

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO TREINTA ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.  
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil catorce (2014).

**Proceso** : NRD 11001333503020130038700.  
**Demandante** : Daniel Calvo Díaz.  
**Demandado** : Hospital Meissen II Nivel E.S.E.  
**Decisión** : Sentencia Primera Instancia.

**OBJETO.**

Decidir la demanda incoada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, por DANIEL CALVO DÍAZ en contra del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL ESE.

**I. DE LA DEMANDA.**

**a- Situación Fáctica.**

Señala parte actora que DANIEL CALVO DÍAZ prestó sus servicios como auxiliar de enfermería en el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL E.S.E., de manera ininterrumpida, del 25 de octubre de 2007 hasta el 12 de septiembre de 2012, bajo la figura de los contratos de arrendamiento de servicios personales de carácter privado y contratos de prestación de servicios. Que como la demandada desdibujó la naturaleza del contrato petitionó que admitiera la existencia de una relación laboral por el tiempo que estuvo a su servicio y, por ende, le reconociera y pagara las acreencias laborales y prestacionales a que tiene derecho equivalentes a las de un auxiliar de enfermería de planta.

Que como el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL E.S.E. le negó la declaratoria de existencia del contrato realidad y el reconocimiento y pago de las acreencias salariales

y prestaciones, mediante el oficio GHM 2867 del 27 de noviembre de 2012, instaura el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

#### **b. Pretensiones.**

**PRIMERA.** Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la comunicación GHM – 2867 con fecha noviembre 27 de 2012 suscrita por la Doctora DIANA CAROLINA GONZÁLEZ , Gerente encargada del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL –EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, por medio de la cual NEGÓ el pago de las acreencias laborales derivadas de la relación legal y reglamentaria que existió entre el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO y el señor DANIEL CALVO DÍAZ entre el periodo comprendido del día 25 de octubre de 2007 al 12 de septiembre de 2012 y que mutó en una relación jurídica de índole laboral.

**SEGUNDA.** Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad precedente singularizada y previa declaratoria de la existencia del contrato de trabajo realidad se CONDENE al HOSPITAL MEISSEN II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO a pagarle a mi representado DANIEL CALVO DÍAZ, a título de restablecimiento del derecho los siguientes conceptos:

- a) La devolución del importe de la totalidad de los aportes cotizaciones patronales en salud y pensiones que le correspondía realizar al HOSPITAL MEISSEN II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO y que debió cancelar al fondo pensional y a la EPS del 25 de octubre de 2007 al 12 de septiembre de 2012, sumas que deben ser ajustadas en los términos del artículo 178 C.C.A.
- b) La devolución del importe de la totalidad de los descuentos realizados por el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO al señor DANIEL CALVO DIAZ, durante la prestación de los servicios por concepto de retención en la fuente.
- c) Las diferencias salariales existentes entre los servicios remunerados por prestación de servicios y los salarios legales y convencionales pagados a los AUXILIARES DE ENFERMERÍA del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO entre el día 25 de octubre de 2007 al 12 de septiembre de 2012.
- d) El auxilio de Cesantías causado durante todo el tiempo de prestación de servicios liquidado con la asignación legal asignada al cargo de los AUXILIARES DE ENTFERMERÍA del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO entre el día 25 de octubre de 2007 al 12 de septiembre de 2012.
- e) Los intereses a las cesantías causados sobre los saldos que arroje la liquidación del auxilio a las cesantías año por año conforme al literal anterior.
- f) Las Primas de carácter legal de servicios de junio y diciembre de cada año causadas desde el día 25 de octubre de 2007 al 12 de septiembre de 2012.
- g) Las Primas de carácter extralegal o convencional de servicios causados desde el día 25 de octubre de 2007 al 12 de septiembre de 2012.
- h) Las Primas de carácter Extralegal de Navidad de cada año causadas desde el día 25 de octubre de 2007 al 12 de septiembre de 2012.
- i) Las Primas de carácter Extralegal de Vacaciones de cada año causadas desde el día 25 de octubre de 2007 al 12 de septiembre de 2012.
- j) La compensación en dinero de las vacaciones causadas que no fueron otorgadas ni disfrutadas en tiempo ni compensadas en dinero.

- k) La indemnización extralegal por el despido injusto con ocasión del retiro del servicio de mi mandante sin justa causa y sin que mediara comunicación escrita para el efecto.
- l) La indemnización contenida en la ley 244 de 1995 artículo 2 a razón de un día de asignación de salario por cada día de mora en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales legales, extralegales y cesantías reclamadas hasta cuando se produzca el pago reclamado.
- m) Las cotizaciones en forma retroactiva a la Caja de Compensación Familiar CAFAM durante el tiempo que laboró el demandante desde el día 25 de octubre de 2007 al 12 de septiembre de 2012.

**TERCERA:** El reconocimiento y pago de los intereses de mora y corriente que trata el artículo 177 del C.C.A.

**CUARTA.** Se declare y eleve a la categoría de empleado público al demandante señor Daniel Calvo Díaz de conformidad con el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 2 del Decreto 1919 de 2002

**QUINTA:** Se declara que el tiempo laborado por el señor DANIEL CALVO DIAZ identificado con C.C. 17.705.405 de cubillo; bajo la modalidad de contratos sucesivos denominados de arrendamiento de servicios de carácter privado” y de “prestación de servicios” con el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO se debe computar dicho tiempo para efectos pensionales, ORDENANDO emitir la Certificación laboral para el efecto.

**SEXTA:** se compulsen copias de la sentencia dirigidas al Ministerio de Trabajo para que imponga MULTA al HOSPITAL MEISSEN II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO contenida en la Ley 1429 de 2010 artículo 63 por haber contratado a el demandante DANIEL CALVO DÍAZ, identificado con la Cédula de ciudadanía número 17.705.405 de cubillo, a través de Contrato de arrendamiento de servicios personales de carácter privado y de prestación de servicios en forma constante ininterrumpida y habitual.

**SÉPTIMA:** se condene en costas procesales a la entidad demandada.

### **c. Normas violadas.**

Invocó como normas violadas los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 53, 58, 121, 122, 123, 125, 126, 209, 277 y 351 de la Constitución Política; los decretos 2400, 3074, 3135 de 1968, 1848 de 1969, 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1950 de 1973, 01 de 1984, 1335 de 1990, 1919 de 2002; las leyes 10 de 1990, 4 de 1992, 80 de 1993, 100 de 1993, 443 de 1998, 909 de 2004, 1437 de 2011 y 1564 de 2012. Así como la sentencias C-555 de 1994, SU- 400 de 1996 y C-154 de 1997 de la H. Corte Constitucional y la sentencia del 19 de febrero de 2009, expediente 3074 de 2005, proferida por el H. Consejo de Estado, entre otras.

### **d. Concepto de violación.**

El apoderado del demandante aduce que existe violación directa a la normativa citada como violada toda vez que la entidad demandada desconoció el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre lo formal, ocultando así una verdadera relación laboral entre las partes, desconociéndole los salario y demás emolumentos prestacionales a que tiene derecho el actor, sometiéndolo a una injusta discriminación y desigualdad al desnaturalizar la figura del contrato de prestación de servicios. En conclusión, que la ESE no puede desdibujar el contrato laboral acudiendo al contrato de prestación de servicios o contrato de arrendamiento de servicios personales, para realizar una función personal, subordinada permanente y sucesiva, entre otros argumentos. Citó como precedente judicial que apoyan las pretensiones de la demanda la sentencias C-154 de 1997 y C-901 de 2011 de la Honorable Corte Constitucional.

## **II. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

### **a. Argumentos de la defensa.**

El apoderado judicial de la ESE HOSPITAL MEISSEN II NIVEL manifestó que con el demandante celebraron contratos de arrendamiento de servicios personales de carácter privado y contratos de prestación de servicios, previstos en la legislación civil, por ello no puede existir el elemento salarial, pues la institución pagó los honorarios pactados por unos servicios definidos previamente en los objetos contractuales (tiempo, modo, lugar), sin que hubiese existido algún tipo de subordinación y remuneración.

Que en los contratos suscritos de manera voluntaria entre las partes se aceptó que el vínculo adquirido por DANIEL CALVO DÍAZ con el hospital no estaría en observancia de legislación laboral sino por normas civiles, y que por ello dentro de los contratos se estipuló una cláusula que excluye de manera expresa cualquier relación laboral entre las partes.

Que conforme a los lineamientos impartidos por la H. Corte Constitucional es claro que las entidades públicas pueden contratar a particulares para que desarrollen determinando tipo de actividades mediante contratos, cuando la planta de personal es insuficiente y siempre que el trabajo encomendado, sin importar el tiempo de ejecución, no requiera la subordinación del contratado sino una coordinación de actividades.

### **III. DEL TRÁMITE PROCESAL.**

La demanda fue admitida mediante auto del 11 de junio de 2013 (fls. 233 y 234), fue notificada al HOSPITAL DE MEISSEN II NIVEL E.S.E., al MINISTERIO PÚBLICO y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO (fl 235 y s.s), y la demandada constituyó apoderado para la defensa de los intereses de la entidad (fl. 376).

Realizada la audiencia inicial se saneó el proceso, se fijó el litigio, y como quiera que no se propusieron excepciones previas, ante la postura del Comité de Conciliación de la entidad demandada se declaró fallida la conciliación y se decretaron las pruebas a que hubo lugar.

Celebrada la audiencia de pruebas, donde se recepcionaron los testimonios solicitados, se verificó que se había recaudado todo el material probatorio decretado, motivo por el cual se corrió traslado a los apoderados de las partes y al agente del Ministerio Público para que alegaran de conclusión por escrito.

El apoderado judicial de la parte actora, en su alegato conclusivo, se ratificó en los fundamentos jurídicos de sus pretensiones, señalando que dentro del plenario se probaron los elementos necesarios para la configuración del contrato realidad como son la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación. Citó como sustento jurisprudencial para sus alegaciones las sentencias C-171 de 2012 proferida por la H. Corte Constitucional y proferida el 4 de marzo de 2010, radicado 85001-23-31-000-2003-00015-01 (1413-08), M.P. Gustavo Gómez Aranguren, por el H. Consejo de Estado.

Por su parte el apoderado de la entidad demandada solicitó negar las pretensiones de la demandada toda vez que entre las partes se celebraron contratos de arrendamiento de prestación de servicios personales de carácter privado, sin que se haya probado la subordinación o dependencia para desvirtuar dicha forma de contratación permitida por la ley para suplir la falta de personal de planta de la entidad. Citó como sustento jurisprudencial a su alegación la sentencia C-614 de 2009 de la Corte Constitucional y la del 3 de diciembre de 2009, radicado 2499-07, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, del Consejo de Estado.

### **IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.**

**a. Del caso a debatir.**

Se discute en esta oportunidad la legalidad del oficio GHM 2867 del 27 de noviembre de 2012, por el cual el Gerente del HOSPITAL DE MEISSEN II NIVEL ESE negó el reconocimiento y pago de las factores laborales y prestacionales a DANIEL CALVO DÍAZ, por haber prestado sus servicios como auxiliar de enfermería entre el 25 de octubre de 2007 al 12 de septiembre de 2012, bajo la figura del contrato de arrendamiento de servicios personales y el contrato de prestación de servicios.

**b. Tesis de la parte demandante.**

Como la vinculación del actor por varios años en la modalidad de contratista simuló una verdadera relación laboral, tiene derecho al reconocimiento y pago de los emolumentos salariales y prestacionales que le corresponden a un empleado par de planta.

**c. Tesis de la parte demandada.**

Como el actor se desempeñó temporalmente como auxiliar de enfermería contratista no tiene derecho al reconocimiento y pago de acreencias laborales y prestacionales.

**d. Acervo probatorio recolectado.**

Se allegó al proceso, en legal forma, los medios probatorios siguientes:

- Petición del 31 de octubre de 2012 con la cual DANIEL CALVO DIAZ solicitó al HOSPITAL MEISSEN II NIVEL ESE el reconocimiento y pago de sus factores salariales y prestacionales (fls. 10 – 13).
- Oficio GHM 2867 del 27 de noviembre de 2012 expedido por el Gerente del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL ESE, mediante el cual negó el reconocimiento y pago de prestaciones laborales a DANIEL CALVO DIAZ (fls 17 y 18).

- Certificación suscrita por la Subdirectora Administrativa del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL ESE, donde constan los números de los contratos suscritos con DANIEL CALVO DIAZ por la auxiliar de enfermería y su valor respectivo (fl. 19 y 20).
- Fotocopias de los contratos de arrendamiento de servicios personales de carácter privado y contratos de prestación de servicios celebrados entre el Hospital Meissen y Daniel Calvo Díaz, con sus pólizas y formularios de autoliquidación de aportes pensionales y/o pago de parafiscales. (fls. 28 a 196 y 279 a 372).
- Trámites pertinentes para agotar el requisito de procedibilidad de la acción ante la Procuraduría General de la Nación (fl. 6 - 8).
- Planillas de programación de turnos del demandante en el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL ESE desde el 2009 al 2012. (fl. 415 a 464).
- Copia de la hoja de vida de DANIEL CALVO DÍAZ (fls. 545 a 603).
- Manual Especifico de Funciones y competencias laborales del Hospital Meissen II Nivel (fls. 465 – 526).

#### **e. Problemas jurídicos por resolver.**

¿Entre las partes en contienda hubo una verdadera relación laboral? En caso positivo ¿Cuáles son los efectos del contrato realidad?

#### **f. Respuesta a los problemas jurídicos.**

Para resolver el conflicto planteado acudiremos a los valores justicia, equidad y solidaridad, a la directriz de que como el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio; a los principios de remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; a los derechos del trabajo, la seguridad social y

la igualdad, y que uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho es el de garantizar su efectividad, todos consagrados en el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 48, 53, 90, 122, 123,125, 209, 269, entre otros, de la Constitución Política de 1991 de un lado y, por otro, que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 definió en su numeral tercero el contrato de prestación de servicios y el numeral 6 del artículo 194 de la Ley 100 de 1993 que da la posibilidad a las ESES de celebrar contratos privados en las que se pueden incluir las cláusulas exorbitantes de la contratación pública.

- **Del Contrato Realidad.**

Para resolver el tópico de si en el presente evento los contratos estatales de arrendamiento de servicios personales de carácter privado o de prestación de servicios *ut supra* simularon una verdadera relación laboral se observará que en sentencia C-154 de 1997 la H. Corte Constitucional señaló:

“...El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

**a.** La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...*Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.*”.

**b.** La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de

conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

**c.** La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

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.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos

del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

Que respecto a la protección del derecho al trabajo, especialmente a la vinculación laboral con el Estado, los límites a la contratación de funciones permanentes de entidades del Estado, el principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública, entre otros, la H. Corte Constitucional en sentencia C- 614 de 2009 recapituló:

#### “...2.6. PROTECCION CONSTITUCIONAL A LOS DIVERSOS TIPOS DE RELACIÓN LABORAL

##### 2.6.1. Protección constitucional general al empleo

Sin duda, la modalidad del trabajo con mayor protección constitucional es la derivada de la relación laboral, tanto con los particulares como con el Estado. Esa mayor intervención del Constituyente produce no sólo menor libertad de configuración normativa para el legislador porque existen barreras superiores que imponen condiciones laborales mínimas, sino también genera el deber de intervención directa e inmediata de las autoridades públicas en el contrato para evitar los abusos de poder y garantizar la efectividad de la dignidad y la justicia en el mismo.

En efecto, el artículo 25 superior constituye la cláusula general de protección del derecho de acceso, permanencia y estabilidad del empleo de los trabajadores; el artículo 26 constitucional regula, entre otros temas, la libertad de escogencia de la profesión u oficio productivo; el artículo 39 de la Carta autoriza expresamente a los trabajadores y a los empleadores a constituir sindicatos y asociaciones para defender sus intereses; el artículo 40, numeral 7º, de la Constitución establece como un derecho ciudadano el de acceder a los cargos públicos; los artículos 48 y 49 de la Carta establecen los derechos a la seguridad social en pensiones y en salud, entre otros, de los trabajadores dependientes e independientes; el artículo 53 superior regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral; el artículo 54 de la Carta establece la obligación del Estado de propiciar la ubicación laboral a las personas en edad de trabajar y de garantizar a las personas discapacitadas el derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud, los artículos 55 y 56 consagran los derechos a la negociación colectiva y a la huelga, el artículo 60 otorga el derecho a los trabajadores de acceso privilegiado a la propiedad accionaria, el artículo 64 superior, regula el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra y la efectividad de varios derechos de los campesinos y los trabajadores agrarios; el artículo 77 superior que garantiza la estabilidad y los derechos de los trabajadores de INRAVISIÓN. los artículos 122 a 125 señalan derechos y deberes de los trabajadores al servicio del Estado; el artículo 215 superior impone como límite a los poderes gubernamentales previstos en “estados de excepción”, los derechos de los trabajadores, pues establece que “el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en

este artículo”; el artículo 334 superior establece como uno de los fines de la intervención del Estado en la economía, el de “dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos” y el artículo 336 de la Constitución también señala como restricción al legislador en caso de consagración de monopolios, el respeto por los derechos adquiridos de los trabajadores.

La especial protección de la vinculación laboral en la Constitución se explica claramente por el tránsito del Estado Constitucional, pues de ser un Estado gendarme (cuyas funciones principales se cumplían con la abstención, el respeto por la autonomía de la voluntad privada que rige las relaciones entre particulares y el reconocimiento de la igualdad formal entre todos los administrados), hacia un Estado Social de Derecho con responsabilidades activas de promoción, intervención y control en las relaciones laborales, en tanto que entendió que dichos vínculos generan relaciones verticales que rompen el principio de igualdad y la eficacia material de la autonomía negocial.

Con base en lo expuesto, la Sala infiere dos conclusiones: La primera, no toda relación de trabajo debe ser tratada por la ley en forma igual porque la Constitución estableció una protección cualificada en favor de la vinculación laboral. La segunda, aunque la fijación de las políticas de empleo, en principio, le corresponde a los órganos políticos señalados en la Constitución y, de acuerdo con el artículo 53 de la Carta, el legislador debe expedir un nuevo Estatuto del Trabajo para garantizar la igualdad de oportunidades entre los trabajadores, la estabilidad en el trabajo y la primacía de la realidad sobre las formalidades, entre otros, eso no significa que el legislador tenga facultades para imponer un modelo preciso de vinculación al trabajo, en tanto que la protección a la relación laboral se impone. Dicho en otros términos, el legislador goza de libertad para configurar diferentes tipos de vinculación laboral, para diseñar fórmulas laborales e instrumentos contractuales que respondan a las necesidades sociales, pero no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo o para ocultar la realidad de los vínculos laborales.

#### 2.6.2. Protección constitucional especial a la vinculación laboral con el Estado

Ahora bien, para el caso de la vinculación laboral con el Estado, además de las reglas generales de protección a los derechos de los trabajadores, la Constitución también estableció reglas particulares mínimas que buscan conciliar la salvaguarda de los derechos laborales de los servidores públicos y la defensa de los intereses generales. Así, dentro de ese catálogo de disposiciones especiales que rigen las relaciones laborales de los servidores públicos, encontramos, entre otras, las siguientes que resultan relevantes para resolver el asunto sub iúdice: i) el ingreso y ascenso a los cargos públicos se logra, por regla general, por concurso público en el que se miden los méritos y calidades de los aspirantes (artículo 125 superior), ii) la permanencia y el retiro de la función pública en los cargos de carrera está regida por el principio de estabilidad en el empleo porque su desvinculación podrá efectuarse por calificación no satisfactoria en el desempeño del mismo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley (artículo 125 de la Constitución), iii) el desempeño de funciones públicas se hará, por regla general, mediante el empleo público [10] que debe aparecer en las respectivas plantas de personal de las entidades públicas (artículo 123 de la Carta), iv) el cargo público remunerado debe tener tres requisitos: funciones detalladas en la ley y el reglamento, consagración en la planta de personal y partida presupuestal que prevea sus emolumentos (artículo 122 de la Constitución), v) por el ejercicio del cargo o de las funciones públicas, existe responsabilidad especial que será regulada por la ley (artículos 6º y 124 superiores) y, vi) para el ingreso y ejercicio de los cargos públicos existen requisitos, calidades y condiciones previstas en la ley que limitan el derecho de

acceso al empleo público (artículos 122, 126, 127, 128 y 129 de la Constitución, entre otros).

Nótese que ese conjunto de reglas constitucionales previstas específicamente para el empleo público constituyen imperativos que no sólo limitan la libertad de configuración legislativa en la regulación de las condiciones de trabajo de los servidores públicos y de los particulares que prestan funciones en la administración, sino también restringen la discrecionalidad de las autoridades administrativas para la vinculación, permanencia y retiro del servicio. Entonces, ni la ley ni el nominador tienen potestades ilimitadas para establecer condiciones de trabajo, pues están obligados a respetar los requisitos mínimos de acceso y permanencia en el empleo público previstos en la Constitución.

2.6.3. Diferencias en el tratamiento constitucional para la relación laboral ordinaria y para la vinculación contractual con el Estado.

En este sentido, es evidente que el Constituyente no estableció el mismo trato jurídico para la relación laboral y para la vinculación contractual por prestación de servicios con el Estado, pues mientras que la primera tiene amplia protección superior la segunda no sólo no tiene ninguna referencia constitucional porque corresponde a una de las múltiples formas del contrato estatal, sino que no puede ser asimilada a la relación laboral porque tiene alcance y finalidades distintas. Así las cosas, desde la perspectiva constitucional no es posible erigir para la relación laboral con el Estado y para el contrato de prestación de servicios consecuencias jurídicas idénticas y las mismas condiciones de acceso a la función pública.

En desarrollo de lo dispuesto en la Constitución, el legislador definió el contrato laboral como “aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración” [11]. Esto significa que la relación laboral con el Estado, que surge de la relación legal y reglamentaria o del contrato de trabajo, no importa el nombre que las partes le den porque prevalece el criterio material respecto del criterio formal del contrato, tiene tres elementos que lo identifican: i) la prestación de servicios u oficios de manera personal, ii) la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, iii) la contraprestación a los dos anteriores que se denomina salario [12]. Por su parte, el contrato de prestación de servicios fue diseñado por el legislador como un contrato estatal que celebran “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” [13].

En múltiples oportunidades [14], la Corte Constitucional ha resaltado las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral. Así, por ejemplo, en la sentencia que analizó la constitucionalidad del concepto legal de contrato de prestación de servicios, la Corte recordó sus características para efectos de distinguirlo del contrato laboral, así:

...El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación

profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo [15].

Y, también en varias ocasiones [16], esta Corporación ha llamado la atención sobre las graves consecuencias que, para la supremacía constitucional y la vigencia del orden justo, representa la distorsión del contrato de prestación de servicios y su confusión con las vinculaciones laborales. Al respecto, expresó:

"...la ley regula detalladamente el contrato de prestación de servicios y toma medidas para darle una identidad propia, diferenciándolo del contrato de trabajo. Tal detenimiento resulta explicable por las graves implicaciones que tiene para el Estado la distorsión de ese contrato y la generación irregular, a través de él, de relaciones laborales.

En primer lugar, la generación de relaciones laborales con ocasión de la suscripción de contratos de prestación de servicios involucra el desconocimiento del régimen de contratación estatal pues éstos sólo se trastocan en relaciones de esa índole si se les imprime carácter intemporal o si se incluyen cláusulas que subordinan al contratista a la administración, situaciones que son completamente ajenas a ese régimen contractual.

En segundo lugar, con ese proceder se desconocen múltiples disposiciones constitucionales referentes a la función pública pues de acuerdo con ellas no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (Artículo 122); los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento (Artículo 123); el ingreso a los cargos de carrera se hará previo cumplimiento de estrictos requisitos y condiciones para determinar los méritos y calificaciones de los aspirantes (Art. 125) y la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (124).

En tercer lugar, se vulnera el régimen laboral porque se propicia la vinculación de servidores públicos con desconocimiento del régimen de ingreso a la función pública y se fomenta la proliferación de distintos tratamientos salariales y prestacionales con la consecuente vulneración de los derechos de los trabajadores.

En cuarto lugar, se desconoce el régimen presupuestal pues se prevén cargos remunerados sin que estén contemplados en la respectiva planta de personal y sin que se hayan previsto los emolumentos necesarios en el presupuesto correspondiente.

Finalmente, se causa un grave detrimento patrimonial al Estado pues como consecuencia de esas relaciones laborales, irregularmente generadas, se promueven demandas en su contra que le significan el pago de sumas cuantiosas” [17]

Así las cosas, independientemente del nombre que las partes asignen o denominen al contrato porque lo realmente relevante es el contenido de la relación de trabajo, existirá una relación laboral cuando: i) se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado. Por el contrario, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993 cuando: i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Dicho en otros términos, esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios hace referencia a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los empleados públicos.

En consideración con las diferencias entre estas dos modalidades de contratos para el desempeño de funciones públicas, la Corte señaló que la relación laboral es un criterio objetivo utilizado por el legislador para proteger ciertas relaciones de trabajo. Por ejemplo, en sentencias C-282 de 2007 y C-960 de 2007, la Sala Plena concluyó que es válido constitucionalmente que la Ley utilice como criterio de diferenciación el tipo de vinculación laboral o

contractual. En efecto, la Corte encontró válida la regulación sobre que el acoso laboral sólo es aplicable a las relaciones laborales y no a las vinculaciones por prestación de servicios, por cuanto “la protección al trabajador frente al acoso laboral, en los términos de la ley parcialmente acusada, obedece a la existencia real de subordinación pues la dependencia en la relación es la que determina la posibilidad de acoso, de acuerdo a los sujetos y al ámbito de aplicación de la ley” [18]. Igualmente, la sentencia C-094 de 2003, encontró ajustada a la Constitución una norma del Código Disciplinario Único que sanciona como falta gravísima del servidor público la celebración de contratos de prestación de servicios para ocultar relaciones laborales, por cuanto se exige constitucionalmente que la ley proteja el contrato realidad. En igual sentido, la sentencia C-672 de 2001, declaró la exequibilidad del artículo 5º de la Ley 190 de 1995 que establecía la nulidad del contrato de prestación de servicios porque no se cumplieron los requisitos para el ejercicio del cargo o para su celebración, por lo que si se demuestra que verdaderamente se trataba de una relación laboral, el contrato debía dejarse sin efectos.

En consideración con las diferencias que surgen de los contratos de prestación de servicios y el laboral, la jurisprudencia nacional ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 de la Carta, debe aplicarse el principio de “primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” tanto en las relaciones entre particulares como en las que celebra el Estado, como pasa a verse:

Jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno al principio de primacía de la realidad sobre la forma

En cuanto a la aplicación de este principio, cabe recordar lo dicho por esta Corporación en sentencia C-555 del 6 de diciembre de 1994:

"La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato"

La Corte Constitucional ha indicado que el principio de primacía de la realidad no supone la incorporación automática a las categorías de empleado público o de trabajador oficial, en tanto que “la situación legal y reglamentaria y la relación laboral de estos no es equivalente ni asimilable a la situación del contratista independiente” [19] , pero sí tiene plena aplicación respecto de las relaciones contractuales que suscritas con fundamento en la Ley 80 de 1993, constituyen verdaderas formas de vinculación laboral [20]

De igual manera, esta Corporación ha aplicado este principio en los contratos laborales celebrados por las empresas de servicios temporales [21] , pues advirtió que “si en un caso concreto se logra acreditar la presencia de las características esenciales del contrato de trabajo así dicha relación se haya conformado bajo la forma de un contrato de prestación de servicios, en este caso surgirá en consecuencia el derecho a reclamar el pago de las prestaciones sociales propias de una relación laboral, pues habrá de aplicarse

el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo” [22]

En el mismo sentido, manifestó que el principio objeto de estudio es aplicable a los contratos laborales que no pueden ser renovados indefinidamente por parte del empleador, “pues dicha situación generaría en el trabajador una inestabilidad frente a su relación laboral, como ocurre en el caso de los contratos laborales celebrados con las empresas temporales, y se caracterizan porque la duración del mismo hace relación a la obra o labor para la cual fueron contratados” [23].

En cuanto a las relaciones derivadas de la vinculación a una Cooperativa de Trabajo Asociado y la aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos en las relaciones laborales, la Sala Octava de Revisión expresó:

“La Ley 79 de 1988 define a las Cooperativas de Trabajo Asociado como aquellas que vinculan el trabajo de sus asociados con el fin de producir bienes o prestar servicios [24]. Al estudiar la constitucionalidad de la norma en cita, esta Corte identificó la asociación voluntaria y libre, la igualdad entre los asociados, la fuerza de trabajo de los asociados y la solidaridad en la compensación como las características más relevantes de las Cooperativas de Trabajo Asociado; respecto a este último punto la sentencia en mención afirmó que “todos los asociados tiene derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa”.

En estos términos y acorde con la norma que reglamenta la materia y la sentencia que determinó su constitucionalidad, para la Sala Plena de esta Corte es claro que dada la identidad entre el asociado y trabajador, la relación entre éste y la Cooperativa no se regula por el Código Sustantivo de Trabajo. Sin perjuicio de la calidad de trabajador de aquellos que son contratados con carácter ocasional o permanente no asociados. Ha precisado esta Corte, también, que la vinculación a una Cooperativa no excluye el surgimiento de una relación laboral, es decir, cuando el cooperado no trabaja directamente para la cooperativa, sino para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la Cooperativa”.

Esta última afirmación se sustenta en el principio de la supremacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos en las relaciones laborales [25] (art.53 C.P.) que permite establecer a partir de la existencia de los elementos de la relación laboral, la existencia del contrato de trabajo. Sostiene la Corte que en el caso específico de las cooperativas de trabajo asociado, el “vínculo laboral es ajeno al lugar donde el trabajador preste sus servicios, por orden de la cooperativa. Estos pueden inclusive ser desarrollados donde terceros con quienes la cooperativa suscriba contratos para tal efecto”.

(....)

La breve descripción de la jurisprudencia que se realizó en precedencia permite inferir dos conclusiones relevantes para el caso objeto de estudio:

La primera, los jueces ordinarios y constitucionales han sido enfáticos en sostener que la realidad prima sobre la forma, de ahí que no puede suscribirse un contrato de prestación de servicios para ejecutar una relación laboral. De hecho, el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad sobre la forma impone el reconocimiento cierto y efectivo del real derecho que surge de la actividad laboral. Por consiguiente, en caso de que los jueces competentes

encuentren que se desnaturalizó la relación contractual de trabajo procederán a declarar la existencia del verdadero contrato celebrado, sin que sea relevante el nombre acordado, y ordenarán ajustar los derechos económicos a lo que corresponda en justicia y derecho.

La segunda, la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. De esa manera, ahora resulta relevante e indispensable establecer cómo debe entenderse el concepto de función permanente. Pasa la Sala a ocuparse de ese tema:

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, 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 [32], 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 acudir 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 [33]).

iii) Criterio temporal o de la habitualidad: Si las 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 [34]). 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 vínculo 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 [35]).

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 acudir a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002 [36] 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. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideró ajustado al ordenamiento jurídico lo expresado por el ad quem en el asunto sometido a su consideración así:

“... existiendo objetivamente la relación de trabajo, esta se presume amparada por el contrato de trabajo, máxime cuando se trata de empresas comerciales o industriales con ánimo de lucro en las mismas condiciones de los particulares, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 4º del D.2127 de 1.945, como quiera que en la actualidad el Sistema de Seguridad Social Integral no está exclusivamente a cargo del estado ni del Instituto de Seguros Sociales, sino que también está siendo prestado por particulares o mejor por empresas privadas. En consecuencia la entidad pública que ejecuta actividades de gestión, cuando contrata personas para cumplir con actividades propias del giro u objeto social comercial, debe estar a lo dispuesto en las normas pertinentes sobre la vinculación de los trabajadores, mediante contratos de trabajo, como quiera que la excepción para ejecutar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, puede la administración pública vincular personas con conocimientos especializados, cuando la planta es insuficiente mediante la aplicación de las normas previstas en la ley 80 de 1.993, esto es con contratos de prestación de servicios, pues de acuerdo con el artículo 6º del Decreto 3130 las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, están sometidas a las reglas del derecho privado, lo que significa que no puede aplicarse en forma general como hizo el Ad-quem, la excepción establecida por el legislador para casos muy especiales y concretos ...” [37] (subrayas fuera del texto original)

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 [38], 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 [39], a personas para desempeñar el cargo de Jefe de Presupuesto de una entidad pública [40], a mensajeros [41] y a un técnico y operador de sistemas [42]. 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 [43]

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.

(...)

## 2.8. CUESTIÓN FINAL: NECESIDAD DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LA RELACION LABORAL

A pesar de que, como se vio, la prohibición de vincular, mediante contratos de prestación de servicios, a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública es una regla que se deriva directamente de los artículos 122 y 125 de la Constitución, lo cierto es que resulta un lugar común afirmar que, en la actualidad, se ha implantado como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: la suscripción de “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 sourcing.

(...)

Por lo expuesto, la Sala insta a los órganos de control que tienen el deber legal y constitucional de proteger los recursos públicos, defender los intereses de la sociedad y vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes (artículos 267, 268 y 277 superiores), a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada y, en caso de incumplimiento, deben imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto [45].

De hecho, esta Corporación reitera de manera enfática la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaborización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas asociativas legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo. Por ejemplo, en muchas ocasiones, las cooperativas de trabajo asociadas, que fueron creadas por la Ley 79 de 1988, modificadas por la Ley 1233 de 2008 y reglamentadas por el Decreto 3553 de 2008, para facilitar el desarrollo asociativo y el cooperativismo, se han utilizado como instrumentos para desconocer la realidad del vínculo laboral, a pesar de que expresamente el artículo 7º de la Ley 1233 de 2008, prohíbe su intermediación laboral.

(...)

Eso muestra, entonces, que a los jueces en el análisis de los casos concretos, a los empleadores, a los órganos de control y a los entes del sector público como el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia de Economía Solidaria, corresponde exigir la efectividad de las leyes que protegen los derechos laborales de los trabajadores. Para ese efecto, en el estudio puntual, deberá averiguarse si las formas legales como las cooperativas de trabajo, o los contratos de prestación de servicios, o los contratos celebrados por empresas de servicios temporales realmente tuvieron como verdadero objeto social o finalidad contractual el desarrollo de las actividades permitidas en la ley o si fueron utilizadas como instrumentos para disimular relaciones de trabajo.

(...)

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.

(...)

Que la anterior línea jurisprudencial fue reiterada por la H. Corte Constitucional en sentencia C- 171 de 2012, a través de catorce reglas, así:

6.2 Acerca del tema bajo estudio y de conformidad con la parte motiva y considerativa de esta sentencia, la Sala reiterará aquí las siguientes reglas jurisprudenciales en relación con la protección del derecho fundamental al trabajo y la especial protección al vínculo laboral con entidades del Estado, y por tanto, en relación con los límites planteados a la potestad de contratación de las entidades estatales cuando se trata de funciones permanentes o propias de entidades estatales:

(i) El reconocimiento y protección del derecho al trabajo como derecho fundamental por los artículos 25 y 53 de la Carta, y de los derechos de los servidores públicos por los artículos 123 y 125 Superiores.

(ii) La Constitución y la jurisprudencia constitucional protegen las diferentes modalidades de trabajo, y han reconocido una especial protección constitucional a la vinculación laboral con el Estado, ya que la Carta Política ha consagrado normas especiales orientadas a la garantía de los derechos de los servidores públicos.

(iii) El Legislador cuenta con un amplio margen de configuración para la regulación de la prestación del servicio de salud y para la estructuración de las Empresas Sociales del Estado destinadas a dicha finalidad, lo cual incluye el tema de la contratación por parte de estas entidades. No obstante lo anterior, dicha amplitud de configuración normativa encuentra claros límites en los principios, valores y derechos constitucionales, de manera que no puede desconocer ni vulnerar las normas sobre el derecho al trabajo, la protección a la vinculación laboral con el Estado, la protección de los servidores públicos, ni los límites constitucionales y legales, y de la jurisprudencia de esta Corte, a la contratación por parte de las entidades del Estado.

(iv) De la protección constitucional del derecho al trabajo y del vínculo laboral

con las entidades del Estado se deriva una regla general relativa al acceso a la función pública mediante la ocupación de un cargo o empleo que constituya una relación laboral. De esta manera, el contrato de prestación de servicios debe ser excepcional, como modalidad de trabajo con el Estado que solo se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento temporal y excepcional, para atender funciones ocasionales y no funciones permanentes o propias de la entidad, o que siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.

(v) El respeto de estas reglas constitucionales constituyen criterios imperativos que limitan no solo al Legislador en su labor de regulación legal de la materia, sino también a las autoridades administrativas en relación con la vinculación, permanencia y retiro del servicio público de conformidad con la Constitución.

(vi) La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve importantes diferencias constitucionales entre el contrato laboral y el contrato de prestación de servicios, y ha determinando los criterios para el reconocimiento de una u otra forma de contratación, de tal manera que estas dos formas no pueden ser de ninguna manera asimilables debido a sus alcances y finalidades disímiles, ni puede utilizarse el contrato de prestación de servicios para disimular u ocultar verdaderas relaciones laborales, ni para fomentar procesos de deslaboralización. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corte ha advertido sobre los graves riesgos constitucionales que implica la distorsión del contrato de prestación de servicios y su utilización fáctica indebida para reemplazar o disfrazar verdaderas relaciones laborales.

(vii) La jurisprudencia de esta Corte ha insistido en la garantía del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma al momento de determinar el tipo de contrato realmente existente, de conformidad con el artículo 53 Superior. En consecuencia, si se llegan a constatar los elementos materiales para que exista una relación de trabajo, se debe determinar y declarar el vínculo laboral independientemente del nombre o forma que las partes le hayan otorgado al contrato.

(viii) En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, de los derechos de los servidores públicos y de los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (a) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (b) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (c) requieran de conocimientos especializados.

(ix) Respecto de la determinación de lo que constituye función permanente en una entidad, la Corte ha fijado para su reconocimiento los criterios (a) funcional, (b) temporal o de habitualidad, (c) de excepcionalidad, y (d) de continuidad.

(x) La jurisprudencia ha insistido en la regla según la cual, para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios, porque para ese efecto deben crearse los empleos requeridos. Por tanto, la Sala reitera la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución.

(xi) La prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones permanentes en la administración, tiene como finalidad, la protección del derecho al trabajo, la garantía de los derechos de los trabajadores y de los servidores públicos, y el impedir que los nominadores

desconozcan los principios que rigen la función pública. En armonía con lo anterior, la regla general es que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

(xii) En armonía con lo expuesto, la Corte ha reiterado la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que puedan utilizar figuras legalmente válidas, como el contrato de prestación de servicios, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual o falsear la verdadera relación de trabajo.

(xiii) Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha advertido, especialmente a las autoridades administrativas y a los empleadores del sector público, pero también a los particulares y empleadores del sector privado, sobre el necesario respeto a la prohibición derivada de las normas constitucionales –art.25, 53, 123 y 125 Superiores-, de contratar a través de contrato de prestación de servicios, funciones permanentes y propias del objeto de las entidades públicas o privadas, ya que esta práctica desfigura el concepto de contrato, constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores, fomenta procesos de deslaboralización, incumplimiento que acarrea graves consecuencias administrativas y penales.

(xiv) En síntesis, la jurisprudencia de esta Corte ha enfatizado en (a) la protección del derecho fundamental al trabajo; (b) la protección especial de la vinculación con el Estado; (c) la garantía de los derechos laborales de los servidores públicos; (d) la regla general de vinculación laboral para el desarrollo de las funciones permanentes o propias de las entidades públicas; (e) la prohibición de contratación de prestación de servicios, cuando se trate de funciones permanentes o propias de administración; y (e) por tanto, la prohibición de utilizar figuras jurídicas constitucionales y legales para la desviación de poder en la contratación pública, el ocultamiento de verdaderas relaciones laborales o el fomento de procesos de deslaboralización.

Como el precedente judicial del H. Consejo de Estado en materia de “contrato realidad” es unánime y coincidente con el Máximo Tribunal Constitucional, al considerar que los contratos estatales, cualquiera sea su modalidad, no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales o fomentar procesos de deslaboralización, procederemos a determinar si en el presente asunto la administración del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL ESE utilizó dicho contrato para ocultar o simular una verdadera relación laboral.

Del caudal probatorio allegado legalmente a la actuación se desprende que entre el 25 de octubre de 2007 y el 12 de septiembre de 2012, de manera ininterrumpida, el demandante DANIEL CALVO DÍAZ prestó sus servicios personales al HOSPITAL MEISSEN II NIVEL ESE, mediante la suscripción de diversos contratos estatales, como auxiliar de enfermería y cuyo objeto fue *“1.- en el desarrollo del presente contrato – el CONTRATISTA se compromete para con el HOSPITAL a realizar las siguientes actividades: 1. Recibo y entrega de turno del servicio y sus pacientes con la*

enfermera según las normas de la institución. 2. Proporcionar información clara y oportuna al paciente y sus familiares, según su nivel de competencia. 3. Brindar cuidado directo al paciente: toma de signos vitales, hoja neurológica, control de líquidos, aseo de pacientes, canalización de venas, toma de muestras de laboratorio, rotulación de líquidos y mezclas, verificación de permeabilidad del vena 4. Registrar en notas de enfermería todo cambio y procedimiento que se realice en el paciente. 5 velar que los reportes de laboratorio y demás paraclínicos se encuentren oportunamente en las historias clínicas de todos los pacientes. 6. Aplicar normas de bioseguridad durante la atención de pacientes. 7. Conocer y aplicar las normas de precaución con sangre y líquidos corporales durante la atención a pacientes. 8. Realizar registro de enfermería a todo paciente que ingrese al servicio. 9. Adoptar medidas de seguridad para la atención del paciente. 10. Entrega de pacientes a otros servicios según las normas de servicio. 11. Asistir a los pacientes durante su traslado en ambulancia cuando sea necesario. 12. Prevenir accidentes durante la atención o traslado del paciente. 13. Mantener las dependencias del servicio y sus elementos listos, ordenados y adecuados para la atención de pacientes. 14. Utilizar racionalmente el material de consumo que sea necesario para cumplir el objeto contractual. 15. Asistir al médico o enfermera en procedimientos especiales. 16. Mantener estricta técnica aséptica durante todos los procedimientos. 17. Administrar dietas, teniendo en cuenta el recurso humano del servicio y las órdenes médicas. 18 Administrar cuidados específicos durante la alimentación y oxigenoterapia según las normas establecidas. 19. Llevar controles estrictos en pacientes preclámpticas y eclámpticas. 20. Dar educación a la madre en cuidados, puericultura, planificación familiar y durante el post-parto en el hogar. 21 Realizar los controles adecuados e indicados por el médico a toda paciente obstétrica durante el pre y post-parto. 22. Verificar la correcta entrega del recién nacido a la familia. 23. Preparar al paciente quirúrgico, según el procedimiento a realizarse (ayuno, retiro de maquillaje, prótesis, etc.) 24. Fomentar el auto-cuidado del paciente adulto. 25. Proporcionar cuidados especiales a pacientes de toracotomía, amputados, contaminados, cirugía general, ortopedia, etc) 26. Realizar los cuidados propios de enfermería, según ñas normas de la institución y el ejercicio propio de enfermería. 27. Informar al médico y a la jefe de enfermería sobre manifestaciones del paciente, acerca de efectos secundarios de medicamentos ingeridos. 28. Dar apoyo a la familia durante la muerte y/o pacientes en estado Terminal. 29. Verificar funcionamiento adecuado de la incubadora o de equipos requeridos para la atención del paciente. 30. Llevar control estricto de los elementos que se encuentran en el inventario del servicio asignado. 31. Realizar correctamente el aseo de incubadoras, lámparas de fototerapia, calentadores, atriles, pesabebés, etc.

32. *Diligenciar adecuadamente toda la papelería que sea de su competencia, tanto en lo asistencial como en lo administrativo (facturación, estadística, etc.)* 33. *Asistir a capacitaciones y reuniones programadas por la subdirección u otra dependencia.* 34. *Realizar balanceo mensual del trabajo desarrollado y hacerla conocer por el departamento de enfermería.* 35. *Realizar las demás actividades acordes con el objeto de contrato.*”, según aparece acreditado en el expediente (fls. 28 a 75 y 279 a 372), y en la cláusula sexta se establecieron las siguientes obligaciones para el contratista:

a) Realizar su actividad de manera transitoria e independiente, esto es sin subordinación o dependencia respecto del Hospital, utilizando los recursos propios, salvo cuando las actividades a desarrollar requieran el uso de tecnología biomédica u otros recursos científicos. b) el CONTRATISTA se obliga a aportar al presente contrato los documentos que demuestren la idoneidad para la ejecución del objeto y manifiesta bajo la gravedad de juramento, que se entiende prestado con la firma del presente contrato que cumple con este requisito. c) Aportar certificados de antecedentes disciplinarios y judiciales de conformidad con la Ley. d) Cumplir con la normatividad vigente de la gestión ambiental y cumplir con las Leyes, Decretos, Acuerdos, Resoluciones, Reglamentos o cualquier acto de autoridad Nacional o Distrital vigentes que tenga relación con la ejecución del objeto del presente contrato. E) Participar activamente en las actividades que le sean asignadas para la implementación y el adecuado funcionamiento del sistema de Gestión de Calidad basado en la NTC ISO: 9001: 2000 f) Abstenerse de ingresar y usar cámaras fotográficas, video cámaras o cualquier otro medio de reproducción de imágenes, dentro de las instalaciones del Hospital. El desacato a esta cláusula será causal de terminación unilateral del contrato, sin que por esto medie indemnización alguna por parte del Hospital y bajo ninguna circunstancia se procederá a la autorización del uso de estos medios. G. Encontrarse afiliado al Régimen contributivo de Seguridad Social en Salud y aportar recibo de pago dentro de los primeros cinco (5) días del mes correspondiente. H) Encontrarse afiliado a un Fondo de Pensiones y aportar recibo de pago dentro de los primeros cinco (05) días del mes correspondiente. Parágrafo Primero: El contratista autoriza al Hospital a solicitar información sobre el estado de cuenta al Fondo de Pensiones y EPS.

Sin embargo, las declaraciones rendidas por ROSA MIREYA VILLAMIL LÓPEZ, ANA TORRES ROJAS y MYRIAM FERNÁNDEZ PEDRAZA son unánimes en afirmar que conocían a DANIEL CALVO DÍAZ, que se desempeñó como auxiliar de enfermería al servicio del Hospital Meissen II Nivel, que fue vinculado bajo las modalidades de contrato de arrendamiento de servicios personales de carácter privado o de prestación de servicios, que cumplía con un horario de trabajo del cual se llevaba registro y era impuesto por el jefe de piso o el coordinador del área, que su labor de Auxiliar de Enfermería la desempeñaba con los elementos que le proveía el mismo hospital, que tenía que portar carnet de la entidad so pena de no permitirle el ingreso al trabajo toda vez que su labor era prestada personalmente. Además que de lo que le pagaban

mensualmente la entidad, como cualquier contratista, debía pagar salud y pensión, y que no se le reconocieron prestaciones sociales.

Analizado el haz probatorio de manera conjunta, a la luz de la sana crítica, se colige que la vinculación del actor al HOSPITAL DE MEISSEN II NIVEL ESE, para que cumpliera labores de auxiliar de enfermería (fl. 19) fue **personal, subordinada, remunerada y permanente**, porque los contratos estatales *ut supra* simulan una verdadera relación laboral toda vez que las tareas que debía cumplir el actor eran prestadas de manera personal, en un estricto horario de trabajo impuesto por las directivas de la entidad, sin autonomía en su gestión dado que era ordenada, vigilada y controlada por sus jefes inmediatos, situación que se prolongó por más de 5 años de manera continua, y donde la demandada le suministraba los elementos de trabajo para cumplir con su labor. Además, MYRIAM FERNANDEZ PEDRAZA, quien fungió como su superior inmediato, en su testimonio afirmó que el demandante como auxiliar de enfermería - contratista realizaba las mismas funciones que el auxiliar de enfermería perteneciente a la planta de personal del Hospital.

Siendo la labor de auxiliar de enfermería inherente al objeto social de la ESE y, por ende, de carácter permanente (no se puede suspender), y no habiendo explicado el ente demandado por qué la labor desplegada por el actor no se puede realizar con personal de planta, máxime cuando idéntica función también es desempeñada por personal de planta de la entidad como consta en el Manual Específico de Funciones y Competencias laborales de la entidad, se concluye que no puede ser cumplida a través de contratos estatales so pena de desconocerse los derechos salariales y prestacionales de los vinculados mediante esta modalidad, de acuerdo con lo expuesto en el precedente judicial ampliamente citado.

En consecuencia, no se comparten los planteamientos esgrimidos por la demandada en la contestación de la demanda al exponer, con base en el artículo 1 del Decreto 456 de 1956, el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 y el Decreto 1876 de 1994, entre otros, que como se tratan de contratos celebrados de mutuo acuerdo en la que se excluyó la existencia de cualquier relación laboral no es viable que se beneficie a la actora de régimen laboral alguno, cuando precisamente al examinar la ejecución de los mismos se establece que estos ocultan o simulan una verdadera relación laboral dado que no se trata del cumplimiento de unas funciones transitorias que requieran conocimientos especializados que no pueden ser realizadas por personal de planta.

Lo expuesto son argumentos suficientes para concluir que en el *sub judice* se ha desconocido el precedente constitucional y contencioso administrativo citado, que recomienda para estos casos, en aras de hacer prevalecer los principios de la administración pública, la creación de los cargos, máxime cuando no resulta razonable hablar de una actividad temporal de más de cinco (5) años, como lo advierte la H. Corte Constitucional en sentencia C- 614 de 2009, motivo por el cual, sin más consideraciones, se declarará la nulidad del acto acusado.

- **De los efectos de la declaratoria de existencia del contrato real.**

Como quiera que con relación a los efectos que deben producirse cuando se declara la existencia de una relación laboral existe unanimidad por parte de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en el sentido que no dan derecho a adquirir la calidad de empleado público o funcionario de hecho, que la sentencia que declara la existencia de la relación laboral tiene carácter constitutivo del derecho, entre otros aspectos; sin embargo, no existe consenso entre las subsecciones sobre varios tópicos, pues, mientras que una considera que la declaración de existencia de la relación laboral debe tener como consecuencia que se les reconozca y pague una **indemnización reparatoria del daño**, equivalente a los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad, la otra señala que **a título de restablecimiento del derecho** debe ordenarse el reconocimiento y pago de las prestaciones, para el cual debe tomarse como salario el que devengaba otro funcionario de un cargo equivalente o, el valor de lo pactado en los contratos si aquel es inferior, entre otros aspectos, veamos:

En sentencia del 17 de abril de 2013<sup>1</sup> la Subsección **A** de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, con ponencia del doctor ALFONSO VARGAS RINCÓN, expuso:

“...No es posible aplicar la convención colectiva respecto de las prestaciones extralegales que ella contempla, como quiera que la actora no ostenta la calidad ni de empleada pública ni de trabajador oficial, ni hay lugar al reconocimiento de la indemnización moratoria, toda vez que esta sentencia es constitutiva de derecho y es a partir de ella que nacen las prestaciones en cabeza de la beneficiaria, por lo cual no hay viabilidad a reconocer esta sanción por incumplimiento. Tampoco se cumplen los requisitos esenciales para que se desarrolle la figura de funcionario de hecho, por la forma como se desarrolló la contratación y por que las funciones desarrolladas fueron ejercidas regularmente, circunstancias que no permite su configuración.

---

<sup>1</sup> Radicación 25000232500020080077601 (1883-12). Actor Liliana Puerto Casas.

Finalmente, en lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, esta Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago en el presente asunto se determinará por 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.

En consecuencia, se revocará el fallo apelado mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dispuso negar las súplicas de la demanda.

En su lugar, se declarará la nulidad del acto acusado y a título de restablecimiento del derecho se condenará a la Fiduciaria la Previsora S.A. en virtud del convenio celebrado con la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación, de responder por los procesos judiciales reconozca y pague a favor de LILIANA PUERTO CASAS el valor de las prestaciones a que tiene derecho por el desarrollo de su labor y el correspondiente cómputo del tiempo en que estuvo vinculada mediante Órdenes de Prestación de Servicios para efectos pensionales, lo que conlleva al pago de las cotizaciones legales tomando como base el valor de lo pactado en los contratos de prestación de servicios por el período comprendido entre el 16 de octubre de 1996 hasta el 31 de agosto de 2006, tal y como se planteó en sentencia de 17 de abril de 2008, proferida por esta Subsección con ponencia del doctor JAIME MORENO GARCÍA, en la que se precisó:

*“El artículo 85 del C.C.A. al concebir la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevé que todo aquel cuyo derecho amparado por una norma jurídica estime lesionado, puede acudir ante la jurisdicción para pedir, además de la nulidad del acto, que se le restablezca en su derecho, así como también la reparación del daño. La acción indemnizatoria surge cuando no es posible volver las cosas al estado anterior porque la misma naturaleza del daño impide tal circunstancia, pues sabido es que dentro de la sociedad y la naturaleza hay situaciones que resultan irreversibles y la única manera de compensar a la víctima es a través de una retribución pecuniaria.*

*La Sala se aparta de la conclusión a que se llegó en la sentencia de 18 de marzo de 1999 y replantea tal posición, pues lo cierto es que en casos como el presente no tiene lugar la figura indemnizatoria, porque sin duda alguna, la lesión que sufre el servidor irregularmente contratado puede ser resarcida a través del restablecimiento del derecho, término que implica restituir la situación, devolverla al estado existente con anterioridad a la lesión inferida. Ello tiene cabida a través de la declaración judicial de la existencia de la relación laboral del orden legal y reglamentario, con todo aquello que le sea inherente.*

*Por lo anterior, los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación. No es, por tanto, una decisión extra-petita, pues como quedó dicho, son derechos inherentes a la relación laboral.*

Ahora bien, el salario que deberá tener en cuenta la entidad como base para liquidar las prestaciones, será el que devengaba otro funcionario en un cargo equivalente o, el valor de lo pactado en los contratos u órdenes de trabajo, si aquél es inferior...”

Por su parte, en sentencia del 20 de de marzo de 2013<sup>2</sup> la Subsección **B** de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, con ponencia del doctor VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, expuso:

De otro lado, en los casos en los cuales se desvirtúa la existencia de un contrato de prestación de servicios por cuanto se logran demostrar los elementos configurativos de una relación laboral, la persona que fue vinculada como contratista tiene derecho a recibir a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir que son las mismas que devenga el personal de planta, pero liquidadas con base en los honorarios del contratista. Así lo ha considerado esta Corporación:

*“(…) El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.*

*El artículo 53 de la Constitución que establece la prevalencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no puede ser escindido, si no concordado con la “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”, por lo que una vez declarada la situación irregular del contrato de prestación de servicios, la lógica jurídica y la interpretación gramatical de la norma superior no debe ser otra que reconocer las garantías establecidas en las normas jurídicas.*

*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.*

*(…)*

*En consecuencia, se revocará la sentencia impugnada, declarando la nulidad del Oficio 73.300 No. 862 de 18 de septiembre de 2000, proferido por el Director Jurídico de la Seccional del Seguro Social del Tolima, condenando a título de reparación del daño, al pago de las prestaciones sociales que devengue un empleado público en el mismo o similar cargo desempeñado por la actora, liquidada con base en los honorarios contractuales, pagando a título de indemnización las cotizaciones por concepto de Caja de Compensación (...)”.* (Negrillas y subrayas fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra que hubo subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

---

<sup>2</sup> Radicación 25000-23-25-000-2010-00251-01(1939-12).

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 19 de febrero de 2009, expediente 3074-2005. Actora: Ana Reinalda Triana Viuchi, M.P Bertha Lucía Ramírez de Páez

Así las cosas, acorde con las dos líneas jurisprudenciales de las Subsecciones de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, este juez opta por aplicar los efectos del **restablecimiento del derecho** por considerar que es la que se ajusta a la naturaleza de la acción enervada y los valores, principios, directrices, derechos constitucionales y legales desarrollados por el precedente judicial constitucional citado, haciendo la precisión de que en esta oportunidad debe reconocer y pagar al demandante es la diferencia que surge entre lo devengado por concepto de factores salariales (el promedio mensual del valor pactado cada año en los contratos pluricitados y cualquier otro que el Gobierno Nacional haya establecido año por año mediante decreto, ya que ningún ente territorial tiene la facultad de crear factores salariales<sup>4</sup>, y que el actor acredite los requisitos para tener derecho) y prestacionales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses de cesantías) por un Auxiliar de Enfermería, Código 412, Grado 17 de planta del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL ESE y lo pagado al actor entre el 25 de octubre de 2007 y el 12 de septiembre de 2012 a través de los contratos pluricitados, a fin de preservar el derecho a la igualdad entre unos y otros, y de paso ajustar lo indicado en el precedente judicial contencioso.

No se ordena reconocer factor extralegal o convencional alguno toda vez que, además de que no haberse precisado su existencia y vigencia, no se expuso su fundamento constitucional o legal, y dado que al actor no se le está reconociendo la calidad de trabajador oficial o empleado público sino declarando la existencia de una relación laboral con unas consecuencias específicas. Por contera, no se accederá a la indemnización por despido sin justa causa.

Así mismo, por tener la presente sentencia carácter constitutivo, no es posible reconocer sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías pretendidas, porque es a partir de la presente decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado.

Tampoco se ordena la devolución de lo pagado por concepto de retención en la fuente como quiera que la ESE aquí demandada obra como simple agente retenedor de dicho impuesto y que los referidos recursos ingresaron a las cuentas del tesoro nacional administrado por la DIAN, ante quien deberá dirigirse la actora con el fin de hacer la respectiva reclamación.

---

<sup>4</sup> Al respecto véase sentencia C-402 de 2013 de la H. Corte Constitucional y la acción popular con radicación 11001-33-31-030-2007-00564-01, en especial los autos que deciden el incidente de desacato.

En consecuencia, además de declararse la nulidad del acto acusado y la existencia de la relación laboral, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará al HOSPITAL MEISSEN II NIVEL E.S.E., reconocer y pagar a favor de DANIEL CALVO DÍAZ la diferencia que surja entre lo devengado por concepto de salarios y prestaciones por un Auxiliar de Enfermería, Código 412, Grado 17 de planta de la ESE y lo pagado al actor entre el 25 de octubre de 2007 y el 12 de septiembre de 2012 a través de los multicitados, acorde con lo probado y expuesto en precedencia.

Como la entidad demandada debe asumir lo que le corresponda en materia de aportes en salud, pensiones y riesgos laborales durante el periodo que duró la relación *sub lite*, deberá hacer las respectivas devoluciones al actor por concepto de aportes que debió sufragar.

Por ende, se ordenará que las diferencias que surjan entre lo pagado por concepto de los contratos referidos y lo aquí ordenado sean pagadas al actor, debidamente indexadas, por la entidad en los términos del artículo 187 del C. P.A.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se causó el derecho, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

No obstante lo anterior, la demandada deberá realizar las compensaciones o descuentos, debidamente indexados, a que haya lugar al momento de pagar las sumas ordenadas por concepto de aportes que el demandante deba hacer por ley.

Igualmente, la demandada deberá dar aplicación a lo ordenado en el inciso 3 del artículo 192 y el inciso 4 del artículo 195 del C.P.A.C.A., siempre que se estructuren los supuestos fácticos allí establecidos.

- **De las costas.**

Como el apoderado del actor manifestó su interés en probar las costas en que incurrió la parte actora, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A, se condenará en costas a la parte vencida toda vez que dicha disposición contiene un imperativo categórico, no establece excepciones a favor de los entes públicos, y a la fecha no ha sido declarada inconstitucional o condicionada su interpretación en consecuencia desde ya se fijan como agencias en derecho la suma de dos (2) SMMLV. Por Secretaría, se liquidarán las demás costas.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Treinta Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C. – Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero.-** Declarar la nulidad del Oficio GHM 2867 del 27 de noviembre de 2012 proferido por el Hospital Meissen II Nivel E.S.E, mediante el cual se negó a DANIEL CALVO DÍAZ el reconocimiento de los derechos laborales y prestacionales derivados de la relación que existió entre las partes, de conformidad con lo expuesto.

**Segundo.-** Declarar la existencia de una relación laboral entre el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL E.S.E. y DANIEL CALVO DIAZ ocurrida entre el 25 de octubre de 2007 y el 12 septiembre de 2012, de conformidad con lo expuesto.

**Tercero.-** Ordenar, a título de restablecimiento del derecho, al HOSPITAL MEISSEN II NIVEL E.S.E., reconocer y liquidar a favor de DANIEL CALVO DÍAZ la diferencia que surja entre lo devengado por concepto de salarios y prestaciones por un Auxiliar de Enfermería, Código 412, Grado 17 de planta de la ESE y lo pagado al actor entre el 25 de octubre de 2007 y el 12 de septiembre de 2012, en los contratos de arrendamiento de servicios personales de carácter privado y contratos de prestación de servicios, acorde con lo probado y expuesto.

**Cuarto.-** Ordenar al HOSPITAL DE MEISSEN II NIVEL E.S.E., realice las respectivas devoluciones al actor por concepto de aportes que aquel debió sufragar por concepto de pensiones, salud y riesgos laborales, de acuerdo con lo expuesto.

**Quinto.-** Ordenar a la demandada, o quien haga sus veces, pagar al actor las diferencias que surjan entre lo pagado por concepto de lo aquí ordenado. Dichas sumas deben ser indexadas en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A. y de acuerdo con la fórmula expuesta en la parte considerativa.

**Sexto.-** Ordenar a la demandada, o quien haga sus veces, dar aplicación a lo ordenado en el inciso 3 del artículo 192 y el inciso 4 del artículo 195 del C.P.A.C.A.

**Séptimo.-** Condenar en costas a la entidad demandada para el cual se fija como agencias en derecho la suma de dos (2) SMMLV. Por Secretaría, liquídense las demás.

**Octavo.-** Denegar las demás súplicas de la demanda.

**Noveno.-** Ejecutoriada esta sentencia, por Secretaría del Juzgado, remítase a la demandada para su cumplimiento como lo indican los incisos finales de los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A., expídase copia auténtica de la sentencia con constancia de ejecutoria de la presente providencia y del poder a las partes con los fines legales pertinentes. Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si lo hubiere y, archívese el expediente dejando las constancias del caso.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OSCAR DOMINGO QUINTERO ARGÜELLO**  
Juez