

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO  
DEL VALLE DEL CAUCA**

**Sentencia**

**PROCESO:** 76001-33-33-017-2015-00039-01  
**DEMANDANTE:** FRANCIA STELLA GAVIRIA TORO  
**DEMANDADO:** ESE HOSPITAL SANTA MARGARITA – LA CUMBRE  
**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

**Magistrado Ponente: JHON ERICK CHAVES BRAVO**

Santiago de Cali (V.), treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

Se decide en esta Sentencia sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la Sentencia No. 061 del 17 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Diecisiete Administrativo Oral del Circuito de Cali - Valle, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

**ANTECEDENTES**

La señora Francia Stella Gaviria Toro, instauró demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la ESE Hospital Santa Margarita – La Cumbre, solicitando las siguientes:

**PRETENSIONES**

**1.-** Que se declare la nulidad del Oficio No. 100-01-02 -617-2014 de 13 de junio de 2014, proferido por la entidad demandada, por medio del cual se negó la existencia de la relación laboral entre la demandante y la entidad demandada.

2.- Que a título de restablecimiento del derecho, se reconozca que entre la señora Francia Stella Gavia Toro y la ESE Hospital Santa Margarita – La Cumbre, existió una relación laboral y tiene derecho a las prestaciones sociales establecidas para el cargo de Auxiliar de Enfermería de la planta de personal de dicha entidad.

3.- Que se reconozca que la demandante tiene derecho a los siguientes conceptos: i) Nivelación salarial para el cargo de auxiliar de enfermería para todos y cada uno de los meses comprendidos en los años 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012 ii) prima de servicios (junio) completa para los años 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011, iii) prima de servicios (junio) proporcional para los años 2006 y 2012, iv) prima de servicios (diciembre) completa, para los años 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011, v) prima de servicios (diciembre) proporcional para el año 2006 y 2012, vi) cesantías por el tiempo de servicios comprendido entre el 1 de diciembre de 2006 y el 30 de enero de 2012, vii) intereses a las cesantías causadas en el tiempo de servicios comprendido entre el 1 de diciembre de 2006 y el 30 de enero de 2012 y viii) moratoria a las cesantías a la terminación de la relación de trabajo correspondiente a un día de salario por cada día de retraso entre el 30 de enero de 2012 y la fecha en que efectivamente se cancele dicho concepto.

Lo anterior, con fundamento en los siguientes:

## HECHOS

1. Que el 1º de diciembre de 2006, la demandante se afilió a la Cooperativa de Trabajo Asociado (CTA) Consentir, posteriormente fue enviada a la ESE Hospital Santa Margarita de la Cumbre, a realizar las funciones propias del cargo de Auxiliar de Enfermería, cargo que hace parte de la planta de personal necesario para la prestación de servicios de la entidad.

2. Que la demandante prestó sus servicios de manera personal, recibiendo órdenes por parte de los funcionarios del Hospital Santa Margarita, así mismo, percibiendo un salario como contraprestación de sus servicios, vinculación que se dio a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado Consentir desde el 1º de diciembre de 2006, hasta el 1º de septiembre de 2010 y desde ésta última fecha fue vinculada directamente por la ESE Hospital Santa Margarita – La Cumbre, a través de contrato de prestación de servicios hasta el 30 de septiembre de 2010, tiempo desde el cual fue transferida a

otra Cooperativa de Trabajo Asociado denominada Fenix salud, tratando con ello el Hospital de enmascarar la relación de trabajo existente, dicha vinculación a través de la Cooperativa Fenix Salud tuvo como vigencia entre el 1º de octubre de 2010 al 31 de diciembre de 2011.

3. Dice que de manera increíble la demandante fue transferida a la Sociedad Endosalud de Occidente S.A., persona jurídica cuyo objeto social se resume en la prestación de servicios de suministro de personal, especialmente, la intermediación para plantas de cargos en el sector salud, vinculación ésta última que tuvo vigencia entre el 1º al 31 de enero de 2012.

4. Argumenta que el 13 de junio de 2014, solicitó a la ESE Hospital Santa Margarita de la Cumbre que se reconociera la relación laboral existente entre la demandante y la ESE, así como el pago de los emolumentos a los que tiene derecho por su actividad de enfermera auxiliar y mediante Oficio No. 617-2014 del 13 de junio de 2014, se configuró el acto administrativo que se pretende nulificar.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

#### **ESE HOSPITAL SANTA MARGARITA – LA CUMBRE<sup>1</sup>**

Contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma tras considerar que no le asiste ningún derecho a la demandante, toda vez que la última fecha o día contado por el apoderado y que se entiende para el afán de su pretensión, ocurre el 31 de enero de 2012, luego entonces la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, debió presentarse para su admisión antes del 31 de enero de 2014. Ese plazo o espacio de tiempo utilizado por la accionante dio lugar a la caducidad de la acción que como requisito formal de la demanda es visible, en consecuencia debe declararse de manera oficiosa.

Manifiesta que no es claro el escrito de demanda para entrar a controvertirlo y así es intrincado cuestionar, censurar, rechazar lo señalado en los hechos y pretensiones o lo contrario aceptarlo o allanarse, pues no explica en qué consiste la intermediación entre las mentadas Cooperativas de Trabajo Asociado con el Hospital, y si las tiene o no, señalar contratos de prestación de servicios y

---

<sup>1</sup> Ver folios 160 a 169 del cuaderno 1

tampoco se ligó a aquellas personas jurídicas a las que hace referencia en los hechos, pues salvo mejor criterio deben ser llamadas a responder como litisconsorcio necesario.

## **LA SENTENCIA APELADA<sup>2</sup>**

El Juzgado Diecisiete Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali (V), en sentencia No. 061 del 17 de mayo de 2017, accedió a las pretensiones de la demanda, al encontrar que en el presente caso se configuran los elementos esenciales de una relación de trabajo entre la señora Francia Stella Gaviria Toro y la ESE Hospital santa margarita – La Cumbre, fundada en la verificación de la subordinación, prestación personal del servicio, remuneración y permanencia entre diciembre de 2006 a febrero 2012.

En consecuencia, declaró la nulidad del Oficio No. 100-01-02 de 13 de junio de 2014, emitido por la Jefe de Oficina Administrativa del Hospital Santa Margarita – La Cumbre y a título de restablecimiento del derecho declaró la existencia de una verdadera relación laboral entre la demandante y el mencionado hospital, entre diciembre de 2006 y febrero de 2012; ordenó a la entidad demandada pagar a la señora Gaviria Toro, el valor de las prestaciones surgidas en la prestación del servicio tomando como base para la respectiva liquidación, lo que le corresponde a los Auxiliares de Enfermería que pertenecen a la planta de personal de la entidad demandada. Ordenó a la entidad demandada a pagarle a la demandada los porcentajes de cotización correspondientes a pensión que debió trasladar a los Fondos correspondiente durante el periodo reconocido.

## **LA APELACIÓN<sup>3</sup>**

La parte demandada interpuso recurso de apelación, argumentando la inexistencia del nexo causal entre la labor realizada y el vínculo con la ESE Municipal demandada; falta de legitimación por pasiva; carencia de pruebas que demuestren la pretensión; indebida acumulación de las pretensiones; prescripción de la pretensión; inexistencia de la obligación reclamada por ausencia de los elementos que configuran un contrato realidad; ausencia de subordinación y remuneración dado

---

<sup>2</sup> Ver folios 204 a 2012 del cuaderno principal 1

<sup>3</sup> Ver folios 218 a 220 del cuaderno principal 1

que solo se reciben compensaciones por un tercero extraño a la ESE demandada y ausencia de pruebas que demuestren el ocultamiento del contrato realidad o simulación con las Cooperativas de Trabajo Asociado, que pretendieron demostrar por tener la carga de la prueba en los términos del artículo 167 CGP.

Agregó que el a quo, no dio el valor probatorio al testimonio de la Enfermera Jefe y superior jerárquico de la demandante, Lucía López Rendón, quien con soltura y transparencia explicó al juez, la forma de vinculación a las Cooperativas y la responsabilidad de ella como enfermera jefa era la que programaba los turnos de trabajo ajenos a la administración del ente demandado. Finalmente, dijo que si existieron varios contratos con la Cooperativa de Trabajo Asociado, razón por la cual se cumplieron los elementos de la prescripción, la cual se puede proferir de oficio según lo establecido en el artículo 180 CPACA.

### **ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

La parte demandante reitero los argumentos expuestos en la demanda y solicitó la confirmación de la sentencia<sup>4</sup>

La parte demandada, mediante escrito<sup>5</sup> reiterándose en todos y cada uno de los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación solicitando no acceder a las pretensiones de la demanda.

El Ministerio Público no emitió concepto ver folio 244 del cuaderno principal.

### **CONSIDERACIONES**

Conforme a lo anterior, la Sala procede a proferir la Sentencia de segunda instancia que en Derecho corresponda, con base en el siguiente;

#### **Problema Jurídico**

¿Existió una verdadera relación laboral en la presunta vinculación entre la señora Francia Stella Gaviria Toro y la ESE Hospital Santa Margarita La Cumbre, consecuentemente hay lugar a reconocer y pagar en favor de la demandante las prestaciones sociales propias de dicha relación

---

<sup>4</sup> Ver folios 237 a 243 del cuaderno principal

<sup>5</sup>Ver folio 236 del cuaderno principal

laboral, en atención al principio constitucional de la “prevalencia de la realidad sobre las formalidades”?

### **Tesis de la Sala**

Estima la Sala que la respuesta al problema jurídico es negativa. Por tanto, revocará la sentencia apelada, pues no media elemento probatorio respecto de la vinculación contractual o a través de intermediación laboral, continua e ininterrumpida con el ente de salud demandado y la actora, aspectos que correspondía demostrar fehacientemente a aquella conforme lo ordena el art. 167 del Código General del Proceso<sup>6</sup>, norma aplicable a esta clase de procesos contencioso-administrativos, por mandato del art. 306 del CPACA<sup>7</sup>, es decir que no se probó la existencia de una relación laboral entre la demandante y La ESE Hospital Santa Margarita La Cumbre, en las fechas en que se acreditó que existió un vínculo laboral, conforme lo contempla la Ley 80 de 1993, los contratos estatales al ser solemnes requieren de prueba de su celebración, tal como se dispone en el art. 39, siendo esta carga en cabeza de quien lo pretende.

### **MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

- **MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL QUE DA ORIGEN AL CONTRATO REALIDAD**
- **Contrato de Prestación de servicios**

El contrato de prestación de servicios se encuentra regulado en la Ley 80 de 1993, en su artículo 32, establece lo siguiente:

*“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:*

---

<sup>6</sup> “**Artículo 167. Carga de la prueba.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”.

<sup>7</sup>“**ARTÍCULO 306. ASPECTOS NO REGULADOS.** En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

(...)

*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.”*

Se entiende entonces por contrato de prestación de servicios, el que celebran las entidades estatales para el desarrollo de actividades de administración o funcionamiento, los cuales sólo pueden celebrarse con personas naturales, siempre y cuando esas actividades no puedan realizarse con personal de planta, o requieran de conocimientos especializados. Así mismo, la norma fue clara en establecer que dichos contratos no generan relación laboral ni prestaciones sociales, debiéndose celebrar sólo por el término estrictamente indispensable.

Por lo tanto y dadas las características propias de la normativa citada con anterioridad, es claro que en el concepto del contrato de prestación de servicios se pone de presente dos (02) condiciones para su celebración, como lo es el hecho que la actividad a contratar no pueda realizarse con personal de planta, o que se requiera para su prestación de conocimientos especializados.

En cuanto a la primera condición, es preciso señalar que cuando la norma se refiere a que las funciones no puedan realizarse con el personal de planta, significa que se debe tratar de funciones que no estén asignadas a ese personal o excepcionales, pues únicamente cuando se trata de insuficiencia de personal, existe la obligación administrativa de ampliar las plantas de personal o establecer cargos temporales, tal y como lo ha establecido la Ley 909 de 2004.

Ahora bien, en lo que se refiere a la segunda condición, esto es, que para la prestación debida del servicio se requiera de conocimientos especializados, es claro que dicha condición se deriva de la primera, ya que la necesidad se presenta en aquellos casos en los que la planta de personal no se cuente con una persona que ostente los conocimientos especializados para la prestación del servicio específico, y que por tanto se hace evidente la necesidad de contratar con una persona con las calidades requeridas para tal fin, en la modalidad de contrato de prestación de servicios.

- **Principio de primacía de la realidad sobre las formalidades legales del artículo 53 constitucional**

El contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios tienen características distintas, y éste último puede ser desvirtuado si se configuran los tres elementos de la relación laboral, caso en el cual se debe aplicar el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas, lo que genera el derecho al pago de prestaciones sociales, sin que esto signifique que la persona que se encuentre en estas circunstancias fácticas, adquiera por ello la calidad de empleado público.

Este principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, ha sido desarrollado en innumerable jurisprudencia de las Altas Cortes, es así como han establecido que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales, y conforme a ello, su finalidad es la de hacer primar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, de tal suerte que resulta factible acudir a ese principio constitucional.

En tal sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia C-154 de 1997, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra varios apartes del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, determinó, entre otras, las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, tras lo cual concluyó:

*“...Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.*

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

*En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo*

*subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente...”*

Por su parte, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>1</sup>, en reciente pronunciamiento reiteró su posición frente al tema del principio de la realidad sobre las formalidades en el ámbito laboral, así:

*“...La realidad sobre las formalidades evidenciadas en las relaciones de trabajo, hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53 de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad. Es preciso destacar que se ha denominado contrato realidad aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma. Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. 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 actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad** y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral...” (Resalta la Sala).*

De conformidad con el anterior criterio, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere probar 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 probarse 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.

De estos tres elementos, el de **subordinación** resulta ser el de mayor relevancia, toda vez que marca la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y una relación laboral. Al respecto, el Consejo de Estado ha insistido en la importancia de la subordinación, es así como en Sentencia del

07 de febrero de 2013<sup>2</sup>, reiteró que si bien es cierto que cuando una persona vinculada bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tiene derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad, también lo es que no se le puede conferir la condición de empleado público, veamos:

*“...la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación...”*

Por otra parte, es de anotar que además de los tres elementos de la relación laboral, también es necesario demostrar la **permanencia**, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y la **equidad o similitud**, que constituye el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia<sup>3</sup> para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral.

El Consejo de Estado, ha indicado que resulta viable la suscripción es órdenes de servicios, sólo en dos eventos: **i)** Cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta; **ii)** cuando se requiera de conocimientos especializados.

*“...Por otra parte, se ha afirmado jurisprudencialmente que en el caso de quienes prestan servicios de salud, es válida la suscripción de órdenes de prestación de servicios, en tanto sus servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, 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.*

*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...”<sup>4</sup>*

En conclusión, la prosperidad de las pretensiones relacionadas con la configuración de una verdadera relación legal y reglamentaria (contrato realidad) , se determinará conforme al análisis y valoración de las pruebas aportadas, de las cuales se establecerá si realmente existió o no la prestación personal del servicio (entendida como el ejercicio de funciones permanentes o propias de la entidad), la remuneración como contraprestación del servicio, y especialmente, que la persona

hubiere estado sometida a la continua subordinación y dependencia de la administración con carácter de permanencia.

- **LIMITACIONES LEGALES A LA UTILIZACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.**

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 previstos en el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, de igual forma se han establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica, como a continuación se expone:

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 (...)”*

En este sentido, el Decreto 2503 de 1998<sup>5</sup> define el empleo de la siguiente manera:

*“ARTICULO 2o. DE LA NOCIÓN DE EMPLEO. Se entiende por empleo el conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar 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.*

*Las funciones y los requisitos específicos para su ejercicio serán fijados por las respectivas entidades, con sujeción a los generales que establezca el Gobierno Nacional de acuerdo con los parámetros señalados en el artículo 5° de este decreto, salvo para aquellos empleos cuyas funciones y requisitos estén señalados en la Constitución Política o en leyes especiales”.*

Así mismo, la Ley 909 del 23 septiembre de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, en materia de empleo público dispuso:

*“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 (...)*

Además, para que una persona natural desempeñe un empleo 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, vale decir, se requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones propias de dicho empleo.

Otra limitación fijada en la Ley para evitar el uso indebido del contrato de prestación de servicios, se encuentra prevista en 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, la cual consagra en su capítulo de disposiciones finales lo siguiente:

*“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”*

Por su parte, la Ley 734 de 2002 por la cual se expide el Código Único Disciplinario, establece en el artículo 48 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 sólo 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 que también sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal.

### **-LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Y EL CONTRATO REALIDAD.**

La Corte Constitucional ha rechazado la intermediación laboral como instrumento para disfrazar una verdadera relación laboral, ya sea a través de la celebración de contratos de prestación de servicios, de los llamados convenios asociativos de trabajo con las Cooperativas de Trabajo Asociado, o a través de empresas de servicios temporales. En la sentencia C-614 de 2009, dejó sentado que:

*(...)*

*Así las cosas, en el análisis probatorio del caso concreto, deberá tenerse en cuenta factores como: i) la voluntariedad con la que las partes acuden a la forma contractual escogida. Dicho en otros términos, por ejemplo, si un asociado debe afiliarse a una cooperativa para obtener un contrato de trabajo, es claro que dicha decisión no es libre y, por ese hecho, ese acto constituye una desviación de la forma asociativa legal y constitucionalmente autorizada. ii) la finalidad con la que se acude a la forma contractual, pues si se celebran contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones permanentes de la entidad, o si se acuerda la prestación de servicios personales subordinados a cambio de una remuneración económica con una cooperativa de trabajo, de tal forma que puedan retirarse trabajadores de sus nóminas, o recortarse plantas de personal, o se celebran contratos con empresas de servicios temporales para el desempeño de funciones propias del giro ordinario de los negocios empresariales, es evidente que se ha utilizado una forma contractual legal para desnaturalizar la relación laboral. iii) la prestación directa del servicio y el ánimo con el que el beneficiario del trabajo lo recibe. En efecto, quien contrata un servicio personal de trabajo debe ser plenamente consciente de la naturaleza del vínculo acordado, pues si celebra un contrato de prestación de servicios profesionales no puede exigir subordinación del trabajador, o si celebra un contrato de prestación de servicios con una cooperativa de trabajo no puede ser ajeno a la relación laboral que se genera entre el trabajador y la cooperativa.*

*En este sentido, corresponde a las autoridades de vigilancia y control y al juez de la causa, exigir la aplicación material de las normas que amparan la relación laboral y evitar la burla de los derechos derivados de la misma. Por esa razón, y en desarrollo del principio de primacía de la realidad sobre la forma, requerirán el cumplimiento de la ley, en forma solidaria, tanto al verdadero empleador como a quienes actuaron como intermediarios para utilizarla en forma inconstitucional. En otras palabras, las autoridades competentes evitarán la desviación inconstitucional de las normas protectoras de los derechos de los trabajadores y exigirán la responsabilidad solidaria que se deriva del incumplimiento de las reglas legales.*

**En este orden de ideas, la Sala reitera a las autoridades administrativas que el vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa, no sólo porque desdibuja el concepto de contrato estatal, sino porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado, pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales.** (Adicionamos negrillas y subrayas).

Así mismo, el Consejo de Estado, frente a los casos de contratación de servicios personales por intermedio de Cooperativas de Trabajo Asociado, ha expresado que no es aceptable que so pretexto de esta modalidad se desconozca una relación laboral, en detrimento de los derechos laborales y prestacionales consagrados a favor del trabajador. Ha dicho por ejemplo:

*“...La Sala<sup>8</sup>, también ha acudido a este principio constitucional en los casos de contratación de servicios personales por intermedio de Cooperativas de Trabajo Asociado para señalar que es “inaceptable que las entidades estatales en ejercicio de la función pública, celebren o ejecuten contratos con Cooperativas de Trabajo Asociado, con el objeto de desconocer una relación laboral, lo que lleva consigo el detrimento de los derechos laborales y prestacionales consagrados a favor del trabajador”, proscribiendo los actos de intermediación laboral por parte de las cooperativas a favor de entidades del Estado que pretenden “disimular” el vínculo laboral de subordinación que en realidad subyace entre el trabajador y la entidad que se beneficia de la presentación del servicio personal...”<sup>9</sup>.*

Ha advertido entonces, la Alta Corporación, que cuando el asociado es vinculado con otro ente, *verbi gratia*, con un hospital público, pero por órdenes puntuales y estrictas de la Cooperativa así como del tercero, existe una relación de empleador – empleado. Es decir, que si se demuestra que el asociado, trabajaba bajo las instrucciones precisas de la entidad hospitalaria, en las mismas condiciones que los demás empleados de sus mismas calidades, tanto la cooperativa como ésta fungen como empleadores, por cuanto lo que en el fondo termina sucediendo es que se utiliza la intervención de las Cooperativas de Trabajo Asociado, para “disimular” el vínculo laboral de subordinación que en realidad subyace entre el trabajador y el centro médico asistencial, configurándose de este modo el “contrato realidad” en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 23 de febrero de 2011, exp. 25000-23-25-000-2007-0041-01 (0260-09), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 27 de noviembre de 2014, exp.05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-2013), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

El panorama normativo y jurisprudencial antes reseñado, deja perfectamente esclarecida la relación jurídica que se origina entre las llamadas Cooperativas de Trabajo Asociado y los trabajadores asociados, en la ejecución de proyectos y procesos, en forma autogestionaria, autónoma e independiente; diferenciándola de la relación que surge entre un trabajador subordinado, que presta un servicio personal y percibe una remuneración por el mismo, con una entidad, que en este caso tiene la calidad de ser una Empresa Social del Estado del sector salud; lo que para el sub judice, es de relevancia como quiera que la demandante afirma haber estado vinculada por intermediación de unas cooperativas con La ESE Hospital Santa Margarita - La Cumbre, y pretende que se la condene al pago de las diferencias salariales y de las prestaciones sociales a que afirma tener derecho, en virtud de un contrato realidad.

- **TÉRMINO PARA ELEVAR LA RECLAMACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO REALIDAD.**

Como primera medida, se explica que el fenómeno jurídico de la prescripción no es más que la figura por la cual se impide la perpetuidad de las reclamaciones referentes a reconocimientos de índole laboral, que pudieron quedar pendientes entre los extremos de la relación de trabajo al momento de su finalización, pues *contrario sensu* resultaría desproporcionada la situación en la que se permitiera que el trabajador exigiera de su empleador (o ex empleador) la cancelación de emolumentos que con el transcurrir de los años implicarían un desmedro excesivo del patrimonio de éste, y le impediría la conservación de los elementos probatorios tendientes a desvirtuar lo demandado.

Ahora bien, no ha sido pacífico el asunto relacionado con el término para elevar la reclamación que busca la existencia del contrato realidad, pues han existido varias posturas jurisprudenciales que pasan a ser reseñadas.

En su postura más primigenia, el Consejo de Estado expuso que la prescripción trienal de que tratan las normas en cita implicaba, para quienes reclamaran los derechos derivados de la existencia del contrato realidad, que solo se les pudieran reconocer las acreencias causadas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha en la que se presentó la respectiva petición a la administración. Esa posición hizo carrera en la Subsección "B" de la Sección Segunda de la Alta

Corporación, viéndose reflejada en múltiples providencias, entre las que se destacan varias del año 2005<sup>6</sup>.

Posteriormente, surgió una tesis conforme con a la cual la prescripción trienal debía tener como punto de partida la fecha en la que era exigible la providencia judicial que declaró la existencia de la relación laboral, argumentándose el carácter constitutivo<sup>7</sup> de la decisión.

Atendiendo a este nuevo criterio, el Consejo de Estado sostuvo lo siguiente:

*“No resulta razonable aplicar la prescripción trienal a la indemnización que se reconoce al contratista en la sentencia, si se tiene en cuenta que como se advirtió, dicha figura es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, derecho que solo se constituye en la sentencia que determina la existencia de la relación laboral.”<sup>8</sup>*

Ante las posturas jurisprudenciales divergentes, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado profirió la sentencia de unificación del 19 de febrero de 2009 con ponencia de la Consejera Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez al interior del proceso con Radicación No. 73001-23-31-000-2000-03449-01, en donde concretó la siguiente postura:

*“Esta Sala en anteriores oportunidades, ha declarado la prescripción trienal de los derechos que surgen del contrato realidad, aceptando que dicho fenómeno se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la Entidad demandada. Sin embargo, en esta oportunidad replantea este criterio por las razones que a continuación se explican:*

*De conformidad con algunos estatutos que han regido esta materia, los derechos prescriben al cabo de determinado tiempo o plazo contado a partir de la fecha en que ellos se hacen exigibles, decisión que se adopta con base en el estatuto que consagra dicho fenómeno. (Vr. Gr. Dto. 3135/68 art. 41)*

*En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.*

*Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.*

*Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son*

*exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.”*

Posteriormente, y luego de que parecía zanjada la discusión sobre el término para elevar la reclamación de la configuración del contrato realidad, el Consejo de Estado nuevamente admitió como razonable la interpretación que exige la reclamación administrativa dentro del término de tres años de que tratan el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, veamos:

*“...si bien ha sido reiterada la jurisprudencia en el sentido señalado por la parte actora, lo cierto es que la misma se ha aplicado a situaciones en que los interesados han reclamado ante la administración dentro de los 3 años siguientes a la terminación del contrato de prestación de servicios suscrito.*

*En esta oportunidad, la interesada sólo acudió a reclamar ante el ente demandado, como lo dijo el Tribunal en su sentencia y no es objeto de discusión en la presente acción, con anterioridad al 3 de junio de 2011, lo que equivale a más de 15 años, si se tiene en cuenta que su vínculo, según lo afirma en la demanda terminó el 31 de diciembre de 1994.*

*Obsérvese cómo, en la sentencia que sirve de precedente, el oficio demandado negó el reconocimiento de salarios y prestaciones en lo referente a una vinculación que aún se encontraba vigente, como se expresa en la sentencia, en relación con lo que se encontraba probado en el proceso. Igualmente, en la segunda de las sentencias que alega como desconocida, la actora estuvo vinculada hasta el mes de febrero del año de 2000 y en ese mismo año efectuó reclamación ante la administración y demandó el acto producto de la misma, que fue expedido en el mes de septiembre del mismo año.*

*En la última de las providencias citadas, el actor estuvo vinculado hasta el año de 2000 y tanto la reclamación como la demanda se dieron antes del término de tres años contemplados en la norma que regula la figura de la prescripción. Lo anterior, sirvió al Tribunal para, en ejercicio de su autonomía funcional, exponer en forma clara, los motivos por los cuales consideraba que a la señora Rosa Istmenia Moreno de Palacios no le eran aplicables los precedentes judiciales citados y concluir que la reclamación que elevó la actora ante la administración en el año de 2011, 15 años después de culminado el nexo contractual, esto es, el 31 de diciembre de 1994, no tuvo la potencialidad de suspender el término de prescripción de los derechos derivados de la relación laboral.*

*Esta Corporación ha accedido al restablecimiento del derecho en los casos citados, bajo el presupuesto de que la parte actora ha cumplido con lo establecido en el artículo 102 del decreto 1848 de 1969, es decir, ha reclamado ante la entidad, máximo dentro de los 3 años siguientes a su retiro y luego ha acudido en término ante esta jurisdicción. El anterior fue el criterio que aplicó el Tribunal, el cual estima la Sala no solo es razonable sino legal y se encuentra dentro del margen de su autonomía.”<sup>9</sup>*

La anterior postura que venía imponiendo el Consejo de Estado por vía de tutela, fue recogida en procesos ordinarios de nulidad y restablecimiento del derecho, en su gran mayoría proferidas a

principios del año 2014 por las subsecciones “A” y “B” de la Sección Segunda de la Alta Corporación<sup>10</sup>, precisando que existe diferencia entre el término para reclamar las prestaciones y acreencias derivadas de la existencia de la relación laboral, y el tiempo prudencial en el que se debe exigir que se declare el contrato realidad, veamos:

*“En esta oportunidad, la Sala debe precisar que si bien la anterior es la tesis que se aplica en la actualidad y, en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama.*

*Lo anterior quiere decir que si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan.”<sup>11</sup>*

Ahora, si bien hasta la anterior jurisprudencia que se acaba de transliterar, se exigía la reclamación en un término de tres años, el Consejo de Estado en sentencia de 08 de mayo de 2014 con ponencia del Consejero Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en el proceso con Radicación No. 08001-23-31-000-2012-02445-01 indicó que el trabajador debía exigir el derecho en el término de cinco años, veamos:

*“De acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales citados, resulta claro que si bien la Sentencia que declara la existencia del contrato realidad es de carácter constitutivo, el interesado debe reclamar ante la administración los derechos laborales derivados del vínculo de trabajo, dentro de un plazo razonable.*

*Con el objeto de establecer el término en el que el que se debe peticionar en sede administrativa, resulta pertinente acudir al artículo 66 del C.C.A, que regula la figura del decaimiento administrativo en los siguientes términos:*

*‘ARTICULO 66. PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:*

- 1. Por suspensión provisional.*
- 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.*
- 3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.*
- 4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.*
- 5. Cuando pierdan su vigencia.’*

*De la disposición transcrita se advierte que el legislador estableció un término de 5 años a partir de la firmeza de un acto, para que la Administración realice las gestiones tendientes a su ejecución, plazo que, a juicio de esta Sala, resulta razonable para que el interesado reclame los derechos derivados del vínculo laboral si se tiene en cuenta que la terminación del último contrato de prestación de servicios puede asimilarse, mutatis mutandi, al acto de retiro.*

***En otros términos: si un acto administrativo debe ejecutarse en un término de 5 años, a la luz del derecho a la igualdad entre las partes, ese sería el plazo que tiene el contratista del Estado para acudir a la administración pidiendo el reconocimiento de la relación laboral y el consiguiente pago de las prestaciones.***

*Para esos efectos, resultaría viable -desde un plano teórico-, asimilar la fecha de terminación del último contrato, al acto del retiro del servicio.*

*De este modo, tal como lo ha sostenido la Sala reiteradamente, antes de la Sentencia que declara la existencia del contrato realidad no puede hablarse de prescripción, pues ésta última se computa a partir de la exigibilidad del derecho.*

*Empero, armonizando los derechos laborales con los principios de preclusión, seguridad jurídica, razonabilidad, ponderación y, con la diligencia debida que debe acompañar las actuaciones de los administrados; **concluida la relación contractual el interesado en reclamar la existencia del vínculo laboral y el pago de los derechos subyacentes al mismo, debe hacerlo dentro del plazo de los 5 años siguientes a la fecha de terminación del último contrato.***” (Negrillas del Tribunal).

Empero, en providencia de 11 de marzo de 2016 proferida por la subsección “B” dentro del proceso con Radicación No. 47001-23-33-000-2014-00156-01 se volvió a pronunciar sobre el asunto y explicó lo siguiente:

*“Una vez demostrada la relación laboral reclamada y de la cual, se persigue el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, surgiría la oportunidad para que se examine la procedencia del fenómeno extintivo de la prescripción, valga decir, la verificación de si la reclamación se efectuó dentro de los tres (3) años contados a partir de la finalización de la relación contractual, so pena de que prescriban los derechos prestacionales que se puedan derivar de la relación laboral.”*

Ante las opuestas posiciones asumidas por el Consejo de Estado arriba transliteradas, nuevamente la Corporación se vio en la necesidad de unificar los criterios relacionados con la prescripción, y emitió la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 con ponencia del Consejero Dr. Carmelo Perdomo Cuéter al interior del proceso con Radicación No. 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, de la cual se extractan los siguientes aspectos más relevantes:

*“En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca de su fundamento normativo, es decir, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales*

*aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.*

*Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social.*

(...)

***Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la ‘...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales’ (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.***

*Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio.” (Negritas de la Sala).*

Lo hasta aquí analizado permite colegir a la Sala, que en la actualidad las pretensiones relacionadas con la declaración de existencia del contrato realidad, sí están sometidas al fenómeno prescriptivo, el cual se cuenta en forma trienal y se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, el cual debe hacerse dentro de los 3 años siguientes a la terminación del último contrato, siempre que entre uno y otro contrato no hubieren transcurrido más de tres años.

En forma adicional, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo ha hecho claridad en relación con los aportes al sistema de seguridad social, señalando que dicha pretensión no está sometida al fenómeno prescriptivo, y así lo dispuso en los siguientes fallos de tutela: **(i)** Sentencia

del 20 de noviembre de 2014, C.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez en el proceso con Radicación No. 11001-03-15-000-2014- 02112-01; y (ii) en la sentencia de 12 de febrero de 2015, C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro en el proceso No. 11001-03-15-000-2014-02215-01.

Sobre el particular, el Consejo de Estado en la misma providencia de unificación del 25 de agosto de 2016, aclaró los siguientes aspectos:

*“Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.*

(...)

*En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, **por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control** (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.”<sup>12</sup> (Se resalta.)*

En ese orden de ideas, y llenos de herramientas hermenéuticas para abordar el fondo del asunto, se procede con el análisis del caso en particular.

### **. EL CASO CONCRETO**

Descendiendo al caso concreto, se tiene que la señora Francia Stella Gaviria Toro, reclama se declare la existencia de una relación laboral existente entre la misma y la ESE Hospital santa margarita – La Cumbre, en razón a la prestación de sus servicios desde el 1º de diciembre de 2006 hasta el 31 de enero de 2012 en su condición de Auxiliar de Enfermería.

Al plenario se allegaron las siguientes pruebas que dan cuenta de algunos periodos laborados por la demandante en el Hospital Santa Margarita - La Cumbre:

A folio 35 del cuaderno principal 1 del expediente obran copias simples de la certificación expedida por el Gerente de Consentir Cooperativa de Servicios Integrados Consentir CTA, en la que hace constar lo siguiente:

*“Que la señora FRANCIA STELLA GAVIRIA TORO identificada con la cédula de ciudadanía No. 31.987.261 prestó sus servicios en esta Cooperativa, con un convenio de trabajo asociado a término indefinido, ocho(8) horas diarias, desde el 01 de diciembre de 2006 hasta el 1 de septiembre de 2010, desempeñando el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA en el Hospital Santa Margarita de la Cumbre, tiempo durante el cual cumplió con sus actividades a cabalidad...”*

A folios 46 a 55 obran copias de recibos donde se constata el pago que le hiciera la Cooperativa Consentir con destino al Hospital Santa Margarita a la demandante.

A folio 36 del cuaderno principal 1 obra copia de la constancia expedida por la Jefe Oficina Administrativa y Financiera de la ESE Hospital Santa Margarita de la Cumbre donde dice:

*“La señora FRANCIA STELLA GAVIRIA, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.987.261 de la Cumbre – Valle, estuvo vinculada con la ESE HOSPITAL SANTA MARGARITA de la Cumbre, con contrato de prestación de servicios en el área asistencial, como auxiliar de Enfermería, en el periodo comprendido entre el 1 hasta el 30 de septiembre de 2010...”*

A folio 37 del cuaderno principal 1, obra copia del convenio suscrito entre la demandante y la Cooperativa de Trabajo Asociado Fenix Salud CTA, entre el 01/10/2010 hasta el 31/12/2011, en el cargo de Auxiliar de Enfermería en el Hospital Santa Margarita – La Cumbre.

A folios 39 a 45 y 56 del cuaderno principal 1, se evidencias comprobantes de pago efectuados por la Cooperativa Fenix Salud CTA a la demandante.

A folios 57 a 126 del cuaderno principal 1 obran copias de relación de turnos cumplidos por la demandante entre el año 2005, hasta el 2012.

A folios 190 a 191 del cuaderno principal 1 obra respuesta del Jefe Administrativo de la ESE Hospital santa Margarita – La Cumbre, dirigida al Juzgado de primera instancia en la que dice:

*“...doy respuesta al oficio d la referencia indicándole que no es posible remitir “copia integra del contrato de prestación de servicios suscrito entre Francia Stella Gaviria Toro y la ESE Hospital Santa margarita – La Cumbre”.*

*Lo anterior como quiera que revisados todos los archivos, no encontramos evidencia que la señora Francia Stella Gaviria Toro, haya firmado contrato de prestación de servicios con el Hospital...”.*

Así quedó demostrado en el plenario que entre la demandante y la entidad de salud demandada existió una relación contractual en donde la primera prestó sus servicios como Enfermera Auxiliar y por ello recibió una contraprestación económica a través de dos Cooperativas de Trabajo Asociado (Cooperativa Consentir y Cooperativa Fenix Salud) como elemento remuneración, sin embargo no obra prueba documental que de fe del tipo de vinculación entre la demandante y la demandada, tan solo obran sendas constancias expedidas por las cooperativas y La ESE Hospital Santa Margarita – La Cumbre, que dan certificación del cargo y tiempo de servicios, sin aportar el documento escrito por el cual se pacto el tipo de vinculación, el objeto a desarrollar, la remuneración o pago, las actividades a realizar, entre otros aspectos.

Reitera la Sala que se extraña la documentación formal en la que se de fe del tipo de vinculación, las fechas de iniciación de los mencionados contratos de prestación de servicio, el objeto contractual de los mismos, la denominación del contratante, contratista, valor total y tiempo de cada contrato, prueba esta relevante al momento de tomar la decisión que resuelva la litis y para efectos de establecer los elementos constitutivos del contrato realidad.

En desarrollo de la audiencia de pruebas efectuada por el a-quo, el 31 de marzo de 2017, vista a folios 191 a 194 del cuaderno principal No. 1 del expediente en donde reposa medio magnético se pudo constatar los siguientes aspectos: En primer lugar ni la demandante, ni la entidad demandada aportaron la prueba documental que fuera decretada y solicitada por el Juez de conocimiento a efectos de establecer el tipo de vinculación de las personas que prestaron sus servicios a la entidad demandada (contratos de prestación de servicios), las fechas de iniciación y culminación de dichos contratos, las partes del mismo, el valor y mucho menos las funciones u objeto contractual a desarrollar, aduciendo por parte del ente de salud demandado que al momento de revisar la base de datos no encontró que la demandante y el hospital hubieran firmado contrato de prestación de servicios, situación que al ser discutida en la audiencia de pruebas por parte de los dos extremos procesales desistieron de dicha prueba.

No desconoce la Sala los testimonios recibidos a las señoras Lucía López Rendón, Patricia Zuluaga Gutiérrez y el interrogatorio recibido a la señora Francia Stella Gaviria Toro , en donde al preguntárseles sobre quien era la persona encargada de dar órdenes respecto a el trabajo que debía desempeñar la demandada y sobre los turnos de trabajo coincidieron en contestar que tanto las declarantes como la demandante se encontraban vinculadas a través de convenio con Cooperativas de Trabajo Asociado y que debían cumplir órdenes de la parte administrativa de la respectiva Cooperativa a través de las enfermeras Jefes que eran ellas dos y ellas mismas hacían la programación de los turnos que debía cumplir la demandante en calidad de Auxiliar de Enfermería del área de urgencias y también programaban las actividades adicionales como turnos festivos o en las ferias de la Cumbre etc, y que además recibían órdenes directas de los médicos de turno, pero ninguno de ellos pudo siquiera dar una fecha aproximada, ni el número de contratos o duración de los mismos por medio de los cuales ésta prestó sus servicios en el Hospital Santa margarita de la Cumbre; eso sí coincidieron en que la conocieron en el desempeño de sus funciones como Auxiliar de Enfermería en urgencias de dicho hospital y bajo su supervisión como jefes de enfermería o de los médicos de turno.

Conforme a la anterior relación probatoria y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial citado, no es factible concluir que en el sub-lite, se presentó una relación laboral, entre la ESE Hospital Santa Margarita – La Cumbre y la demandante, dado que no existe dentro del plenario, prueba de la vinculación de aquella con el hospital, así como la prueba del elemento subordinación. En otras palabras, no media elemento probatorio respecto de la vinculación contractual o a través de intermediación laboral, continua e ininterrumpida con el desaparecido ente de salud demandado y la actora, aspectos que correspondía demostrar fehacientemente a aquella conforme lo ordena el art. 167 del Código General del Proceso<sup>10</sup>, norma aplicable a esta clase de procesos contencioso-administrativos, por mandato del art. 306 del CPACA<sup>11</sup>.

Fíjese como en la demanda se afirma, que la demandante laboró como Auxiliar de Enfermería en el

---

<sup>10</sup> “**Artículo 167. Carga de la prueba.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”.

<sup>11</sup>“**ARTÍCULO 306. ASPECTOS NO REGULADOS.** En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

área de urgencias del mentado Hospital, vinculación que se hizo a través de una supuesta cooperativa mediante un convenio, pero no reposa en el plenario copia de ello, apenas se aportaron las constancias obrantes a folios 35, 36 y 37 donde se menciona el tiempo de duración, el cargo desempeñado, sin mencionarse otros aspectos como por ejemplo el valor total, el pago mensual etc, que pudiese enmascarar una verdadera relación laboral entre las partes de la presente contienda procesal, documentos estos que no suplen la solemnidad establecida en el artículo 256 del Código General del Proceso.

Aunado ello, a que si bien la prueba testimonial, revela que la actora se desempeñaba como Auxiliar de Enfermería en el área de urgencias, cumpliendo horarios, no se evidencia con claridad el elemento subordinación y durante qué períodos y no existe otro medio probatorio en el expediente, que ratifique lo expuesto por los prenombrados testigos.

Recuérdese, que conforme a la Ley 80 de 1993, **los contratos estatales al ser solemnes requieren de prueba de su celebración**, tal como se dispone en el art. 39, por lo que, si la parte activa de la presente Litis, alegó la existencia de una relación laboral con el extinto hospital referido, **al menos debió traer soportes de los contratos por ella suscritos con aquel o por la intermediación laboral que adujo ocurrió**, que de paso ha de decirse, no se indicó y demostró en el proceso cuáles eran.

Precisa así, el canon 39 ibídem:

**“ARTÍCULO 39. DE LA FORMA DEL CONTRATO ESTATAL.** Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

*Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.*

**PARÁGRAFO.** <Parágrafo derogado por el artículo [32](#) de la Ley 1150 de 2007”.

De igual forma, es válido tener en cuenta el artículo 256 del C.G.P., norma que dispone:

**“ARTÍCULO 256. DOCUMENTOS AD SUBSTANTIAM ACTUS.** La falta del documento que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato no podrá suplirse por otra prueba”. (Destaca la Sala)

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

En consecuencia, conforme al marco jurídico y jurisprudencial señalado en precedencia la Sala revocará la sentencia de primera instancia, y en su lugar se denegarán las pretensiones.

Finalmente, en cuanto a la **condena en costas**, se tiene lo siguiente:

En materia de costas, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 expresa que, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Conforme a lo anterior se condenará a la parte vencida en costas de ambas instancias para los se fijará como agencias en derecho el 0.5 smlm.

**En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca,  
Sala Segunda de Decisión, Administrando Justicia en nombre de la República  
de Colombia y por autoridad de la Ley,**

## **FALLA**

**PRIMERO. REVOCAR** la Sentencia de primera instancia No. 061 del 17 de mayo de 2017 proferida por el Juzgado Diecisiete Administrativo Oral del Circuito de Cali, y en lugar se **deniegan las pretensiones** de la demanda, conforme a lo argumentando en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. CONDENAR** a la parte vencida en costas de ambas instancias para los se fijará como agencias en derecho el 0.5 smlm, por lo arriba expuesto.

**TERCERO.** Los correos de las partes para efectos de notificaciones son:

[-soquzman@procuraduria.gov.co](mailto:-soquzman@procuraduria.gov.co)

[-hospitalsantamargarita@hotmail.com](mailto:-hospitalsantamargarita@hotmail.com)

[-santiago-abogado@hotmail.com](mailto:-santiago-abogado@hotmail.com)

[-jorgeveraquintero@hotmail.com](mailto:-jorgeveraquintero@hotmail.com)

[-haroldhmorenoc@hotmail.com](mailto:-haroldhmorenoc@hotmail.com)

**CUARTO. Devolver** el expediente al Juzgado de origen, una vez ejecutoriada la presente providencia.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión, según consta en Acta de la fecha.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**JHON ERICK CHAVES BRAVO**

Magistrado

**FERNANDO AUGUSTO GARCIA MUÑOZ**

Magistrado.

**RONALD OTTO CEDEÑO BLUME**

Magistrado