RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Acción. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado. 19001333100620110024701
Demandante. Sofía Chamorro Hernández
Demandado. E.S.E. Antonio Nariño en liquidación
Fecha de la sentencia. Noviembre 16 de 2017
Magistrado ponente. PEDRO JAVIER BOLAÑOS ANDRADE
Descriptor. **Contrato realidad**
Restrictor 1. Contrato de prestación de servicios.
Restrictor 2. Contrato realidad en el sector salud.
Restrictor 3. Principio de primacía de la realidad sobre la formalidad.
Restrictor 3. Contrato a través de Cooperativa de Trabajo Asociado
Tesis 1. La declaratoria y reconocimiento de una verdadera relación laboral, no convierten al contratista en servidor público, de suerte que los beneficios se limitan al reconocimiento prestacional equivalente, a título de indemnización.
Tesis 2. Carece de lógica afirmar que el contrato que antecedió al proceso de escisión y que fue ejecutado por la actora en la ESE ANTONIO NARIÑO constituya una relación distinta a las pactadas anteriormente con el ISS, cuando por ministerio de la ley la ESE ANTONIO NARIÑO se subrogó en los contratos que celebró el Instituto de Seguros de Seguros Sociales.
Tesis 3. Existe irregularidad en la vinculación de la actora pues terminó por utilizarse la modalidad contractual para satisfacer necesidades administrativas de naturaleza permanente.
Tesis 4. Las Cooperativas de Trabajo Asociado SYGE, son asociaciones que gozan de la autonomía concedida por la Ley 79 de 1988 pero la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que tal autonomía no es absoluta ya que se encuentra limitada por parámetros constitucionales, en particular, por los derechos de los trabajadores.
Resumen del caso. La actora pretende le sea reconocida la condición de empleada pública con las respectivas consecuencias prestacionales, a partir de la fecha en que se escindió el ISS y a partir de la cual pasó a prestar sus servicios como contratista a la ESE ANTONIO NARIÑO.
Problema jurídico. Determinar si a la actora como profesional de la salud y contratista de prestación de servicios la cobija el principio de la realidad sobre las formalidades con el ánimo de obtener el pago de sus acreencias laborales legales y convencionales.

Decisión. Revoca sentencia de primera instancia que negó pretensiones al declarar probada la excepción de prescripción del derecho.

Razón de la decisión.

(…) se puede concluir que resulta válido en aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades, el reconocimiento en dinero del equivalente a las prestaciones sociales correspondientes a los profesionales de la salud vinculados por una relación legal y reglamentaria, siempre y cuando se demuestren los elementos de la relación laboral, de modo especial la subordinación. Empero, se itera, que la declaratoria y reconocimiento de una verdadera relación laboral, no convierten al contratista en servidor público, de suerte que los beneficios se limitan al reconocimiento prestacional equivalente, a título de indemnización.

(…)

Así las cosas, no existe ninguna evidencia que permita establecer que la ESE ANTONIO NARIÑO posteriormente modificó las condiciones del contrato, por lo cual carece de cualquier lógica afirmar que el contrato que antecedió al proceso de escisión y que fue ejecutado por la actora en la ESE ANTONIO NARIÑO constituya una relación distinta a las pactadas anteriormente con el ISS, cuando por ministerio de la ley la ESE ANTONIO NARIÑO se subrogó en los contratos que celebró el Instituto de Seguros de Seguros Sociales, y esta subrogación le permitió a la actora continuar prestando sus servicios en las mismas condiciones contratadas, atender las mismas funciones, en los turnos indicados por la entidad, utilizar las mismas instalaciones, consultorios, mobiliario, e implementos, que ofrecía el CAA POPAYÁN.

(…)

Ahora, es de observar que resulta evidente la irregularidad en la vinculación de la actora durante todo ese tiempo, pues terminó por utilizarse la modalidad contractual para satisfacer necesidades administrativas de naturaleza permanente y, en esas condiciones, terminó por convenirse una práctica contraria al marco jurídico y jurisprudencial arriba explicado, toda vez que el contrato de prestación de servicios no está previsto para desarrollar tareas permanentes e inherentes a las entidades públicas, regla que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución, y que se erige en una prohibición que busca no sólo impedir que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal.

Debe precisar la Sala que si bien la vinculación de la demandante fue bajo la modalidad de asociada de la Cooperativa de Trabajo Asociado SYGE, asociaciones que gozan de la autonomía concedida por la Ley 79 de 1988, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado tal autonomía no es absoluta pues se encuentra limitada por parámetros constitucionales, en particular, por los derechos de los trabajadores (…)

(…)

Se desprende, entonces, que el hecho de que para la prestación de sus servicios como médico general, la demandante hubiera sido vinculada a partir del 1º de diciembre de 2003 como asociada de la Cooperativa de Trabajo Asociado Salud y Gestión SYGE, no es

óbice para determinar la relación laboral que se ha evidenciado, toda vez que quien se benefició de la prestación personal del servicio en las condiciones ya vistas, siguió siendo, directamente, la ESE ANTONIO NARIÑO, hecho que hace a esta última responsable del reconocimiento de acuerdo con el precedente jurisprudencial.

(…)

el restablecimiento del derecho debe limitarse al reconocimiento y pago de prestaciones sociales en igualdad de condiciones a los empleados de la entidad que desempeñaron similar labor, tomando como base para la liquidación respectiva los honorarios pactados contractualmente.

En cuanto a las prestaciones convencionales, se precisa que las mismas se reconocerán hasta cuanto estuvo vigente la convención colectiva, esto es hasta el 30 de octubre de 2004, según lo ha reconocido antes esta Corporación (…)

(…)

*Teniendo en cuenta que la actora presentó la correspondiente reclamación administrativa el **1 de diciembre 2010**, esto es, por fuera de los 3 años siguientes a la terminación de su vínculo, es claro que, conforme a los lineamientos jurisprudenciales arriba transcritos, en principio, no resultaría procedente reconocer los emolumentos deprecados en la demanda.*

Sin embargo, es preciso mencionar que la prescripción no aplica frente a los aportes para pensión, tal como fue señalado por el Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, debiendo ser estudiados en cada caso en concreto, por cuanto ellos tienen incidencia en el derecho pensional.

(…)

Si bien la A quo encontró acreditada la prescripción de los haberes reclamados en la demanda, lo cierto es que no diferenció el punto específico del derecho pensional, el cual, dada su naturaleza, no puede ser objeto de prescripción. Además, no efectuó un análisis de fondo respecto de la materialización o no del contrato realidad, declarando la prescripción de derechos respecto de los cuales no había estudiado su procedencia, pues es requisito sine qua non para su reconocimiento, la existencia del contrato realidad.

De esta manera, considera la Sala pertinente revocar la sentencia de instancia para, en su lugar, declarar la nulidad del acto ficto, pero limitando el restablecimiento del derecho al aspecto pensional, respecto del cual, se itera, no hay lugar a declarar la prescripción trienal.

Observación del Despacho sobre la relevancia de la sentencia. La prescripción en materia de contrato realidad, no resulta aplicable frente a los aportes para pensión, por cuanto ellos tienen incidencia en el derecho pensional.

Nota de Relatoría.

El uso del precedente horizontal constituye un elemento significativo para el Tribunal Administrativo del Cauca; dicha circunstancia se puede notar en la presente providencia

al referirse la Sala a las prestaciones convencionales; se precisa que las mismas se reconocerán hasta cuanto estuvo vigente la convención colectiva, según lo ha reconocido la Corporación en Sala de Decisión No. 001, ***M.P. Carmen Amparo Ponce Delgado****, sentencia No 049 de 6 de junio de 2013, expediente 2007-00365.*

-Se pueden ver pronunciamientos sobre ***contrato realidad****, en el mismo sentido:*

Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Contrato realidad/ Pago de acreencias laborales/Prescripción. *Solicitud de nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento de prestaciones sociales de la actora, y que se reconozca que existió una verdadera relación laboral.* ***Confirma- accede-modifica*** *ya que si bien la actora laboró en la entidad bajo el ropaje de contrato de prestación de servicios y convenios con cooperativas de trabajo asociado, la relación tuvo suspensión por extensos períodos de tiempo por lo que prescribieron la mayoría de derechos laborales, sin que se excluya la obligación de realizar aportes a pensión. Se declara que sí hubo relación laboral pero evidenciando por parte de la Sala que la actora no tiene la naturaleza de empleada pública y de carrera administrativa (DL 1298/94) y no es tampoco trabajadora oficial por no haber realizado labores en este sentido. Sentencia del 28 de julio de 2017, Elsy Romero Buitrago vs EDE Hospital de El Tambo y otro.* ***M.P. David Fernando Ramírez Fajardo.***

Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Contrato realidad. *Pretende la actora, contratista de prestación de servicios le sea reconocida la condición de empleada pública con las respectivas consecuencias prestacionales a partir del 26 de junio de 2003-Decreto 1750 de 2003-fecha en que se escindió el ISS y a partir de la cual pasó a prestar sus servicios como contratista a la ESE Antonio Nariño.* ***Confirma-concede****. Por principio de prevalencia de la realidad sobre formalidades contractuales, se le reconocen prestaciones sociales tomando como base para la liquidación los honorarios pactados contractualmente. Se ordena hacer aportes a Seguridad Social de la actora.* ***Sentencia del 22 de junio de 2017.*** *Rocío Ordoñez Sandoval vs ESE Antonio Nariño en Liquidación.* ***M.P. Pedro Javier Bolaños Andrade.***

Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Contrato realidad/ Pago de acreencias laborales a contratista de prestación de servicios que en realidad tenía una relación laboral. *Reconocimiento y pago de acreencias laborales: auxilio de cesantías e intereses, prima de servicios, prima de navidad, prima de antigüedad horas extras, compensatorios, recargos por trabajo suplementario diurno y nocturno, dominicales, festivos, vestido, calzado, aportes patronales a seguridad social, compensación de vacaciones y se declare la existencia de una relación subordinada. Se demuestra la subordinación, pues desempeñaba labores propias de un empleado de planta. Confirma – accede- modifica parcialmente respecto de traslado de cotizaciones para pensión. Sentencia del 4 de mayo de 2017. Taurino Campo Yandi vs ESE Hospital de El Tambo.* ***M.P. David Fernando Ramírez Fajardo.***

Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Contrato realidad y reconocimiento de prestaciones sociales. *Docente vinculada a través de contrato de prestación de servicios, durante 10 años. Cumplía órdenes de sus superiores por lo que se configura contrato realidad, se deben pagar los aportes a pensión lo cual es imprescriptible. Revoca – accede. Sentencia del 17 de marzo de 2017 Gladys Paguanquiza Simbaña vs Municipio de Inzá (Cauca)* ***M.P. David Fernando Ramírez Fajardo.***

-Con el fin de ampliar la base de datos del lector sobre casos de ***contrato realidad –***

principio de la primacía de la realidad *sobre la formalidad, pueden verse las siguientes sentencias recientes:*

Acción de tutela. Dignidad Humana- Seguridad Social- Igualdad. *Madres comunitarias, sustitutas y tutoras en hogares solicitan que se formalice el* ***contrato de trabajo realidad*** *entre el accionado y cada una de ellas, desde la fecha de vinculación hasta la desvinculación del programa, y se reconozcan salarios, prestaciones, subsidios y demás.* ***Accede****. La jurisprudencia y la Ley si prevé el derecho a la seguridad social de las madres comunitarias, y además por las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran por ser parte de un segmento situado en posición de desventaja, resulta necesario que la entidad sancionada adelante el correspondiente trámite para que se reconozcan los aportes parafiscales en pensiones faltantes y subsidio pensional. T-480 de 2016.* ***Sentencia del 21 de noviembre de 2017****. Ernestina Melenge Samboni y otros vs ICBF.* ***M.P. Naun Mirawal Muñoz Muñoz.***

Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Derechos laborales. Contrato realidad. Supernumerario nombrado posteriormente como empleado temporal *pretende se le paguen honorarios y prestaciones como empleado de planta de la entidad.* ***Revoca - niega.*** *El actor como empleado temporal recibió incentivos del Decreto 1268 para los años del 2012 a 2014. Aurelio Kreutes Gómez vs DIAN. M.P. Carlos Hernando Jaramillo Delgado.* ***Sentencia del 29 de agosto de 2017****.* ***M. P. Carlos Hernando Jaramillo Delgado****.*

Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Contrato realidad. Conductor de ambulancia mediante convenio asociativo de trabajo (por medio de cooperativas y de asociación sindical). *La Entidad negó al trabajador el pago de salarios y prestaciones sociales por considerar que no existió una relación laboral sino un contrato sindical.* ***Accede*** *ya que los servicios prestados fueron desarrollados de manera personal, subordinada, cumpliendo horarios de trabajo y de forma permanente, bajo la ficción de contratos sindicales. Se debe dar aplicación al Principio constitucional de Primacía de la realidad sobre las formalidades.* ***Sentencia del 07 de julio de 2017****. Ciro Antonio Muelas Bernal vs ESE Centro 1.* ***M.P. Naun Mirawal Muñoz Muñoz***

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA
Sala de decisión No. 02 – Sistema Escritural

Popayán, dieciséis (16) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado ponente: PEDRO JAVIER BOLAÑOS ANDRADE

Expediente **19001333100620110024701**
Demandante **SOFÍA CHAMORRO HERNÁNDEZ**
Demandado **E.S.E ANTONIO NARIÑO EN LIQUIDACIÓN**
Acción **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

SENTENCIA No.

I. OBJETO A DECIDIR

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra de la Sentencia de veintisiete (27) de noviembre de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán, por la cual se declaró probada la excepción de prescripción del derecho.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda[1]

SOFÍA CHAMORRO HERNÁNDEZ, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dirigida en contra de la Empresa Social del Estado Antonio Nariño, pretende se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

> "…*3.1 Que se declare acto ficto o presunto, por medio del cual la entidad demandada debió resolver la petición radicada en la fecha 1 de Diciembre de 2010 en la cual se solicitó el reconocimiento y pago de acreencias por derechos laborales y el reintegro al cargo desempeñado por la demandante desde su desvinculación.*
>
> …
>
> *3.2 Devolver la situación al estado existente con anterioridad a la lesión inferida, ordenando su incorporación a la entidad demandada a partir del 26 de Junio de 2003 cuando se expidió el decreto 1750 de 2003 de escisión del I.S.S.*
>
> *3.3 Que se declare la condición de EMPLEADO PUBLICO de la actora por incorporación automática y sin solución de continuidad a la E.S.E. Antonio Nariño a partir del 26 de junio de 2003, en virtud de la previsión contenida en*

[1] Folios 64-90 del Cuaderno Principal 1

el artículo 17 y siguientes del Decreto 1750 de 2003 por medio del cual se escindió el Instituto de Seguros Sociales y se crearon las Empresas Sociales del Estado, dentro de ellas la demandada E.S.E. Antonio Nariño, actualmente el liquidación

3.4 Que se declare a favor de la actora, su condición de beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 31 de octubre de 2001 entre el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato Sintraseguridad Social, a la fecha del día 25 de junio de 2003, cuando se escindió la Vicepresidencia de Prestaciones Sociales del Instituto de Seguros Sociales y se creó la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ANTONIO NARIÑO, de conformidad con la previsión contenida en el artículo 3 del Acuerdo Integral por ser este sindicato a quien el I.S.S le reconoce su representación mayoritaria y de conformidad con las orientaciones jurisprudenciales señaladas por la Honorable Corte Constitucional en las Sentencias C-314 y C-349 de 2004.

3.5 Que se condene a la entidad demandada, al pago de los reajustes o diferencias salariales, y de las prestaciones sociales y convencionales a las cuales tiene derecho la demandante correspondientes al cargo desempeñado como ***MEDICO GENERAL,*** *desde cuando debió ser incorporada automáticamente y sin solución de continuidad a la E.S.E. ANTONIO NARIÑO, es decir desde el 26 de junio del año 2003 hasta la fecha de su retiro definitivo de la entidad en el año 2003 cuando se presentó la liquidación de la ESE ANTONIO NARIÑO, fecha probada en que dejo de prestar sus servicios personales a la entidad demandada, por intermedio de la Cooperativa "SYGE".*

3.6. Que se ordene a la entidad demandada el reintegro de la señora ***SOFIA CHAMORRO HERNANDEZ*** *en las misma condiciones de empleo y en el cargo de* ***MEDICO GENERAL*** *el cual desempeñaba en la E.S.E. Antonio Nariño a la fecha del 30 de noviembre de 2003 en la que finalizó el último contrato sucesivo de prestación de servicios que en realidad se trataba de una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido, reintegro que deberá producirse sin solución de continuidad y con el pago de todos los salarios y prestaciones sociales y convencionales dejados de percibir hasta la fecha en que efectivamente se produzca el reintegro incluidas las cesantías, los intereses sobre cesantías, el auxilio de transporte, la prima legal de navidad, la prima legal de servicios, la prima extralegal de servicios, en adición a la prima legal de servicios, las vacaciones, las primas de vacaciones, la prima técnica, las dotaciones, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, los aportes al sistema de seguridad social, integral y todos los demás beneficios convencionales; sumas que deberán ser debidamente indexadas desde la fecha de su causación hasta que sean efectivamente canceladas.*

3.7. Que se condene a la entidad demandada al pago de las costas y costos que se generen en el proceso.

3.8. La entidad demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A., todos los valores de liquidación de condena serán indexados según lo previsto en el artículo 178 ibidem.

4. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

En subsidio de las pretensiones identificadas con el numeral 3.6, solicito se condene a la ESE ANTONIO NARIÑO EN LIQUIDACION a pagar a la actora los siguientes valores:

4.1 Condénese a la entidad demandada E.S.E. ANTONIO NARIÑO, a pagar a la actora, la indemnización por despido injusto prevista en el artículo 5° de la convención colectiva de trabajo vigente en la entidad para la fecha de retiro del demandante y pactada con el sindicato SINTRASEGURIDAD SOCIAL, de acuerdo con el tiempo de servicios, contabilizado desde su ingreso al I.S.S. hasta la fecha probada en que dejo de prestar sus servicios personales a la entidad demandada, por intermedio de la Cooperativa "SYGE".

*4.2 Condénese a la entidad demandada E.S.E. ANTONIO NARIÑO, a pagar a la actora, o a quien sus derechos represente, el valor de los reajustes por diferencias de salarios y las prestaciones sociales y convencionales dejados de percibir como **MEDICO GENERAL** , incluidas las cesantías, los intereses sobre cesantías, el auxilio de la transporte, la prima legal de navidad, la prima legal de servicios, la prima extralegal de servicios, en adición a la prima legal de servicios, las vacaciones, las primas de vacaciones, la prima técnica, las dotaciones, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, los aportes al sistema de seguridad social, integral y todos los demás beneficios convencionales; sumas que deberán ser debidamente indexadas desde la fecha de su causación hasta que sean efectivamente canceladas, desde cuando debió incorporarse a la E.S.E. ANTONIO NARIÑO (junio 26 de 2003), hasta la fecha probada en que dejo de prestar sus servicios personales a la entidad demandada, por intermedio de la Cooperativa "SYGE".*

4.3 Las sumas de dinero que resulten de la liquidación anterior, serán reajustadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor certificado por el DANE entre las fechas en que se debieron pagar y la de ejecutoria de la sentencia.

4.4 Las sumas reconocidas en los numerales anteriores devengarán los intereses señalados en el Art. 177 del C.C.A. desde la fecha de ejecutoria de la sentencia

4.5 Condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

4.6 La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a su ejecutoria".

2.2. Los hechos

Como fundamento de sus pretensiones, la parte demandante expuso, en síntesis, los siguientes hechos:

La actora laboró como MÉDICO GENERAL al servicio del ISS-Seccional Cauca mediante contratos de prestación de servicios, desde 19 de septiembre de 1997 hasta el 25 de junio de 2003, prestando sus servicios de

forma personal, subordinada y permanente, en las mismas condiciones que el resto del personal médico que estuvo vinculado a la planta de aquella entidad como trabajadores oficiales, quienes de ahí en adelante fueron incorporados como empleados públicos a la ESE ANTONIO NARIÑO, creada con motivo de la escisión del I.S.S.

Mediante el Decreto 1750 del 26 de junio de 2003, el Gobierno Nacional escindió la Vicepresidencia de Prestaciones de Servicios de Salud del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y creó la Empresa Social del Estado Antonio Nariño, para prestar los servicios de salud en los Departamentos del Valle del Cauca, Cauca, Nariño y Putumayo, regulando en su artículo 18 el respeto a los derechos adquiridos en materia salarial y prestacional de los servidores públicos a los cuales se les modificó la naturaleza del vínculo laboral, pasando de trabajadores oficiales a empleados públicos, pero conservando los beneficios convencionales de acuerdo con las sentencias C- 314 y C-349 de 2004 proferidas por la Corte Constitucional.

El 30 de noviembre de 2003 venció el último contrato de prestación de servicios, y a partir del 1° de diciembre del mismo año su vinculación se realizó, sin solución de continuidad, a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado "SYGE", para realizar las mismas actividades.

La actora laboró al servicio del ISS-Seccional Cauca mediante contratos de prestación de servicios hasta el año 2003, prestando sus servicios de forma personal, subordinada y permanente, en las mismas condiciones que el personal de planta, quienes tuvieron la condición de trabajadores oficiales hasta el 25 de junio de 2003, y de empleados públicos a partir del 26 de junio de 2003, por cuenta de su incorporación a la ESE ANTONIO NARIÑO. A partir del 1° de diciembre de 2003, la actora fue vinculada, sin solución de continuidad, a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado Salud y Gestión SYGE.

La demandante promovió proceso ante la jurisdicción laboral procurando el reconocimiento de la existencia de una relación de trabajo, entre los

años 1995 y el 2003, período en que estuvo vinculada al ISS, obteniendo sentencia favorable del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, en la cual se le reconoció el estatus de trabajadora oficial y los beneficios salariales y prestacionales establecidos en la convención colectiva vigente a ese momento; el trámite de segunda instancia ante el Tribunal Superior de Popayán, se resolvió con la sentencia de 11 de noviembre de 2010.

Paralelamente, el 1° de diciembre de 2010, la actora solicitó a la ESE ANTONIO NARIÑO el reconocimiento de la condición de empleada pública a partir del 26 de junio de 2003, al igual que el "reintegro", su incorporación automática a la planta sin solución de continuidad, el reconocimiento de los beneficios convencionales y el pago de salarios y prestaciones sociales y convencionales dejadas de percibir desde aquélla fecha. La entidad omitió dar respuesta a la anterior petición, dando lugar al acto ficto negativo demandado.

Señala la actora que a pesar de haber estado vinculada como contratista, entre ella y la ESE ANTONIO NARIÑO se configuró una verdadera relación laboral, a partir del 26 de junio de 2003, por cuanto se desempeñó en las mismas condiciones que el personal de planta, razón por la cual debe declararse la nulidad del acto ficto negativo demandado en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas.

2.3. Normas violadas y concepto de violación

Se mencionaron como normas violadas las siguientes:

Ley 80 de 1993, Decreto 1750 de 2003 artículos 16, 17,18. Cita igualmente precedente Constitucional contenido en las sentencias C-314 de 2004 y el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo.

Se expone que si bien la actora se vinculó a la entidad a través de diversos contratos estatales, cumplió las mismas funciones asignadas al personal de

planta de la entidad, pues estuvo sometida a las mismas condiciones de trabajo, órdenes, instrucciones, reglamentos, horarios y jornada laboral. Fundamenta su posición en la Sentencia C-314 del 01 de abril de 2004 expedida por la H. Corte Constitucional.

Que la jurisdicción ordinaria laboral declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la actora y el Instituto de Seguros sociales y, en consecuencia, reconoció las prestaciones sociales y convencionales a que tenía derecho en su condición de trabajadora oficial hasta el 25 de junio de 2003.

Se afirma que de ahí en adelante por tratarse de derechos adquiridos y consolidados, según lo establece el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, le corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa declarar la existencia de la relación laboral a partir de esta fecha, con inclusión de las prestaciones pactadas en la convención colectiva de trabajo celebrada entre el sindicato SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el I.S.S, en tanto la Corte Constitucional extendió tales prerrogativas a los servidores incorporados a la E.S.E ANTONIO NARIÑO, hasta la vigencia de la misma, 31 de octubre de 2004.

2.4. Recuento Procesal

La demanda fue presentada el 31 de marzo de 2011[2], siendo admitida con proveído de 2 de mayo de 2011[3].

Por auto del 18 de septiembre de 2012, el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión dispuso la vinculación a la SOCIEDAD ALIANZA FIDUCIARIA S.A., como administrador del PAR ESE ANTONIO NARIÑO.

Una vez fijado en lista el asunto por el término de ley[4], se otorgó el traslado de las excepciones propuestas por la demandada en su respectiva

[2] Folio 91 reverso del Cuaderno Principal 1
[3] Folio 97 del Cuaderno Principal 1
[4] Folio 120 del Cuaderno Principal 1

contestación.

Mediante proveído de 14 de mayo de 2015 se dio apertura al período probatorio por el término de 30 días[5], vencido el cual, se corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión[6].

2.5. Contestación de la demanda

2.5.1. Por parte de la Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del PAR ESE Antonio Nariño[7]

Precisó que la actora nunca tuvo una relación laboral con la entidad, toda vez que los hechos de la demanda sólo le constan a la extinta ESE ANTONIO NARIÑO hoy liquidada, máxime que la ALIANZA FIDUCIARIA S.A., no se subrogó en las relaciones laborales que en algún momento tuvo la actora con la ESE.

Que conforme al contrato de fiducia mercantil, sus actividades se limitan a la atención, control y seguimiento de los procesos judiciales iniciados contra la extinta ESE, sin que haya asumido la calidad de vinculado a los procesos judiciales, pues es ajena a las relaciones jurídicas de carácter sustancial y procesal que dieron origen a los vínculos contractuales entre la actora y la extinta entidad.

Agrega que los reajustes o de prestaciones laborales se liquidaron y pagaron de acuerdo con la normativa vigente y aplicable al servidor público, máxime que la representada es una entidad diferente a la ESE ANTONIO NARIÑO LIQUIDADA y solo está obligada a cumplir el contrato fiduciario conforme a las instrucciones previamente impartidas.

Señala que la convención colectiva de trabajo estuvo vigente hasta el 31 de octubre de 2004, y a partir del 1° de noviembre de ese año es aplicable

[5] Folios 1-2 del Cuaderno de Pruebas 1
[6] Folio 215 del Cuaderno Principal 1
[7] Folios 121-142 del Cuaderno Principal 1

a los servidores incorporados el régimen propio de la Rama Ejecutiva del orden Nacional, aclarando que, de existir alguna prórroga, ésta se entendería entre las partes que la suscribieron -ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL- y no la ESE ANTONIO NARIÑO, máxime que la demandante adquirió la condición de empleada pública en ésta última empresa, sin que pudiese suscribir convención colectiva alguna.

Tampoco es posible aplicar en este caso, la figura de la sustitución patronal, por cuanto tal como lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C-314, el objeto de las empresas industriales y comerciales del Estado, como es el caso del ISS es diferente al de las ESE, pues el de las primeras es el desarrollo de una actividad comercial y el de las últimas la prestación del servicio público de salud.

2.6. La sentencia de primera instancia[8]

El Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán, mediante sentencia del veintisiete (27) de noviembre de dos mil quince (2015), resolvió:

> "***PRIMERO: DECLARAR*** *probada la excepción de prescripción del derecho, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. En consecuencia niéguese la pretensiones de la demanda".*

Luego de efectuar un análisis del material probatorio allegado al expediente, explicó su decisión en los siguientes términos:

> *"Más recientemente el Consejo de Estado[9], en Sentencia de 19 de enero de 2015, reiteró la posición planteada en sentencia de 8 de mayo de 2014[10] y determinó: "que el plazo razonable en el que se debe peticionar el pago de las prestaciones derivadas del vínculo laboral,* ***es de 5 años siguientes a la fecha de terminación del último contrato;*** *fecha que mutatis mutandi puede asimilarse al acto de retiro, acorde con lo estipulado por el artículo 66 del C.C.A., en armonía con los principios de preclusion, seguridad jurídica, razonabilidad, ponderación y diligencia que deben acompañar las actuaciones de los administrados" (Destacado del Despacho).*

[8] Folios 241-258 del Cuaderno Principal 1

De conformidad con la pauta jurisprudencial del Tribunal de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, la accionante contaba con cinco (5) años para reclamar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que alega, término que debió contar a partir de la terminación del último contrato, so pena de configurarse el fenómeno prescriptivo.

Ahora bien, al proceso se allegó Constancia expedida por el liquidador de la Cooperativa de Trabajo Asociado Salud y Gestión "SYGE" en liquidación en la cual se hace constar:

"Que la doctora SOFIA CHAMORRO HERNANDEZ identificada con cédula de ciudadanía No. 31160.877 Expedida en Palmira fue asociada de esta cooperativa y prestó servicios en la ESE ANTONIO NARIÑO mediante contrato de asociación desde el ***1 de diciembre de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2005.*** *Desarrollando labores de Médico General (fl. 211 del cuaderno principal)".*

Sobre el periodo señalado versa la presente reclamación de configuración de contrato realidad. En efecto, la señora SOFIA CHAMORRO HERNÁNDEZ, solicita el pago de haberes laborales y prestaciones por el periodo comprendido entre el mes diciembre de 2003 y septiembre de 2005, término durante el cual señala fue vinculada a través de contratos de prestación de servicios como mecanismo para eludir el pago de los derechos reconocidos al personal del planta de la entonces ESE ANTONIO NARIÑO y frente a los cuales la demandante laboraba en las mismas circunstancias.

Como ya lo ha dicho el Despacho, la petición de reconocimiento y pago de los derechos reclamados se realizó el día Iº de diciembre de 2010, esto es, cuando había trascurrido cinco (5) años, dos (2) meses y un (1) día, de terminación de la relación contractual que sirve de fundamento a las peticiones elevadas en el presente proceso.

En conclusión, la reclamación debía formularse dentro de los cinco (5) años siguientes a la terminación de los contratos, por manera, que si en el presente asunto, se tiene establecido que la señora SOFIA CHAMORRO HERNÁNDEZ estuvo vinculada con la Cooperativa de Trabajo Asociado Salud y Gestión "SYGE" hasta el 30 de septiembre de 2005 y si formuló su reclamación sólo hasta el Iº de diciembre de 2010, es evidente que operó la prescripción del derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y laborales deprecadas, teniendo en cuenta termino prescriptivo de cinco años para la formulación de la reclamación de conformidad con las pautas jurisprudenciales recientes sobre el asunto debatido".

2.7. El recurso de apelación[9]

Inconforme con la decisión adoptada por la A quo, la parte actora, interpuso recurso de apelación argumentando, en síntesis, que no podría declararse la prescripción de los derechos reclamados por la actora, pues dicho término no debe contabilizarse desde el 30 de septiembre de 2005,

[9] Folios 261-263 del Cuaderno Principal 1

fecha en la cual la demandante se desvinculó de la entidad demandada por intermedio de la cooperativa, sino desde la fecha en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, profirió la sentencia de segunda instancia mediante la cual se declaró "*la existencia de la relación laboral antecedente con el ISS, en este caso, a partir del 11 de noviembre de 2010*".

Recalcó, con base en jurisprudencia del Consejo de Estado, que la referida sentencia es constitutiva y, por ende, la exigibilidad de los derechos prestaciones en imposible con anterioridad a la misma.

2.8. Los alegatos en segunda instancia

Se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto de fondo[10].

La parte demandada[11] solicitó la confirmación del fallo de instancia, recalcando que el análisis que llevó a la declaratoria de prescripción de los derechos de la parte actora, se sustentó en la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado.
La parte demandante solicitó la revocatoria del fallo apelado, reiterando que no podría declararse la prescripción de los derechos reclamados por la actora, pues dicho término no debe contabilizarse desde el 30 de septiembre de 2005, fecha en la cual la demandante se desvinculó de la entidad demandada por intermedio de la cooperativa, sino desde la fecha en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán profirió la sentencia de segunda instancia[12].

2.9. El Concepto del Ministerio Público[13]

[10] Folio 9 del Cuaderno Principal 2
[11] Folio 10 del Cuaderno Principal 2
[12] Folio 18-19 del Cuaderno Principal 2
[13] Folio 21 del Cuaderno Principal 2

La Procuraduría 39 Judicial II Administrativa, remitió el expediente de la referencia "*ante la imposibilidad de rendir concepto de fondo en tiempo oportuno, en consideración a que el Despacho no cuenta con el personal suficiente que permita realizar un estudio detenido de todos los procesos allegados en el término dispuesto en la Ley…*".

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

3.1. La competencia

Por la naturaleza del proceso, el Tribunal es competente para decidir el presente asunto en **SEGUNDA INSTANCIA,** al tenor de lo dispuesto en el artículo 133 -1 del Código Contencioso Administrativo.

3.2. El ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 136 del D.L. 01 de 1984, según el cual "*La acción sobre los actos presuntos que resuelvan un recurso podrá interponerse en cualquier tiempo*", se concluye que la actora podía impetrar la demanda en cualquier tiempo, esto es, sin que se encuentre sujeta a término de caducidad.

3.3. El asunto materia de debate

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha reiterado que la competencia del *Ad quem* se encuentra estrictamente limitada a los argumentos que exponen las partes en el respectivo recurso de apelación; de suyo que no puede abarcarse un estudio completo o total del proceso, sino circunscribir su análisis a desatar los planteamientos señalados en la alzada.[14]

[14] Criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera en providencia de 9 de febrero de 2012, expediente 21.060, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Así mismo reiterado, entre otras, por la Sección Tercera- Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, sentencias de 11 de julio de 2013, Radicación número: 19001-23-31-000-2001-00757-01(31252) y Radicación número: 05001-23-31-000-1995-01939-01 (30.424), entre otras. En esta última se refirió que "…*Previo a decidir, debe precisarse que conforme lo ha señalado la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado[14], la*

Así las cosas, en esta instancia procesal, debe establecer la Sala si, efectivamente, como lo concluyó el A quo, la demandante presentó la reclamación por fuera del término de prescripción establecido jurisprudencialmente, contabilizándolo a partir de la terminación del vínculo contractual con la entidad accionada.

Para ello, la Corporación procederá a analizar, en primer lugar, si se encuentran o no debidamente acreditados todos los elementos propios de la relación laboral, pues son éstos los que legitiman el respectivo restablecimiento del derecho.

3.4. Del contrato realidad

Jurisprudencialmente se ha concebido que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia del contratista respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del primero, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, conforme al contenido del artículo 53 de la Constitución Política.

En sentencia C-154 de 1997, al decidir la exequibilidad condicionada del el artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993[15], la Corte Constitucional estableció las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de carácter laboral, así:

---

competencia del juez de segunda instancia está limitada a los motivos de inconformidad que expresen los recurrentes en sus escritos de apelación, de allí que, en el asunto sub examine esta Subsección se restringirá a los argumentos señalados por las partes, en sus recursos...".

[15] Art. 32.- *De los contratos estatales.* …"

(…)
3. *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 pueda realizarse con personal de planta o que requieran conocimientos especializados.
En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

> *"[C]omo 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[16]".* (Negrillas y subraya de la Sala)

De otra parte, el referido Tribunal Constitucional en sentencia C-614 de 2009, al decidir sobre la exequibilidad del artículo 2º del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968, reiteró la sub-regla jurisprudencial que reivindica la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en todos aquellos eventos en los que se acude a la figuras contractuales o similares para precaver el pago de prestaciones sociales, avalando, en consecuencia, la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para desarrollar funciones permanentes de la administración. La Corte concluyó la existencia de ciertos criterios que permiten identificar el carácter permanente de las funciones desarrolladas por un contratista, que habilitan el reconocimiento de prestaciones sociales, así:

> *"**La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a***

[16]Corte Constitucional, MP. Hernando Herrera Vergara, sentencia C – 154 de 1997.

***la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios, a saber**:*

*i) Criterio funcional: la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público. En otras palabras, **si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral**. En este sentido, la sentencia del 21 de agosto de 2003[17], de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expresó:*

"…no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento, por mandato constitucional, y que el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes"

*ii) Criterio de igualdad: **Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral**, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia citada del 6 de septiembre de 2008[18]).*

*iii) Criterio temporal o de la habitualidad: Si l**as funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad**, **que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral** y no contractual (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia ya citada del 3 de julio de 2003[19]). Dicho en otros términos, si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y de esa manera, se encuentra que no se trata de una relación o vinculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008[20]).*

*iv) Criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a **"actividades nuevas"y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria**, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002[21] a que se ha hecho referencia). Por el contrario, si la gestión contratada equivale al "giro normal de los negocios" de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual. (…)*

---

[17] Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, radicación 0370-2003
[18] Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 2152-06.
[19] Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, expediente 4798-02
[20] Consejero Ponente Jaime Moreno García, expediente 2776-05
[21] Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 3530-2001,

*v) Criterio de la continuidad: **si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración**, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral. La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 21 de agosto de 2003[22], indicó:*

"no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a este"

En este orden de ideas, por ejemplo, el Consejo de Estado consideró que para desempeñar funciones de carácter permanente y habituales (no para responder a situaciones excepcionales) no pueden contratarse mediante prestación de servicios a docentes[23], a personas para desempeñar el cargo de Jefe de Presupuesto de una entidad pública[24], a mensajeros[25] y a un técnico y operador de sistemas[26]. Y, en el mismo sentido, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia manifestó que no era posible contratar por prestación de servicios la Jefatura del Departamento de Riesgos Profesionales de una empresa[27]

*En síntesis, una de las condiciones que permite diferenciar un contrato laboral de un contrato de prestación de servicios es el ejercicio de la labor contratada, pues **sólo si no hace parte de las funciones propias de la entidad, o haciendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios. De lo contrario, la administración debe recurrir a la ampliación de la planta de personal para celebrar contratos laborales.***

Con base en lo expuesto, la Sala resolverá si la prohibición para celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente porque se requiere crear los empleos correspondientes, es contraria a la Constitución."

Como fundamento para la declaratoria de exequibilidad de la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para desempeño de funciones permanentes, señaló que "…*si el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales es una regla obligatoria que limita no sólo la discrecionalidad de*

---

[22] Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, radicación 0370-2003
[23] En este sentido, ver sentencias del 7 de abril de 2005, expediente 2152, del 6 de marzo de 2008, expediente 4312, sentencia del 30 de marzo de 2006, expediente 4669, del 14 de agosto de 2008, expediente 157-08
[24] Sentencia del 23 de junio de 2005, expediente 245.03
[25] Sentencia del 16 de noviembre de 2006, expediente 9776.
[26] Sentencia del 17 de abril de 2008, expediente 2776.
[27] Sentencia del 10 de octubre de 2005, expediente 24057, M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez

las autoridades administrativas, sino también la libertad de configuración normativa del legislador, es lógico inferir que el ejercicio de funciones permanentes en la administración exige la creación de empleos públicos que deben ser ocupados por servidores públicos y no ejecutados a través de contratos con vigencia temporal, que alteren los derechos a la igualdad de oportunidades de los trabajadores, de acceso al servicio público por mérito y de remuneración en proporción al salario."

Ahora, resulta relevante recalcar los términos precisados por la Corte Constitucional[28] cuando indicó que "*La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de* ***función permanente como elemento****,* ***<u>que sumado</u> a la prestación de servicios personales, subordinación y salario****, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios*". De ello se extrae, entonces, que son en su conjunto dos eventos con los cuales se entiende que resulta contrario a la Constitución y la ley, la vinculación de personal a través de contratos de prestación de servicio: **i)** tanto si el objeto de los mismos corresponde al desempeño de funciones propias, permanentes o del giro ordinario de la entidad, como **ii)** si en la ejecución de las mismas se evidencian los elementos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración, aspectos para cuya determinación resultarán pertinentes los criterios referidos en el precedente citado.

Probados, entonces, los elementos de una relación laboral (subordinación, prestación personal del servicio y remuneración), al interior de otra de carácter contractual, bajo la forma de contratos estatales, surge el imperativo de aplicar el principio constitucional de la *primacía de la realidad sobre las formas en la relaciones de trabajo,* debiendo declararse allí la existencia de una relación típica laboral, con las respectivas consecuencias prestacionales.

[28] Sentencia C-614 de 2009

No obstante, es preciso indicar que el Consejo de Estado ha resuelto asuntos en lo que se discute el tema de la aplicación de la primacía de la realidad sobre las formas dejando a salvo la tesis de la Sala Plena referente a que 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, lo que "*no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación*"[29].

En otras palabras, las relaciones jurídicas derivadas de un contrato de prestación de servicios, suponen la coordinación de actividades entre las partes, e implican que el contratista deba someterse a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual puede incluir 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, pero ello en modo alguno prueba el elemento subordinación. Además, conviene reiterar que en orden a esclarecer la subordinación, a menos que se pacte ella expresamente por las partes, es menester analizar el conjunto de factores determinantes del núcleo de la vinculación jurídica, y no aisladamente algunos de sus elementos, porque es precisamente ese contexto el que permite detectar tanto la real voluntad de los contratantes como la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Así las cosas, frente a este elemento -subordinación- y su demostración, no existen criterios de valoración absolutos, siendo necesario entonces examinar en cada caso, si además del cumplimiento de horario, la impartición de instrucciones y la rendición de informes, tienen lugar otras circunstancias que permitan establecer el aspecto subordinado de la relación; por ejemplo, verificando si dentro de la planta de cargos de la

[29] Entre otras: C.E. Sección Segunda, Subsección B, CP. Alberto Arango Mantilla, sentencia de 2 de febrero de 2006; C.E. Sección Segunda Subsección A, CP. Alfonso Vargas Rincón, sentencias del 12 de febrero de 2009, exp. 1982-05 y del 7 de febrero de 2013, exp. 1755-2012.

entidad existe alguno con funciones cuya naturaleza se corresponda con la propia de las labores a cargo del contratista, **o si éstas responden a una necesidad permanente de la entidad pública contratante**.

Sin embargo, aclara la Sala que el hecho de demostrarse la existencia de una relación laboral oculta bajo la fórmula contractual, no implica que deba conferírsele al servidor la calidad de empleado público, ajustado al marco legal o reglamentario, pues esta categoría se alcanza cuando se cumplen las reglas constitucionales que disciplinan el ingreso a la función pública, a saber, el nombramiento y la posesión, precedidas, a su turno, por otros presupuestos como la existencia de un régimen legal y reglamentario, una planta de personal, disponibilidad presupuestal, etc.[30].

3.5. El contrato realidad en el sector salud

En el caso de la labor médica, la especialidad que conlleva su aplicación posibilita la utilización de la figura contractual para satisfacer necesidades del servicio por parte de las entidades que tienen dentro de sus funciones la prestación de servicios asistenciales; de ahí que la Ley 10 de 1990[31], prevea que para garantizar la prestación de esa función, las entidades a cargo pueden celebrar contratos de prestación de servicios con "*fundaciones o instituciones de utilidad común, corporaciones o asociaciones, sin ánimo de lucro, las entidades de que trata el artículo 22 de la Ley 11 de 1986 o, en general, con otras entidades públicas o* ***personas*** *privadas jurídicas o* ***naturales que presten servicios de salud***".

No obstante, incluso en el caso de las personas naturales vinculadas para prestar servicios médicos a través de la modalidad contractual, debe considerarse lo relativo a la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, de tal suerte que si frente a un vínculo contractual se evidencia la existencia de una relación laboral, subordinada y remunerada, habrá lugar a reconocer en favor del

[30]Corte Constitucional, sentencia C – 555 de 1994.
[31] Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones

contratista las consecuencias económicas que le son propias al personal de empleados públicos que vinculados a la planta de la respectiva entidad, desarrollen iguales funciones.

En dichos términos, el H. Consejo de Estado ha manifestado que la vinculación de los profesionales de la salud por medio de contratos de prestación de servicios, pueden ser desvirtuados si se demuestran los elementos propios de la relación laboral[32]:

> *"Se ha afirmado jurisprudencialmente que en el caso de quienes prestan servicios de salud, es válida la suscripción de Ordenes 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, atendiendo a los conocimientos especializados que se requieren para la prestación del servicio médico en sus diferentes disciplinas y a la autonomía e independencia inherente a la aplicación y ejercicio de los mismos, se habilita dicha modalidad para la contratación del personal médico, excluyéndose de plano en tales casos la posibilidad de un trabajo subordinado y por ende la existencia de derechos laborales originados en los servicios prestados, conclusión que constituyó en últimas el fundamento jurídico de la providencia denegatoria proferida por el a quo. Al respecto, dirá la Sala 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 ciertos servicios médicos -entratándose de personas naturales-, no excluye por si sola la posibilidad del empleo público, y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado, de manera que no puede admitirse de manera absoluta que en cuanto a tales servicios, no quepa la figura del contrato realidad -cuando a ello haya lugar-, más cuando en casos como el que nos ocupa, el servicio público especializado contratado se encuentra previsto como un empleo público del nivel profesional, con denominación y funciones detalladas en la Ley, más exactamente en el artículo 3° del Decreto 1335 de 1990, por medio del cual el Gobierno expidió el Manual General de Funciones y Requisitos del Subsector Oficial del Sector Salud, y los artículos 21 y 27 del Decreto 1569 de 1998, en el que se estableció la clasificación de los empleos de las Entidades Públicas que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud".*

[32] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia de dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011), radicación número: 25000-23-25-000-2006-08488-02(0056-10). Actor: Maritza Mercedes Herrera Herrera. Demandado: ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Dicho criterio fue reiterado por la Alta Corporación en sentencia de 17 de abril de 2013[33], cuando explicó:

> *"Es decir, que para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público (…).*
>
> *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, deben revisarse en cada caso, las condiciones en las cuales fueron prestados los servicios en aras de esclarecer 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."*

De todo lo antes expuesto, se puede concluir que resulta válido en aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades, el reconocimiento en dinero del equivalente a las prestaciones sociales correspondientes a los profesionales de la salud vinculados por una relación legal y reglamentaria, siempre y cuando se demuestren los elementos de la *relación laboral*, de modo especial la *subordinación.* Empero, se itera, que la declaratoria y reconocimiento de una verdadera relación laboral, no convierten al contratista en servidor público, de suerte que los beneficios se limitan al reconocimiento prestacional equivalente, a título de indemnización.

3.6. Lo probado en el proceso

- Copia de las sentencias de primera y segunda instancia proferidas por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Judicial de Popayán y el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán – Sala Laboral, mediante las cuales se declaró que entre la señora SOFÍA CHAMORRO HERNÁNDEZ y el I.S.S. existió un contrato de trabajo, condenándose a esta entidad al

[33] Sección Segunda, Subsección A, M.P. Alfonso Vargas Rincón.

reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales equivalentes a los tiempos comprendidos entre i) el 19 de septiembre de 1997 al 21 de noviembre de 1998, ii) del 29 de diciembre de 1998 al 25 de diciembre de 2001, y, iii) del 1° de febrero de 2001 al 25 de junio de 2003.[34]

- Certificación suscrita por el liquidador de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SALUD Y GESTIÓN SYGE, calendada a 4 de junio de 2015, en la que se plasma[35]:

> "***EL SUSCRITO LIQUIDADOR DE LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SALUD Y GESTION EN LIQUIDACIÓN UNA VEZ REVISADAS LAS PLANILLAS DE COMPENSACIONES***
> ***CERTIFICA:***
>
> *Que la doctora SOFIA CHAMORRO HERNANDEZ identificada con cédula de ciudadanía No. 31.160.877 Expedida en Palmira fue asociada de esta cooperativo y prestó servicios en la ESE ANTONIO NARIÑO mediante contrato de asociación desde el* ***1 de diciembre de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2005.*** *Desarrollando labores de Médico General*". (Se destaca)

Debe indicar la Sala que en atención a lo reglado por el **Decreto 1750 del 25 de junio de 2003**, el Gobierno escindió la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, todas las Clínicas y todos los Centros de Atención Ambulatoria, y en consecuencia, creó varias Empresas Sociales del Estado, entre ellas la ESE Antonio Nariño, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscritas al Ministerio de la Protección Social.

El Capítulo II del Título IV (Régimen Jurídico) estableció que los servidores de las Empresas Sociales del Estado tendrían el carácter de empleados públicos, salvo los que sin ser directivos, desempeñaran funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, quienes serían entonces trabajadores oficiales (artículo 16). Pero también se contempló la situación de quienes venían vinculados al I.S.S. antes de la

[34] Folios 6-63 del Cuaderno Principal 1
[35] Folio 211 del Cuaderno Principal 1

escisión e ingresaron a las plantas de personal de las E.S.E., por incorporación automática y sin solución de continuidad.

En el artículo 23 del citado decreto se estableció la subrogación de los contratos hasta ese momento había firmado el ISS para suministro de servicios de salud, entre otros, así:

> *"Artículo 23. Contratación de bienes y servicios. Cada Empresa Social del Estado a la que se refiere el presente decreto se subroga por ministerio del mismo en los contratos que haya celebrado el Instituto de Seguros Sociales y que se encuentren actualmente vigentes, cuyo objeto sea ejecutar obras o suministrar bienes o servicios, entre otros, específicamente a las Clínicas o Centros de Atención Ambulatoria que correspondan a cada una de dichas empresas.*
>
> *(…)"*

Por consiguiente, a partir del 26 de junio de 2003, la ESE ANTONIO NARIÑO pasó a ser la entidad contratante de la actora, hasta el 20 de noviembre del mismo año, fecha en que fue vinculada a través de una cooperativa de trabajo asociado –aunque continuó prestando los servicios en de manera personal en el CAA Popayán, sede que hacía parte de la ESE Antonio Nariño-.

Así las cosas, no existe ninguna evidencia que permita establecer que la ESE ANTONIO NARIÑO posteriormente modificó las condiciones del contrato, por lo cual carece de cualquier lógica afirmar que el contrato que antecedió al proceso de escisión y que fue ejecutado por la actora en la ESE ANTONIO NARIÑO constituya una relación distinta a las pactadas anteriormente con el ISS, cuando por ministerio de la ley la ESE ANTONIO NARIÑO se subrogó en los contratos que celebró el Instituto de Seguros de Seguros Sociales, y esta subrogación le permitió a la actora continuar prestando sus servicios en las mismas condiciones contratadas, atender las mismas funciones, en los turnos indicados por la entidad, utilizar las mismas instalaciones, consultorios, mobiliario, e implementos, que ofrecía el CAA POPAYÁN.

- A ello se aúnan las declaraciones de LUIS EDUARDO REALPE[36] y MARISOL RAMÍREZ MARTÍNEZ[37], según las cuales la actora continuó prestando para el ESE Antonio Nariño las mismas funciones que venía desarrollando para el ISS, incluso a través de la Cooperativa de trabajo asociado, cumpliendo horario y en general prestando sus servicios de manera subordinada obedeciendo órdenes de las mismas personas que de tiempo atrás venían ejerciendo como sus superiores.

3.7. El caso concreto

Como se indicó en precedencia, los fundamentos de la demanda se basan integralmente en la consideración de que a la actora le debe ser reconocida la condición de empleada pública con las respectivas consecuencias prestacionales, a partir del 26 de junio de 2003 -Decreto 1750 de 2003 -, fecha en que se escindió el ISS y a partir de la cual pasó a prestar sus servicios como contratista a la ESE ANTONIO NARIÑO.

Resulta relevante recalcar los términos precisados por la Corte Constitucional[38] cuando indicó que "*La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de* ***función permanente como elemento****,* ***que sumado*** ***a la prestación de servicios personales, subordinación y salario****, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios*". De ello se extrae, entonces, que son en su conjunto dos eventos con los cuales se entiende que resulta contrario a la Constitución y la ley, la vinculación de personal a través de contratos de prestación de servicio: **i)** tanto si el objeto de los mismos corresponde al desempeño de funciones propias, permanentes o del giro ordinario de la entidad, como **ii)** si en la ejecución de las mismas se evidencian los elementos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración, aspectos para cuya determinación resultarán pertinentes los criterios referidos en el precedente citado.

[36] Folios 25-26 del Cuaderno de Pruebas
[37] Folio 27-29 del Cuaderno de Pruebas
[38] Sentencia C-614 de 2009

Así, para poder determinar si existió entre las partes una verdadera relación laboral, se debe establecer si se configuran sus elementos esenciales: la prestación personal del servicio, la subordinación, la dependencia, y la contraprestación.

Tal y como se dejó visto en el acápite de lo probado en el proceso, especialmente de la certificación de la COOPERATIVA SALUD Y GESTIÓN SYGE, se puede observar que la señora SOFÍA CHAMORRO HERNÁNDEZ prestó sus servicios asistenciales como médico general del Centro de Atención Ambulatoria Popayán adscrito a la ESE ANTONIO NARIÑO hasta el 30 de septiembre de 2005[39].

De esta manera, se encuentra acreditada la relación o el objeto contractual de la demandante con la entidad accionada y, por consiguiente, la prestación del servicio era personal en consideración a sus competencias profesionales.

En igual sentido, puede inferir la Sala que no se trató de una prestación de un servicio a título gratuito, sino que conllevó la respectiva remuneración, pues incluso cuando se subrogó el contrato de prestación de servicios que se había suscrito con el ISS, la ESE Antonio Nariño no modificó las cláusulas ya pactadas, indicado con ello que la demandante continuó prestando sus servicios en los mismo términos que lo venía haciendo para el ISS. A ello se suma el hecho de que la COOPERATIVA DE SALUD Y GESTIÓN, certificó que la actora continuó prestando sus servicios en las instalaciones de la mencionada ESE hasta el 30 de septiembre de 2005.

Frente al último elemento, esto es, la subordinación, resulta pertinente traer a consideración las declaraciones de LUIS EDUARDO REALPE[40] y MARISOL

[39] Hay que tener en cuenta, como se dejó visto en el acápite precedente, que en virtud de la escisión del ISS y la consecuente creación de las Empresas Sociales del Estado, la actora continuó prestando sus servicios para la ESE Antonio Nariño a partir del 26 de junio de 2003.
[40] Folios 25-26 del Cuaderno de Pruebas

RAMÍREZ MARTÍNEZ[41], quienes afirmaron -entre otras-, que las funciones que desempeñó la señora CHAMORRO HERNÁNDEZ para la ESE Antonio Nariño fueron las mismas que venía prestando antes de la escisión para el ISS; en otras palabras que, a pesar de su modalidad de vinculación, debía de cumplir horario normalmente como todos los funcionarios que pertenecían a la planta, acatar las órdenes de los jefes y los reglamentos de la entidad, es decir que tenía las mismas funciones, y superiores que el personal de planta.

Se precisa que dichos testimonios merecen credibilidad, por cuanto las afirmaciones de los declarantes son coherentes y precisas al referir las circunstancias en que la actora se vinculó a la entidad demandada y la forma en que desarrollaba su labor, además que no fueron infirmadas con otros medios de prueba.

Del plexo probatorio se puede inferir que la actora cumplió sus funciones bajo las directrices administrativas de la ESE ANTONIO NARIÑO, cuya vinculación se extendió bajo la modalidad contractual y como asociado hasta el 30 de septiembre de 2005, circunstancia que evidencia el carácter permanente de la necesidad administrativa que por su conducto se procuraba satisfacer.

En otras palabras, no podría afirmarse que la labor desempeñada por la hoy demandante fuera ajena a la entidad o que pudiera ser desarrollada con autonomía en el manejo del tiempo, sino que se trató de funciones típicas que demandaban la presencia permanente de un empleado para ocuparse de las mismas. Además no se observan interrupciones en la vinculación con la ESE ANTONIO NARIÑO, pues la certificación allegada al expediente no permite evidenciar solución de continuidad entre el 2003 y el 2005.

Ahora, es de observar que resulta evidente la irregularidad en la vinculación de la actora durante todo ese tiempo, pues terminó por

[41] Folio 27-29 del Cuaderno de Pruebas

utilizarse la modalidad contractual para satisfacer necesidades administrativas de naturaleza permanente y, en esas condiciones, terminó por convenirse una práctica contraria al marco jurídico y jurisprudencial arriba explicado, toda vez que el contrato de prestación de servicios no está previsto para desarrollar tareas permanentes e inherentes a las entidades públicas, regla que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución[42], y que se erige en una prohibición que busca no sólo impedir que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal[43].

Debe precisar la Sala que si bien la vinculación de la demandante fue bajo la modalidad de asociada de la Cooperativa de Trabajo Asociado SYGE, asociaciones que gozan de la autonomía concedida por la Ley 79 de 1988, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado tal autonomía no es absoluta pues se encuentra limitada por parámetros constitucionales, en particular, por los derechos de los trabajadores:

> *"No es admisible constitucionalmente que las cooperativas de trabajo asociado, basándose en sus estatutos, dejen desprotegidos los derechos de los trabajadores. En el mismo sentido,* ***es inaceptable que las entidades estatales en ejercicio de la función pública, celebren o ejecuten contratos con Cooperativas de Trabajo Asociado, con el objeto desconocer una relación laboral****, lo que lleva consigo el detrimento de los derechos laborales y prestacionales consagrados a favor del trabajador. En este orden de ideas, si se configuran actos de intermediación laboral por parte de las cooperativas a favor de entidades del Estado, la entidad pública (la cual funge como tercero), que se beneficie finalmente del servicio, será solidariamente responsable por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado. Toda vez que si existe dependencia del trabajador frente a ella y la cooperativa, la entidad adquiere*

---

[42] Sentencia C- 171 de 2012: "…*esta Corte ha reconocido que actualmente se presenta un aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración, lo cual se ha convertido en una "práctica usual en las relaciones laborales con el Estado", ha conducido a "la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas", y ha dado lugar a las denominadas ""nóminas paralelas" o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados out soursing.*".

[43] El contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional y se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del "giro ordinario" de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados (Ver: Sentencia C-614 de 2009)

responsabilidades sobre éste, a pesar de que no se encuentra vinculado de manera directa."[44]

Se desprende, entonces, que el hecho de que para la prestación de sus servicios como médico general, la demandante hubiera sido vinculada a partir del 1º de diciembre de 2003 como asociada de la Cooperativa de Trabajo Asociado Salud y Gestión SYGE, no es óbice para determinar la relación laboral que se ha evidenciado, toda vez que quien se benefició de la prestación personal del servicio en las condiciones ya vistas, siguió siendo, directamente, la ESE ANTONIO NARIÑO, hecho que hace a esta última responsable del reconocimiento de acuerdo con el precedente jurisprudencial.

3.8. Del restablecimiento del derecho

A efectos del restablecimiento del derecho, se itera que la decisión adoptada en el presente asunto no comporta *per se* el reconocimiento de la calidad de empleada pública, al no ser viable ordenar el reintegro de la demandante[45].

La declaratoria de existencia de una relación laboral en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre la formalidad, implica solamente el reconocimiento del valor de las prestaciones sociales que devengan los empleados públicos vinculados a la planta de la entidad, a título de indemnización de perjuicios[46].

Se tiene, entonces, que el restablecimiento del derecho debe limitarse al reconocimiento y pago de prestaciones sociales en igualdad de

---

[44] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia de 23 de febrero de 2011, exp. 0260-09.

[45] C.E. Sección Segunda, Subsección A, CP. Alfonso Vargas Rincón, sentencia de 17 de abril de 2013, expediente 1001 – 2012.

[46] "*Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda de ordenar la indemnización reparatoria con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia.*"
(C.E. Sección Segunda Subsección B, CP Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia del 19 de abril de 2012, Radicación número: 17001-23-31-000-2005-01032-01(0179-10)

condiciones a los empleados de la entidad que desempeñaron similar labor, tomando como base para la liquidación respectiva los honorarios pactados contractualmente.

En cuanto a las prestaciones convencionales, se precisa que las mismas se reconocerán hasta cuanto estuvo vigente la convención colectiva, esto es hasta el 30 de octubre de 2004, según lo ha reconocido antes esta Corporación[47].

En cuanto a la seguridad social, atendiendo el criterio jurisprudencial, habrá lugar a reconocer el pago de la cuota parte que establece la ley y que la entidad demandada no trasladó al respectivo fondo de pensiones o empresa prestadora de salud vía aportes[48].

En el tema pensional, siguiendo también la orientación del Superior[49], se declarará que la demandante tiene derecho a que el tiempo en que estuvo vinculada por contrato y como asociada, sea computable para efectos pensionales.

3.9. Sobre la prescripción de los derechos reclamados

---

[47]T.A.C., Sala de Decisión No. 001, CP. Carmen Amparo Ponce Delgado, sentencia No 049 de 6 de junio de 2013, expediente 2007-00365.

[48] "*En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones sociales referentes a pensión y salud son cubiertas por las partes que integran la relación laboral, así por ejemplo, en materia pensional durante la ejecución de los Contratos de Prestación de Servicios del actor, se destinaba el equivalente al 10% de la tasa de cotización, monto cubierto por el empleador con un 75% y el trabajador con un 25% (artículo 20 de Ley 100 de 1993 sin sus modificaciones posteriores), y en materia de salud la base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es la misma contemplada en el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 (parágrafo primero art. 204). Por tanto, la reparación del daño en el sub-lite no podrá ser la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la Entidad demandada no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones o Empresa Prestadora de Salud, debiéndose pagar a la actora quien finalmente tenía la obligación de efectuar dichos aportes como contratista o trabajador independiente (Artículos 15 y 157 de la Ley 100 de 1993)*". (sentencia del 19 de abril de 2012, Radicación número: 17001-23-31-000-2005-01032-01(0179-10).

Dicha conclusión fue reiterada en sentencia del dieciséis (16) de marzo de dos mil diecisiete (2017), Exp. 3419-14, C.P. César Palomino Cortés, en la cual el Alto Tribunal señaló "*que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la entidad tendrá que aportar la cuota parte que dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista y no por la totalidad de la cotización que debía efectuar el actor*".

[49] El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, CP. Jaime Moreno García, había ordenado el reconocimiento de estos efectos, en sentencia del 17 de abril de 2008, exp. 2776-05.

No obstante lo anterior, debe precisar la Sala si la petición o reclamación de las prestaciones sociales de la actora fue impetrada dentro del término de prescripción, pues en caso contrario deberá confirmarse la sentencia de instancia en tanto declaró probada dicha excepción.

Relativo a la prescripción, es de señalar que el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia del 9 de abril de 2014 (expediente 0131-13) reorientó el criterio jurisprudencial que negaba la posibilidad de declarar dicho fenómeno, dado el carácter constitutivo de la sentencia que declara la relación laboral[50] y, en su lugar, señaló que "*si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda en la sentencia…, solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, también lo es que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral, debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración.*".

En sentencia de unificación del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016)[51], el Consejo de Estado aclaró que "*quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades,* ***deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual*** *(…)* ***Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad***".

[50] C.E. Sección Segunda, sentencia del 14 de agosto de 2003, exp. 4470-01.
[51] Consejo de Estado. Sección Segunda. Radicación: 23001 23 33 000 2013 00260 01(0088-2015). C.P. Carmelo Perdomo Cueter.

De la certificación de la COOPERATIVA SALUD Y GESTIÓN SYGE, se puede observar que la señora SOFÍA CHAMORRO HERNÁNDEZ prestó sus servicios asistenciales como médico general del Centro de Atención Ambulatoria Popayán adscrito a la ESE ANTONIO NARIÑO hasta el **30 de septiembre de 2005**.

Teniendo en cuenta que la actora presentó la correspondiente reclamación administrativa el **1 de diciembre 2010**[52], esto es, por fuera de los 3 años siguientes a la terminación de su vínculo, es claro que, conforme a los lineamientos jurisprudenciales arriba transcritos, en principio, no resultaría procedente reconocer los emolumentos deprecados en la demanda.

Sin embargo, es preciso mencionar que la prescripción no aplica frente a los aportes para pensión, tal como fue señalado por el Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, debiendo ser estudiados en cada caso en concreto, por cuanto ellos tienen incidencia en el derecho pensional.

Por lo anterior, el restablecimiento del derecho en este caso se limitará exclusivamente a calcular el ingreso base de cotización pensional (IBC) (los honorarios pactados y recibidos entre el 25 de junio de 2003 y el 30 de septiembre de 2005) de la señora SOFÍA CHAMORRO HERNÁNDEZ, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y afiliada a través de la cooperativa de trabajo asociado y los que se debieron efectuar, se deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones las sumas faltantes por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador; correspondiéndole, en consecuencia, a la demandante probar a la entidad contratante las respectivas cotizaciones que realizó al sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le atañe como trabajadora.

[52] Folio 10 del Cuaderno Principal 1

Si bien la A quo encontró acreditada la prescripción de los haberes reclamados en la demanda, lo cierto es que no diferenció el punto específico del derecho pensional, el cual, dada su naturaleza, no puede ser objeto de prescripción. Además, no efectuó un análisis de fondo respecto de la materialización o no del contrato realidad, declarando la prescripción de derechos respecto de los cuales no había estudiado su procedencia, pues es requisito sine qua non para su reconocimiento, la existencia del contrato realidad.

De esta manera, considera la Sala pertinente revocar la sentencia de instancia para, en su lugar, declarar la nulidad del acto ficto, pero limitando el restablecimiento del derecho al aspecto pensional, respecto del cual, se itera, no hay lugar a declarar la prescripción trienal.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

REVOCAR la Sentencia de veintisiete (27) de noviembre de dos mil quince (2015) proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán, al tenor de las consideraciones antes expuestas. En su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto ficto negativo, derivado del silencio administrativo en que incurrió la ESE ANTONIO NARIÑO al no dar contestación la petición elevada por la señora SOFÍA CHAMORRO HERNÁNDEZ el 1° de diciembre de 2010, en cuanto negó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, de acuerdo con las precisiones hechas en la parte considerativa.

SEGUNDO: CONDENAR a la ESE ANTONIO NARIÑO y/o la **ALIANZA FIDUCIARIA S.A. como vocera y administradora del FIDEICOMISO PAR ESE ANTONIO NARIÑO** en liquidación, o quien haga sus veces, a CALCULAR el ingreso base de cotización pensional (IBC) (los honorarios pactados y recibidos por la actora entre el 25 de junio de 2003 y el 30 de septiembre de 2005) de la señora SOFÍA CHAMORRO HERNÁNDEZ, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y afiliada a través de la cooperativa de trabajo asociado y los que debieron efectuarse, proceder a cotizar al respectivo fondo de pensiones las sumas faltantes por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador; correspondiéndole a la señora CHAMORRO HERNÁNDEZ probar a la entidad las cotizaciones que realizó al sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le atañe como trabajadora.

TERCERO.- Se dará aplicación a los ajustes de valor contenidos en el artículo 178 del C.C.A. (indexación), para conservar la capacidad adquisitiva de las sumas reconocidas.

CUARTO.- DECLARAR que el tiempo laborado por la señora **SOFÍA CHAMORRO HERNÁNDEZ**, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios entre el 26 de junio de 2003 y el 30 de septiembre de 2005, se debe computar para efectos pensionales.

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones referidas al pago de prestaciones sociales y salariales, por haber operado la prescripción trienal, en los términos arriba expuestos.

SEXTO.- Ejecutoriada esta providencia devuélvase al Juzgado competente, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que el proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala en sesión de la fecha.

Los Magistrados,

PEDRO JAVIER BOLAÑOS ANDRADE **GLORIA MILENA PAREDES ROJAS**

DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO
(Ausente con permiso)