 2004.

Para desatar la cuestión litigiosa es preciso revisar: i) el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a la figura en comento, ii) el acervo probatorio para establecer los presupuestos fundantes de la relación laboral y iii) el análisis del caso concreto.

### **2.- Antecedentes jurisprudenciales del contrato realidad**

El tema del contrato realidad ha generado importantes debates judiciales. Uno de ellos se dio con ocasión del examen de exequibilidad que realizó la Corte Constitucional al numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público. Después de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de establecer las diferencias con el contrato de trabajo, la Corte señaló que el ejercicio de tal potestad es ajustada a la Carta Política, siempre y cuando la administración no la utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente<sup>1</sup>.

Esta Corporación en fallos como el del 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente No. 0245 con ponencia de Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son: (i) la prestación personal del servicio, (ii) la remuneración y (iii) en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

Tal consideración se contrapone a la jurisprudencia anterior, en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada en sus actividades para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento subordinación<sup>2</sup>.

Así las cosas, se concluye que para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos, pero especialmente que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Por el contrario, existirá una relación contractual, regida por la Ley 80 de 1993, cuando: a) se pacte la prestación de servicios relacionados con la administración o

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-154-97, M.P. Hernando Herrera Vergara.

<sup>2</sup> Sala Plena del Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

funcionamiento de la entidad pública, b) el contratista sea autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, c) se le paguen honorarios por los servicios prestados y d) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar que debe ser restringida a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contrata por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los demás servidores públicos.

Cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.<sup>3</sup>

De otra parte, en aquellos casos en que se accede a las pretensiones de la demanda, esta Sección ha concluido la no prescripción de las prestaciones causadas con ocasión del contrato realidad, en tanto la exigibilidad de los derechos prestacionales en discusión es literalmente imposible con anterioridad a la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo, de manera pues que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y, por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo.<sup>4</sup>

Bajo las anteriores precisiones se ha concretado el tratamiento jurisprudencial de los contratos realidad, de donde se concluye en cuanto a su configuración, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección "A". Sentencia 17 de abril de 2008. Rad No. 2776-05. C.P. Jaime Moreno García; Sentencia del 17 de abril de 2008. Rad. No. 1694-07. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; sentencia del 31 de Julio de 2008. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 14 de agosto de 2008. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>4</sup> Sentencia del 6 de marzo de 2008. Rad. No. 2152-06. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

de trabajo que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito<sup>5</sup>.

La viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante según el aforismo "*onus probandi incumbit actori*", dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta.

## **2.1. Del contrato realidad en materia de salud:**

En reiteradas ocasiones se ha afirmado jurisprudencialmente, que en el caso de quienes prestan servicios de salud es válida la suscripción de Contratos de Prestación de Servicios, en tanto sus servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993,<sup>6</sup> en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la entidad respectiva o cuando para tal efecto se requiere de conocimientos especializados, de tal manera que en atención a situaciones excepcionales que se requieren para la prestación del servicio médico en sus diferentes disciplinas y a la autonomía e independencia

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado - Sección Segunda. Sentencia del 19 de febrero de 2009. Rad. No. 3074-2005, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

<sup>6</sup> Ley 80 de 1993. Artículo 32: (Apartes subrayados, condicionalmente Exequibles)  
(...)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.



inherente a la aplicación y ejercicio del mismo, se ha habilitado dicha modalidad para la contratación del personal en los servicios en salud.<sup>7</sup>

Ahora bien, es necesario señalar que si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud, la especialidad de que se revisten los servicios de salud - tratándose de personas naturales -, no excluye por sí sola la posibilidad del empleo público y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado al extralimitar el contenido real y la naturaleza de un contrato de prestación de servicios, de manera que no puede admitirse de forma absoluta que en cuanto a tales servicios no quepa la figura del contrato realidad, desde luego, cuando a ello haya lugar, máxime si la prestación del servicio de salud constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las entidades estatales prestadoras del mismo.

Así las cosas, debe revisarse en cada caso las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios, en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva homogenicen las causas propuestas ante esta Jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso.

Bajo las anteriores consideraciones preliminares que admiten la configuración del contrato realidad en cuanto a la prestación de servicios de salud, se efectuará el examen probatorio pertinente en aras de resolver el asunto demandado.

### **3.- El acervo probatorio obrante en el proceso:**

Con la prueba documental recaudada dentro del trámite procesal, se lograron demostrar los siguientes supuestos relevantes para desatar el problema jurídico propuesto:

#### **3.1. Los contratos de prestación de servicios suscritos entre la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento y la accionante:**

---

<sup>7</sup> Sentencia del 17 de julio de 2003. Rad. No. 5685-02. Sentencia del 7 de abril de 2005. Rad. No. 5552-03. C. P. Jesús María Lemos Bustamante.

Previo al análisis del material probatorio existente sobre el particular, es preciso señalar que en el recurso de alzada, el apoderado de la accionante expresó que el Colegiado de primera instancia omitió relacionar la totalidad de los contratos suscritos por la actora, que fueron en total 16.

No obstante, advierte la Sala que los contratos que el recurrente echa de menos no fueron suscritos con la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, sino con el I.S.S.

En consecuencia, teniendo en cuenta que en el escrito de la demanda el apoderado de la actora únicamente relacionó los contratos suscritos con la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, entre los años 2003 y 2005, indefectiblemente, los celebrados con anterioridad a ese interregno entre la señora Ceballos Palacios y el I.S.S., no serán objeto de estudio por parte de la Sala, pues sólo con respecto a los primeros solicitó “que en contencioso de interpretación”, se tengan como prueba de una inequívoca situación legal y reglamentaria (Fls. 7 y 8). .

Aclarado lo anterior, en el plenario, obra la certificación No. 0836 expedida por la Apoderada Especial de la Sociedad Fiduciaria S.A., en calidad de Liquidador de la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento. En este documento consta que entre la Entidad demandada y la señora Gladys Ceballos Palacios, se suscribieron los siguientes contratos de prestación de servicios personales (Fl. 47).

<b>Nº CONTRATO</b>	<b>VIGENCIA</b>	<b>OBJETO DEL CONTRATO</b>
15071	01/07/03 AL 15/02/04	BACTERIÓLOGO (Fl. 313 a 314) Acta de modificación de contrato (Fl. 312)
00945-04	16/02/04 AL 15/03/04	BACTERIÓLOGO (Fl.284 a 285)
04480-04	16/03/04 AL 30/04/04	BACTERIÓLOGO (Fl. 286 a 287.)
06703-04	01/05/04 AL 30/06/04	BACTERIÓLOGO (Fl. 290 a 291)
09087-04	01/07/04 AL 31/10/04	BACTERIÓLOGO (Fl. 294 a 296)
10544-04	01/11/04 AL 31/01/05	BACTERIÓLOGO (Fl. 303 a 305) - Convenio modificadorio,

		folio 306)
00653-05	01/02/05 AL 31/05/05	BACTERIÓLOGO(FI.262 a 264)
04456-05	01/06/05 AL 31/08/05	BACTERIÓLOGO (FI. 277 a 279)
05898-05	01/09/05 AL 10/10/05	BACTERIÓLOGO (FI. 338 a 340) Convenio modificadorio (FI. 343)
08329-05	11/10/05 AL 31/01/06	BACTERIÓLOGO (FI. 347 a 349)

Cada uno de estos contratos comporta una serie de obligaciones a cargo de las partes que, *per se*: a.) Facultaron a la Entidad contratante para impartir instrucciones a la contratista sobre la ejecución de los mismos; b.) Determinaron que la contratista desarrollaría sus actividades con los elementos entregados por la Entidad contratante y, c.) Establecieron el modo, tiempo y lugar en el que la Bacterióloga cumpliría con las obligaciones. Veamos:

- **Contrato Número V.A. 015071:**

En este contrato se impuso a la contratista una suerte de obligaciones que debían **ser cumplidas de conformidad con la programación establecida por la Entidad**, así:

***“PRIMERA: OBJETO. - EL CONTRATISTA se obliga para con el SEGURO SOCIAL a prestar los servicios requeridos por la Entidad y que se concretan en: 1. Análisis de muestras inherentes al servicio en las tres fases analíticas (preanalítica, analítica, postanalítica). 2. Colaborar con los entes de investigación o control del Seguro Social o del Estado cuando así se requiera. 3. Colaborar y propender en el cuidado y de las propiedades del Seguro Social, incluida la propiedad intelectual (Propiedad Industrial y Derechos de Autor). 4. Cumplir con las exigencias legales y éticas para el adecuado manejo de la historia clínica de los pacientes. 5. Ejercer su profesión dentro del Estado de la técnica reconocida, con Moral y Ética. 6. Emitir conceptos técnicos sobre suministros, materiales y Equipamento, cuando se lo solicite por escrito la Gerencia de la Clínica. 7. Llevar los registros de atención diaria de procedimientos, obligaciones e intervenciones así como mantener actualizados los informes estadísticos***

definidos por la normatividad vigente. 8. Participar en comités técnicos de calidad. 9. Participar en equipos interdisciplinarios a solicitud de la Institución. 10. Participar en estudios de caso. 11. Participar en las programaciones de disponibilidad que pudiere organizar el Seguro Social. 12. Participar en los Programas Docentes Asistenciales que desarrolla la clínica según los convenios respectivos con las universidades que establezca el Seguro Social. 13. Preparación y elaboración de informes analíticos para el manejo de insumos y facturación del servicio. 14. Realizar obligaciones propias del profesional en bacteriología. **15. Rendir los informes que el Seguro Social exija dentro de los plazos determinados, colaborando con la Administración.** 16. Responder interconsultas. **17. Llevar los registros de atención diaria de procedimientos, actividades e intervenciones** así como mantener actualizados los informes estadísticos definidos por la normatividad vigente y todos aquellos registros, necesarios para el cumplimiento de los procesos de facturación y control del costo. **18. Responsabilizarse del inventario que le asigne el Seguro Social para el desarrollo de sus obligaciones.** 19. Revisar, implementar y evaluar técnicas en el procesamiento de muestras **en el laboratorio clínico**; responsabilizarse del inventario que le asigne EL INSTITUTO para el desarrollo de sus obligaciones; mantener la debida reserva y discreción de los asuntos que conozca en razón de sus actividades; **manejar adecuadamente los elementos que EL INSTITUTO le entregue para el desarrollo de sus actividades y devolverlas a la terminación del contrato; cumplir oportunamente con los informes de actividades ante el interventor del contrato; cumplir con las obligaciones descritas en los numerales anteriores, de conformidad con la programación establecida por EL INSTITUTO**". (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Vale la pena precisar que el Contrato Número V.A. 015071, fue inicialmente suscrito entre el I.S.S. y la señora Gladys Ceballos Palacios, pero posteriormente fue cedido a la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento<sup>8</sup>.

Estas condiciones también fueron plasmadas en los contratos subsiguientes, como se aprecia a continuación:

- **Contratos 00945 - 04, 04480 - 04, 06703-04:**

**“PRIMERA. OBJETO. EL CONTRATISTA se obliga para con LA EMPRESA a prestar sus servicios personales de conformidad con lo manifestado en su oferta que hace parte integral del contrato y **cumplirá oportunamente con los informes sobre el desarrollo de las actividades por él ofertadas ante el SUPERVISOR del contrato de conformidad con las condiciones y cláusulas del presente documento.****

---

<sup>8</sup> Ver folio 312

(...)

**CUARTA. OBLIGACIONES DE LA EMPRESA. LA EMPRESA permitirá el acceso AL CONTRATISTA a sus instalaciones para que este pueda desarrollar y ejecutar el objeto del presente contrato y estará obligado a cumplir con lo estipulado en las demás cláusulas y condiciones previstas en este documento.”**

- **Contratos Nº 9087 - 04, 10544 - 04, 00653-05, 04456 - 05; 05898-05:**

**“PRIMERA: OBJETO.- EL CONTRATISTA se obliga para con la Empresa a prestar los servicios requeridos por la Entidad y que se concretan en la carta oferta presentada por el contratista además de responsabilizarse del inventario que le asigne La Empresa para el desarrollo de sus obligaciones; mantener la debida reserva y discreción de los asuntos que conozca en razón de sus actividades; manejar adecuadamente los elementos que La Empresa, le entregue para el desarrollo de sus actividades y devolverlas a la terminación del contrato, cumplir oportunamente con los informes de actividades ante el supervisor del contrato; cumplir las obligaciones descritas en los numerales anteriores, de conformidad con la programación establecida por La Empresa.**

De contera, en unos contratos, se estableció que la prestación de los servicios contratados sería supervisada por la empresa o por quien ella designara para el efecto; en otros, se determinó que dicha supervisión estaría a cargo del Director en la UNIDAD HOSPITALARIA SAN PEDRO CLAVER o quien hiciera sus veces:

- **Contratos 00945 - 04, 4480 - 04, 06703-04:**

**“VIGILANCIA DEL CONTRATO. LA EMPRESA o quien éste designe supervisará la ejecución del servicio profesional encomendado, y podrá formular las observaciones del caso con el fin de ser analizadas conjuntamente con EL CONTRATISTA ...”**

- **Contratos 9087 - 04; 10544 - 04, 00653-05, 04456 - 05; 05898-05:**

**“SUPERVISIÓN. La labor de supervisión en la ejecución del presente contrato, estará a cargo del Director en la UNIDAD HOSPITALARIA SAN PEDRO CLAVER o quien haga sus veces.”**

#### **4.- Análisis del caso concreto**

Con fundamento en los elementos de prueba obrantes en el plenario confrontados con la doctrina del contrato realidad, la Sala llega a las siguientes conclusiones que permiten sostener la configuración de una verdadera relación laboral entre la señora Gladys Ceballos Palacios y la administración, que fue encubierta bajo el ropaje de contrato de prestación de servicios.

##### **4.1.- De la prestación personal del servicio**

Las pruebas relacionadas en el acápite anterior, especialmente los contratos en los que la actora se obliga al cumplimiento de sus funciones como Bacterióloga, permiten corroborar la prestación personal del servicio.

##### **4.2.- De la contraprestación**

La demandante percibía una remuneración o contraprestación económica por la labor personal que realizaba, según lo estipulado en cada contrato de prestación de servicios, la cual estaba sujeta a la disponibilidad presupuestal de la Entidad.

##### **4.3.- De la subordinación y dependencia**

Este elemento también se configuró, a partir de la demostración de las siguientes circunstancias:

###### **4.3.1.- La intemporalidad de los contratos celebrados entre el actor y la entidad demandada.**

Merece especial atención la intemporalidad de la relación supuestamente contractual entre la Entidad accionada y la demandante, que desborda

abiertamente los límites impuestos por la ley<sup>9</sup> y la jurisprudencia para distinguir el contrato de prestación de servicios de la relación laboral.

Las pruebas obrantes en el proceso evidencian que las funciones desempeñadas por la accionante no fueron de carácter transitorio o esporádico, característica propia del contrato de prestación de servicios, sino que por el contrario se trató de una relación prolongada en el tiempo como lo demuestran los contratos celebrados entre la demandante y la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, a partir del 1º de julio de 2003 hasta el 31 de enero de 2006, es decir, por más de dos (2) años consecutivos, según da cuenta la certificación allegada a folio 47 y los contratos que reposan en el expediente.

Esta desproporción en la utilización de la figura prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, evidencia indiscutiblemente que la contratación de la actora se dio con el ánimo de emplearla de modo permanente en la entidad, pero en franco desconocimiento de sus derechos salariales y prestacionales de carácter irrenunciable y en abierta pugna con el principio constitucional de igualdad.

#### **4.3.2.- El cumplimiento de funciones propias de la entidad y la ausencia de autonomía en su ejecución.**

Observa la Sala, que la relación contractual entre la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento con la señora Gladys Ceballos Palacios, se vio rodeada de unas condiciones bastante particulares que permiten a esta Sala sostener que no se trató de un vínculo meramente coordinado y con plena autonomía del contratista, sino que se trató de una relación dependiente o subordinada entre las partes.

---

<sup>9</sup> 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” (Destaca la Sala).*

Del material probatorio relacionado se colige claramente que la demandante prestó sus servicios a la Entidad demandada, ejecutando obligaciones y funciones inherentes a su profesión de Bacterióloga; labores que por su misma naturaleza, se encuentran estrechamente relacionadas con el objeto consagrado en el Estatuto Interno de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento, que no es otro que la prestación de servicios de salud<sup>10</sup>.

Como se estableció en párrafos anteriores, la demandante estuvo vinculada a la E.S.E. LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO por más de dos (2) años y dos (2) meses, pues los contratos de prestación de servicios se celebraron de forma sucesiva entre el 1º de julio de 2003 y el 31 de enero de 2006.

Durante este tiempo a la actora le correspondía cumplir las obligaciones propias de la profesión de Bacteriología, de **conformidad con la programación establecida por La Empresa**, esto es, en las condiciones de modo, tiempo y lugar exigidas por la Entidad demandada, lo que sin duda alguna, hace palmaria la ausencia de autonomía en la ejecución del contrato.

Así las cosas, con el texto de los diferentes contratos, se demuestra que la prestación personal del servicio por parte de la demandante se dio con sujeción absoluta a las directrices impartidas por funcionarios ubicados en cargos jerárquicamente superiores, pues se reitera, por sí solos, permiten concluir que las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la prestación del servicio, le eran fijados de antemano por la E.S.E.

Lo anterior aunado al hecho de que recibió una remuneración por los servicios prestados, desde luego devela el verdadero vínculo que existió entre las partes.

En tales condiciones, es decir, desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio, como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios, concluye la Sala que la administración utilizó equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en el artículo 13 y 53 de la Carta Política,

---

<sup>10</sup> Ver folio 32.



en tanto la demandante prestó el servicio público de salud en la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento de manera subordinada.

En este punto debe advertirse que las diferentes situaciones administrativas y necesidades del servicio, no pueden convertirse en evasivas para vincular precaria e ilegalmente personal para el desempeño permanente de funciones públicas, desconociendo las formas sustanciales de derecho público, las modalidades previstas en la Constitución y la ley para el ingreso al servicio público y aún las garantías laborales y derechos fundamentales de quienes así resultan vinculados; en conclusión, la administración pública no está legitimada en ninguna circunstancia para deslaborar las relaciones laborales.

#### **4.4. De la Convención Colectiva de Trabajo del I.S.S.**

Establecido lo anterior, corresponde a la Sala determinar si la actora era o no beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo del I.S.S. vigente para los años 2001-2004, pues en la demanda solicitó se ordenara el pago de ciertos derechos consagrados en la Convención Colectiva del I.S.S.

Para el efecto, debe tenerse en cuenta que el texto que contiene la mencionada Convención no fue aportado al proceso; sin embargo, en el escrito de demanda, a folio 12, el apoderado de la actora transcribió un fragmento de ella, en el que se estipuló lo siguiente:

*“Son beneficiarios de la presente convención colectiva los **trabajadores oficiales** vinculados a la planta de personal del Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con lo establecido en las normas legales vigentes y los que por futuras modificaciones de estas normas asuman tal categoría, que sean afiliados al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social o que sin serlo no renuncien expresamente a los beneficios de esta convención ...”*

De lo anterior se colige que los únicos beneficiarios de la Convención Colectiva de Trabajo del I.S.S., eran los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal de esa Entidad. En consecuencia, teniendo en cuenta que las labores desempeñadas por la demandante como Bacterióloga, no podían ser

desarrolladas por un servidor que ostentara tal calidad, sino la de empleado público, en tal condición, la demandante no podía ser beneficiaria de disposición convencional alguna<sup>11</sup>.

Así las cosas, a juicio de esta Sala, la sentencia objeto de apelación será revocada para en su lugar declarar la nulidad del Oficio GG - ESE LCGS N° 1388 del 09 de agosto de 2007, que negó el reconocimiento prestacional solicitado por la actora, y a título de restablecimiento del derecho, ordenar a la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, reconocer y pagar a favor de la señora Gladys Ceballos Palacios, todos los valores que por concepto de prestaciones sociales tenía derecho, por el interregno comprendido entre el 1° de julio de 2003 hasta el 31 de enero de 2006, teniendo en cuenta los salarios y prestaciones percibidos por servidores de planta que desempeñaban las mismas funciones.

No procede en este caso reconocimiento alguno de salarios ni de la diferencia de los mismos surgida entre lo pactado en los contratos y lo devengado por los demás empleados de planta del mismo nivel y especialidad, por cuanto no fueron reclamados dentro del petitum y tampoco aparece demostrada tal situación.

En cuanto a las prestaciones compartidas (v. gr. pensión y salud), se ordenará a la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, el pago a favor de la actora de los porcentajes de cotización que le correspondían de conformidad con la Ley 100 de 1993, pagos que en virtud de las Ordenes de Prestación de Servicios debieron ser asumidos totalmente por la presunta contratista según se ordenó en los artículos 15 y 157 ibidem. No obstante, en caso de que los respectivos aportes no se hayan efectuado por parte de la demandante, con fundamento en el artículo 282 de la citada Ley 100 de 1993, la Entidad deberá efectuar las cotizaciones respectivas a los dos Sistemas, descontando de las sumas que se adeudan a la demandante el porcentaje que a ésta corresponda.

---

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil once (2011).- Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00246-01(0023-11) ACTOR: ANA ETELVINA MALAVER GARZÓN.- Demandado: LA E.S.E. LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO EN LIQUIDACIÓN. Al respecto, en esta sentencia se dijo: *"Acreditados como están los elementos esenciales de la relación laboral, se le debe reconocer a la señora Ana Etelevina Malaver Garzón a título de reparación del daño-, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben quienes se desempeñan en el cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales, tomando el valor de lo pactado en el contrato de prestación de servicios (honorarios), sin que sea posible aplicar la convención colectiva, pues las labores del actor correspondían a las de un empleado público, mientras que el aludido instrumento de negociación únicamente se aplica a los trabajadores oficiales".*

En todo caso, el tiempo efectivamente laborado por la actora (del 1° de julio de 2003 al 31 de enero del 2006) se computará para efectos pensionales.

Debe aclararse que la anterior no es una decisión extra petita, pues como quedó dicho, se trata de derechos inherentes a la relación laboral, consecuencia obligada de la declaración de su existencia.

Ahora, sobre las sumas causadas, debe precisarse que, como inicialmente se indicó, no opera el fenómeno prescriptivo por tratarse ésta de una sentencia de carácter constitutivo, a partir de la cual nace el derecho a favor de la actora, razón por la que sobre las cesantías reconocidas no habrá lugar a la aplicación del contenido de la Ley 244 de 1995, pues la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia, como tampoco se aplicará la sanción reclamada por el no pago oportuno de aportes a seguridad social establecida en los artículos 22 y 23 de la Ley 100 de 1993.

De acuerdo a lo anterior, las sumas que resulten serán ajustadas de conformidad con el artículo 178 del C.C.A. y con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## FALLA:

**REVÓCASE** el fallo proferido el veintiocho (28) de abril de dos mil once (2011) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda - Subsección D, dentro del proceso promovido por Gladys Ceballos Palacios contra la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación.

En su lugar, **SE DISPONE**:

**1°. DECLÁRASE LA NULIDAD** del Oficio GG - ESE LCGS N° 1388 del 09 de agosto de 2007, que negó el reconocimiento prestacional solicitado por la actora.

**2°.** Como restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, reconocer y pagar a favor de la actora, las prestaciones sociales correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, esto es, desde el 1° de julio de 2003 hasta el 31 de enero de 2006, sumas que se reconocerán y ajustarán de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**3°.** Asimismo, **ORDÉNASE** a la demandante acreditar los aportes a pensión y salud que debió efectuar a los Fondos respectivos durante el periodo en que se demostró la prestación de sus servicios a fin de que la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, le cancele el valor respectivo. En su defecto, la Entidad efectuará las cotizaciones a que haya lugar, descontando de las sumas adeudadas a la actora el porcentaje que a ésta corresponda, conforme se expuso.

**4°. DECLÁRASE** que el tiempo laborado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, esto es, desde el 1° de julio de 2003 hasta el 31 de enero de 2006, se debe computar para efectos pensionales.

**5°. INDÉXESE LA CONDENA**, en los términos consignados en la parte motiva de esta sentencia.

**6°. NIÉGANSE** las demás súplicas de la demanda.

**7°. CÚMPLASE** la sentencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Una vez ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN    ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

JORM/Lmr.