



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A
Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., 20 de septiembre de 2018

Radicación: 20001-23-33-000-2012-00222-01

Número interno: 1160-2015

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: María Elena Cervera Badillo

Demandado: E.S.E. Hospital Local de Aguachica (Cesar)

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-161-2018

ASUNTO

La Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 14 de agosto de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cesar que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró la señora María Elena Cervera Badillo contra la E.S.E. Hospital Local de Aguachica.

LA DEMANDA¹

La señora María Elena Cervera Badillo, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó a la E.S.E. Hospital Local de Aguachica.

Pretensiones²:

1. Declarar la nulidad de la Resolución 006 del 17 de febrero de 2012, por medio de la cual la E.S.E. Hospital Local de Aguachica negó el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales.

A título de restablecimiento del derecho solicitó lo siguiente:

2. Ordenar a la E.S.E. Hospital Local de Aguachica a reconocer y pagar a favor de la señora María Elena Cervera Badillo, la totalidad de prestaciones sociales y factores salariales que se reconocen a los empleados públicos de la entidad y que desempeñen funciones similares, tomando como base para la liquidación el salario legalmente previsto para estos, correspondiente al periodo comprendido entre el 25 de agosto de 2006 y el 31 de diciembre de 2010 o en los que se demuestre la existencia de la relación laboral, sumas que deben ser ajustadas conforme a lo indicado por el Consejo de Estado.
3. Ordenar a la demandada a reconocer y pagar en favor de la señora María Elena Cervera Badillo, el salario que se reconoce y paga a los empleados

¹ Folios 1 a 16 del cuaderno 1.

² Folios 1 a 2.

públicos que se encuentran en la estructura administrativa del hospital, que ejecuten similar labor, durante el periodo comprendido entre el 25 de agosto de 2006 y el 31 de diciembre de 2010, sumas que deben ser ajustadas de acuerdo a lo señalado por esta Corporación.

4. Ordenar a la demandada pagar a la demandante los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar a los fondos respectivos, durante el periodo acreditado de prestación de servicios.
5. Declarar que el tiempo laborado bajo modalidad de contrato de prestación de servicios se debe computar para efectos pensionales.
6. Ordenar la indexación de la condena en los términos prescritos por el Consejo de Estado.
7. Condenar en costas a la entidad demandada.
8. Ordenar el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos «176 y 177 del CCA»

Como pretensiones subsidiarias solicitó:

9. En caso de no acceder a la segunda pretensión principal, de forma subsidiaria, ordenar a la demandada a reconocer y pagar la totalidad de las prestaciones sociales y factores salariales que se reconocen a los empleados públicos de la entidad hospitalaria, tomando como base el valor de los contratos de prestación de servicios aportados al proceso o, en defecto, al salario mínimo legal mensual vigente.
10. En caso de no acceder a la segunda pretensión principal y a la primera subsidiaria, ordenar a la demandada a reconocer y pagar a la señora María Elena Cervera Badillo, a título de indemnización, una suma dineraria equivalente a la totalidad de prestaciones sociales y factores salariales que se reconocen a los empleados públicos de la entidad hospitalaria, tomando como base para la liquidación respectiva el valor del salario que reciba mensualmente un trabajador que realice una

función similar, o en su defecto el valor de los contratos de prestación de servicios, o el salario mínimo legal mensual vigente.

Fundamentos fácticos relevantes³

1. La señora María Elena Cervera Badillo laboró para la E.S.E. Hospital Local de Aguachica (Cesar) como auxiliar de archivo, en el periodo comprendido entre el 25 de agosto de 2006 y el 31 de diciembre de 2010.
2. Las funciones a su cargo consistían en llevar, recoger, foliar y organizar las historias clínicas de las diferentes sedes del hospital; realizar inducciones a las auxiliares contratadas; llevar el control de egresos e ingresos de las historias clínicas. Labores que también eran realizadas por los señores William Parra, Ciro Guzmán y Manuel Bayona, quienes son empleados de planta en la entidad demandada.
3. La demandante fue vinculada a través de sucesivos contratos de prestación de servicios, los cuales fueron desnaturalizados en tanto que las funciones únicamente las podía desempeñar en el horario regulado por la entidad y no tenía autonomía, sino que se encontraba subordinada a las directrices de sus jefes inmediatos.
4. Las actividades para las cuales fue contratada la señora María Elena Cervera Badillo fueron realizadas de forma permanente y hacían parte de las actividades ordinarias de la entidad demandada.
5. La prestación fue personal y directa; la demandante se encontraba subordinada a las directrices y órdenes del Hospital Local de Aguachica; y por estas percibía una remuneración mensual.
6. A la señora Cervera Badillo nunca le cancelaron prestaciones sociales o factores salariales tales como: vacaciones, prima de vacaciones,

³ Folios 2 a 5.

bonificación especial de recreación, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, dotación de calzado y vestido de labor, prima de navidad, subsidio familiar, prima de servicios, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, pago de aportes a seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales.

7. El 6 de diciembre de 2011, la demandante presentó derecho de petición que fue corregido y adicionado el 11 de enero de 2012, en donde solicitó el reconocimiento y pago de todos los factores salariales y prestacionales. La entidad hospitalaria negó la petición a través oficio del 17 de febrero de 2012.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL⁴

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.⁵

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la

⁴ Folios 306 a 312 y CD a folio 313.

⁵ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. (2015) EJRLB.

verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo⁶.

En el presente caso a folio 307 se advierte que, en la etapa de excepciones previas, el tribunal indicó lo siguiente:

«[...] Teniendo en cuenta que a las excepciones propuestas por la entidad demandada se les dio el correspondiente traslado previsto en el artículo 175 parágrafo 2º del C.P.A.C.A., a continuación se resolverán las excepciones previas y las previstas en el numeral 6 del artículo 180 ibídem:

3.1.- EXCEPCIÓN: Caducidad.

[...] Contando el término de caducidad desde el día siguiente de notificación del acto acusado, el 23 de febrero de 2012, hasta la solicitud de conciliación extrajudicial el 15 de junio de 2012, faltaban ocho días para la caducidad del medio de control, el cual se reanudó el 12 de septiembre de 2012, cuando se expidió la constancia de conciliación fallida, luego, había plazo para presentar la demanda hasta el 20 de septiembre de 2012, fecha en la cual fue presentada. Por lo tanto, no hay caducidad del medio de control.

3.2.- EXCEPCIÓN: Inepta demanda.

Señala la demandada que en el presente asunto existe una indebida acumulación de pretensiones porque se solicita la declaratoria de una relación laboral y el pago de prestaciones, como si se tratara de un trabajador oficial, lo cual no es el caso.

⁶ Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB.

En primer lugar, la demandante no formuló como pretensión la declaratoria de una relación laboral, sino que solicitó la nulidad de un acto administrativo y el reconocimiento y pago de prestaciones sociales por un tiempo determinado, las cuales son viables dentro de los medios de control de conocimiento de la jurisdicción administrativa.

Ahora, el numeral 2 del artículo 165 de Código de Procedimiento Administrativo, que trata de los requisitos para la acumulación de pretensiones, y concretamente en lo atinente a las pretensiones que se pueden formular, se exige que éstas no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales o subsidiarias, lo cual no ocurre en el presente caso, ya que la nulidad de un acto administrativo trae como consecuencia un restablecimiento del derecho, y en este caso el pago de las prestaciones sociales, sin que esto sea excluyente, por el contrario, es consecuente. Luego, también se niega esta excepción. [...]»,

La decisión fue notificada en estrados y la parte demandada interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación. No obstante, luego de dar traslado del recurso a las partes, desistió de estos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última.⁷

A folio 309, el Tribunal fijó el litigio así:

«[...] Los hechos en los cuales están de acuerdo la parte demandante y demandada es que la señora MARÍA ELENA CERVERA prestó sus servicios al Hospital Local de Aguachica – Cesar, ESE, durante el tiempo comprendido entre el 25 de agosto de 2006 y el 31 de diciembre de 2010.

⁷ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB

[...]

El tema en lo que no hay acuerdo entre las partes, es como lo afirma la demandante si la prestación de ese servicio se hizo en forma subordinada, estructurándose una relación laboral y el derecho al pago de prestaciones sociales, o si por el contrario, como lo afirma la entidad demandada, la prestación del servicio fue en forma autónoma, no desvirtuándose los contratos suscritos.

[...]»

Las partes manifestaron estar de acuerdo con la fijación del litigio planteada por el magistrado sustanciador.

SENTENCIA APELADA⁸

El Tribunal Administrativo de Cesar, en sentencia escrita del 14 de agosto de 2014, ordenó:

«[...] **PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD** del acto administrativo contenido en la Resolución No. 0006 del 17 de febrero de 2012 expedido por el **HOSPITAL LOCAL DE AGUACHICA**, por medio del cual se negó a la señora **MARÍA ELENA CERVERA BADILLO** la petición de reconocimiento de una relación laboral y el consiguiente pago de una indemnización compensatoria, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al **HOSPITAL LOCAL DE AGUACHICA** al pago de las prestaciones sociales a las que tiene derecho la señora **MARÍA ELENA CERVERA BADILLO**, así como al correspondiente cómputo del tiempo laborado para efectos pensionales, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de esta decisión. La suma que resulte de la condena anterior, se actualizará según la fórmula indicada.

⁸ Folios 859 a 882 del cuaderno 3.

[...]

QUINTO:(sic) NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia. [...]]»

La anterior decisión la profirió con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, manifestó que no existía discusión respecto a la acreditación de los elementos de la relación laboral como son la prestación personal del servicio y la remuneración, de acuerdo con la contestación de la demanda. En ese sentido, consideró que el debate debía centrarse exclusivamente en el elemento de la subordinación o dependencia para lo cual del acervo probatorio se demostró la prestación personal del servicio a favor del hospital, como auxiliar de archivo, de forma sucesiva desde el 25 de agosto de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2010.

Agregó que, pese a no obrar las copias de los contratos suscritos en los años 2006 y 2007, la prueba testimonial fue coincidente en afirmar que el hospital cancelaba una suma mensual a la demandante, de manera directa, con lo cual se demostró el elemento de la remuneración.

De igual forma, sostuvo que quedó plenamente demostrado en el proceso que las funciones ejercidas por la demandante se encontraban relacionadas con el manejo de archivo de historias clínicas y admisiones, que para el *a quo*, se trata de una actividad del giro ordinario del ente hospitalario, las cuales fueron ejecutadas por más de cuatro años, por lo que señaló que la prestación del servicio fue permanente.

Frente a la prueba testimonial indicó que, de la declaración del señor William Parra Ochoa quien afirmó haber sido el jefe inmediato de la demandante, se acreditó que la señora Cervera Badillo cumplía el mismo horario que había

sido definido para el personal del hospital y que las funciones de esta se encontraban enmarcadas en el manual de funciones del cargo.

En consecuencia, concluyó que en el caso de la señora María Elena Cervera era indiscutible el ánimo de emplear de modo permanente y continuo sus servicios en el área de archivo, y que para su ejecución no se requerían conocimientos técnicos o científicos específicos que pudieran avalar la procedencia y necesidad de acudir a la vinculación contractual.

En ese sentido, para el tribunal resultó incuestionable el elemento de la subordinación y dependencia, requerido para la configuración de la relación laboral y, por consiguiente, declaró la nulidad del acto administrativo demandado.

RECURSO DE APELACIÓN⁹

La entidad demandada manifestó su inconformidad frente a la sentencia de primera instancia, al considerar que no se acreditó que la señora María Elena Cervera Badillo estuvo subordinada al hospital ante la ausencia de pruebas documentales que confirmaran las declaraciones de los testigos. Agregó que, si bien es cierto la demandante recibía una asignación mensual, esta se enmarcó en lo convenido dentro de los contratos de prestación de servicios.

Arguyó que para el hospital no existieron los medios probatorios que permitieran demostrar la relación laboral y, en su lugar, consideró que la vinculación a través de contratos u órdenes de prestación de servicios acreditó una relación de coordinación; para lo cual señaló que la demandante no fue nombrada por la E.S.E., ni existe acta de posesión que confirme que la misma hacía parte de la institución hospitalaria.

⁹ Ver folios 888 a 891 del cuaderno 3.

Señaló que cumplir con un objeto contractual no genera subordinación y reiteró que estos contratos no pueden tener los mismos efectos de un nombramiento; asimismo, afirmó que el *a quo* no tuvo en cuenta para tomar su decisión que, en su interrogatorio, la demandante indicó que siempre tuvo un contrato de prestación de servicios y que nunca hizo referencia a una vinculación laboral, por lo que debe entenderse que la señora Cervera Badillo cumplió con sus funciones contractuales.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas consideró que en el expediente se puede observar que no existieron conductas dilatorias por parte de la entidad demandada que hayan obstruido el normal desarrollo del proceso.

En consecuencia, solicitó revocar la sentencia de primera instancia para, en su lugar, desestimar todas las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante¹⁰: Sostuvo que, con el acto administrativo demandado, la demandada violó flagrantemente el artículo 53 de la Constitución Política, particularmente el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, así como, en el proceso, se demostró plenamente la configuración de los elementos de la relación laboral, motivo por el cual solicitó se confirme la sentencia de primera instancia.

En ese sentido, señaló que la prueba testimonial fue suficientemente clara para evidenciar que la demandante tenía una jornada laboral de 8 horas, la cual se realizaba en turnos de lunes a viernes, de 7 am a 12 m y de 2 pm a 5 pm; que su jefe era William Parra; que sus funciones estaban relacionadas con la atención a los usuarios en la administración de historias clínicas; y que dichas labores son similares a las de los empleados de planta.

¹⁰ Folios 953 a 958 del cuaderno 3.

Parte demandada¹¹: El ente hospitalario reiteró los razonamientos expuestos en el recurso de apelación.

Ministerio Público: Guardó silencio en esta etapa procesal según se advierte de la constancia secretarial obrante a folio 972 del expediente.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹², el Consejo de Estado es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos.

De igual forma, acorde con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso¹³, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los planteamientos expuestos en el recurso de apelación.

¹¹ Folios 964 a 966.

¹² El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

¹³ «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»

Problemas jurídicos:

En ese orden, los problemas jurídicos que deben resolverse en esta instancia se circunscriben a los aspectos planteados en los recursos de apelación, los cuales se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿En el caso de la señora María Elena Cervera Badillo se comprobaron los elementos constitutivos para determinar la existencia de una relación laboral con la E.S.E. Hospital Local de Aguachica?

En caso afirmativo,

2. ¿En el *sub lite*, hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, frente a algunos o todos los periodos en los cuales estuvo vinculada la señora María Elena Cervera Badillo y cómo debe restablecerse el derecho de la demandante frente a los aportes a pensión?
3. ¿Procede la condena en costas a la parte demandada en primera instancia por la decisión adversa adoptada por el tribunal en cuanto la entidad actuó sin mala fe o temeridad?

Primer problema jurídico

¿En el caso de la señora María Elena Cervera Badillo se comprobaron los elementos constitutivos para determinar la existencia de una relación laboral con la E.S.E. Hospital Local de Aguachica?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: Se configuraron los elementos de remuneración y subordinación y dependencia continuada de la relación

laboral. Lo anterior de acuerdo con las razones que a continuación se sustentan:

Contrato de prestación de servicios vs. contrato realidad

El numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 consagra el contrato de prestación de servicios:

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

[...]

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. [...]» (Subraya la Sala).

Dicha clase de contrato, de acuerdo con la norma que la regula, tiene como propósito el de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, o para desarrollar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de estas.

Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios está la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual¹⁴, y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes¹⁵.

¹⁴ Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación

De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público.

Ello con el fin de evitar el abuso de dicha figura¹⁶ y como medida de protección de la relación laboral, en tanto que, a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal¹⁷.

Frente a este punto, se resalta que el Estado Colombiano ha ratificado convenios internacionales que propugnan por el trabajo en condiciones dignas lo cual hace obligatoria su aplicación en el ordenamiento interno, con el fin de evitar la vulneración del derecho fundamental al trabajo. Al respecto, como Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica, ratificó el Protocolo de San Salvador: Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988; el cual en sus artículos 6 y 7 consagra el Derecho al Trabajo:

«[...] Artículo 6 Derecho al Trabajo

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.
2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también

23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba)

¹⁵ Ver sentencia C-614 de 2009.

¹⁶ Ver sentencia del 10 de julio de 2014. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve. Radicación 05001233100020040039101 (0151-13). Francisco Zúñiga Berrio contra el Municipio de Medellín (Antioquia).

¹⁷ C-614 de 2009.

a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Artículo 7 Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

- a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;
- b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;
- c. el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;
- d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;
[...]
- h. el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales. [...]» (Subraya la Corporación)

Las disposiciones citadas, generan el deber del Estado Colombiano de otorgar esas garantías mínimas que deben permear la materialización del derecho al trabajo, por cuanto en los artículos 1 y 2 del citado Protocolo de San Salvador¹⁸ se consagró la obligación de los Estados partes de adoptar

¹⁸ «**Artículo 1 Obligación de Adoptar Medidas.** Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

Artículo 2 Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.»

las medidas necesarias en su orden interno y en cooperación con los demás; para efectivizar los derechos que en el Protocolo citado se reconocen, entre ellos, al trabajo.

De allí que en el artículo 53 de la Carta Política elevó a rango constitucional el derecho al trabajo con unos principios mínimos fundamentales, al respecto:

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

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

Dicho canon constitucional, consagra precisamente el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en materia laboral, que responde a las normas de rango supra y constitucional sobre las condiciones dignas del trabajo, señaladas, el cual se desarrolla seguidamente.

Elementos que naturalizan la relación laboral

En el anterior hilo argumentativo, para la jurisprudencia, el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: **i)** la prestación de servicio es personal; **ii)** bajo subordinación continuada; y **iii)** remunerada.

En dicho caso, el derecho al pago de las prestaciones sociales surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre

las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, lo que se ha denominado como contrato realidad.

En ese orden de ideas, la figura del contrato realidad se aplica cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación continuada propia de las relaciones laborales.¹⁹

En el presente asunto, la Corporación advierte que la inconformidad de la parte apelante con la sentencia de primera instancia radica en que el tribunal concluyó que se habían configurado todos los elementos de la relación laboral cuando, a su juicio, no se demostró fehacientemente la subordinación o dependencia continuada y la remuneración por el servicio prestado. Luego, como no se discrepó respecto a la prestación personal de las labores, ni frente a los extremos temporales en los que se reconoció el contrato realidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 328 del CGP, la Subsección analizará si se acreditaron los dos elementos del contrato de trabajo sobre los cuales hay reproche. Al respecto:

- **Remuneración o retribución por el servicio prestado**

Definido lo anterior, frente al elemento de la remuneración, advierte la Corporación que a la señora María Elena Cervera Badillo se le cancelaban regularmente la porción de los honorarios pactados en los diferentes contratos y órdenes de prestación de servicios, tal y como consta en los diferentes comprobantes de egreso y órdenes de pago aportadas por la demandante, a través de los cuales se acreditan diferentes pagos por dicho concepto realizados en 2008, 2009 y 2010.²⁰

¹⁹ Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16.

²⁰ Para el caso ver folios 18 y 19, 25, 34, 35, 45, 50 y 51, 58, 67, 83, 88, 93, 95, 107, 115, 121, 128 y 132.

Por lo tanto se encuentra acreditado este presupuesto entorno al pago recibido por la prestación del servicio.

- **Subordinación y dependencia continuada**

Ahora bien, frente a la subordinación o dependencia continuada se observa que el objeto contractual para el cual fue vinculada la demandante era la «[...] prestación de servicios como auxiliar de archivo de ocho horas con destino al Hospital Local de Aguachica ESE [...]»²¹ y, la ejecución de las actividades contratadas se realizaba «mediante la atención de los usuarios que requieran estos servicios»²².

En el caso objeto de análisis, la inconformidad con la sentencia de primera instancia se centró en que, para la demandada, no se acreditó fehacientemente el elemento de subordinación continuada de la relación laboral, toda vez que no se aportaron medios de prueba que permitieran confirmar los dichos de los diferentes testigos respecto a las órdenes e instrucciones que se le impartían a la señora María Elena Cervera o al deber de cumplir con un horario.

No obstante, la Subsección sí encuentra en el expediente medios de prueba suficientes que permiten determinar que la señora Cervera Badillo estuvo sometida a la subordinación y dependencia continuada frente a la E.S.E. Hospital Local de Aguachica para efectos de prestar sus servicios en dicha entidad. Para el efecto, se advierte de la prueba testimonial practicada en el proceso lo siguiente:

²¹ Según contratos y órdenes de prestación de servicios aportados por la demandante, obrantes a folios 31 a 33, 36 a 38, 55, 62, 65, 70, 73, 76, 79, 82, 87, 92, 100, 104, 106, 111, 114, 118, 120, 124, 127 y 131.

²² Según se desprende de los contratos Jn-143 del 3 de junio de 2008 y Sp-031 del 1.º de septiembre de 2008, obrantes a folios 36 a 38 y 31 a 33, respectivamente.

- ✓ En primer lugar, el señor Manuel Alexander Rubiano Solano, quien estuvo vinculado al Hospital Local de Aguachica entre el 2005 y el 2010 declaró lo siguiente:

«[...] Yo recuerdo que ella entró a trabajar un año después de mí, yo entré en el dos mil cinco y ella en el dos mil seis, cuando hubo cambio de alcalde municipal, y en ese entonces entró la doctora Luz Irina, ella entró a la dependencia de archivo, yo ejercía como cajero en la sede San Eduardo, ella trabajaba horarios de oficina de siete de la mañana a doce del medio día y de dos a cinco de la tarde, yo salí en el año dos mil diez y creo que ella siguió trabajando. También recuerdo que el coordinador de ella era el señor William Parra y la función de ella era extraer las historias clínicas para llevarlas al consultorio médico de igual forma recogerlas y archivarlas, también realizaba actualización de datos en las carpetas, en sí esas eran las funciones que ella ejercía. **Preguntado:** ¿Qué cargo ocupaba la señora María Elena Cervera Badillo, en la sección de archivo? **Contestó:** Como dije, era extraer las historias clínicas para llevarlas a los consultorios médicos, de igual manera recogerlas y archivarlas y actualizar datos de las historias clínicas, como personas que pasaban registro a carpeta, eso le tocaba a ella. [...] **Preguntado:** ¿En la labor que realizaba la señora María Elena Cervera Bedoya tenía horario o jornada establecida en el hospital? **Contestó:** Sí, claro, ella debía cumplir horario, de siete de la mañana a doce del medio día y de dos a cinco de la tarde, ese era el horario que tenía establecido en el archivo. **Preguntado:** ¿La señora María Elena Cervera tenía algún jefe inmediato de quien dependía jerárquicamente? **Contestó:** Ella tenía un coordinador que era el señor William Parra. [...] **Preguntado:** ¿Las labores de oficina en el horario que ya usted mencionó eran realizadas durante qué días? **Contestó:** De lunes a viernes, aunque hubo un periodo que fue de lunes a sábado, no recuerdo que tanto tiempo fue. **Preguntado:** ¿Si la señora María Elena Cervera Badillo no asistía los días que usted ya mencionó y en el horario también mencionado, era sujeto de algún llamado de atención? **Contestó:** Yo la verdad no recuerdo que ella haya faltado y si uno lo hacía tenía el llamado de atención porque de igual manera se traumatizaba el servicio [...]»²³

- ✓ El señor William Parra Ochoa, quien laboró en la entidad demandada en el cargo de auxiliar de información de salud y encargado en la coordinación de archivo, sostuvo:

²³ Declaración obrante a folios 832 y 833 del cuaderno 3.

«[...] **Preguntado:** ¿Desde qué fecha usted viene laborando como coordinador de la sección de archivo del Hospital Local de Aguachica? **Contestó:** Aproximadamente hace catorce años. **Preguntado:** ¿Teniendo en cuenta la respuesta anterior, manifieste usted desde cuándo la señora María Elena Cervera Badillo venía trabajando en la sección de archivo que usted coordina? **Contestó:** Desde el dos mil ocho aproximadamente, en el mes de enero, anteriormente ella realizó prácticas como pasantías del SENA por seis (6) meses en la misma sección. **Preguntado:** ¿Qué cargo ocupaba la señora María Elena Cervera Badillo en la sección de archivo? **Contestó:** Se desempeñaba como auxiliar de archivo. [...] **Preguntado:** ¿En la labor que realizaba la señora María Elena Cervera tenía horario o jornada establecida en el hospital? **Contestó:** Su jornada laboral era de ocho horas, las cuales realizaba en dos turnos [...] **Preguntado:** ¿La señora María Elena Cervera tenía algún jefe inmediato de quien dependía jerárquicamente? **Contestó:** Su jefe inmediato era el coordinador, es decir, yo. **Preguntado:** ¿Usted en su condición de coordinador le daba algún tipo de órdenes o directrices para que cumpliera la señora María Elena Cervera Badillo? **Contestó:** Todas sus actividades estaban enmarcadas dentro del manual de funciones para dicho cargo. **Preguntado:** ¿Cuál era su función como coordinador de la sección de archivo en el Hospital Local? **Contestó:** Coordinar todas las actividades acerca del manejo de las tres sedes referente a la custodia y manejo de las historias clínicas para con los usuarios y todas las entidades de control del nivel municipal, departamental y nacional. **Preguntado:** ¿Qué labores realizaba la señora María Elena Cervera en la sección que usted coordinaba? **Contestó:** Sus labores estaban relacionadas con la atención de usuarios, elaboración de historias clínicas, administración de las historias clínicas de los consultorios, volverlas a recoger, organizarlas nuevamente con el material nuevo que ingresaba, archivarlas y otras veces verificar en el sistema la información solicitada. [...] **Preguntado:** ¿Aclare al despacho cuál era el horario específico en que debía cumplir sus labores la señora María Elena Cervera Badillo? **Contestó:** Su horario era de siete a doce de la mañana y de dos de la tarde a cinco de lunes a viernes. **Preguntado:** ¿Ese horario es el establecido para todos los empleados del Hospital Local de Aguachica? **Contestó:** Por los diferentes cargos y secciones existen diferentes horarios. **Preguntado:** ¿Los empleados públicos de la parte administrativa del Hospital Local qué horario tienen? **Contestó:** Su horario son de las siete de la mañana a las doce del medio día y de las dos de la tarde a las cinco de la tarde. **Preguntado:** ¿La actividad realizada por la señora María Elena Cervera Badillo y de la cual usted manifestó ser coordinador en el Hospital Local de Aguachica era una actividad permanente o transitoria? **Contestó:** Su actividad era de carácter permanente. [...]»²⁴

²⁴ Declaración obrante en folios 834 a 835.

- ✓ La señora Luz Argenis Lozano Pérez, quien manifestó que fue compañera de trabajo de la demandante entre el 2008 y el 2010, señaló en su declaración:

«[...] yo vengo a declarar que la señora María Elena Cervera Badillo laboró en el Hospital Local, las actividades que ella realizaba era auxiliar de archivo, era quien archivaba, llevaba las historias clínicas a los consultorios a las horas que eran las citas, las carpetas de las historias tenían que estar media hora antes, cuando pedían permiso sindical los empleados de plante ella le tocaba cubrirlos, cuando llegaba personal nuevo a ella era a quien le tocaba dar la inducción al personal que llegaba y al finalizar el día nuevamente a los consultorios para recoger las carpetas de las historias y archivar, eso era lo que ella hacía allá. [...] **Preguntado:** ¿En la labor que realizaba la señora María Elena Cervera tenía horario o jornada establecida en el hospital? **Contestó:** Sí, ella trabajaba de siete de la mañana a doce del medio día y de dos a cinco de la tarde, ese era el horario que tenía establecido en el archivo. **Preguntado:** ¿La señora María Elena Cervera tenía algún jefe inmediato de quien dependía jerárquicamente? **Contestó:** Tenía un coordinador que se llamaba William Parra. [...] **Preguntado:** ¿Manifieste al despacho por qué usted sabe lo que acabó de responder? **Contestó:** Porque la parte de archivo y la parte que yo manejaba iban de la mano, porque yo entregaba las citas de promoción y prevención y después de dar las citas le tocaba buscar los RIPC y las historias clínicas y llevarlas a los consultorios, por eso digo yo que iban de la mano, si yo daba una cita mal ella se daba cuenta por medio de la historia clínica del paciente y me informaba por ejemplo este niño no tiene control de crecimiento y desarrollo, sino que hay que cambiar la cita por primera vez con médico. [...] **Preguntado:** ¿Podía la señora María Elena Cervera Badillo ausentarse del trabajo que realizaba en el Hospital Local al cual usted se refirió o esto tenía alguna consecuencia? **Contestó:** Yo la verdad vi que nunca se ausentara y si se ausentó algún día archivo se perdía el archivo, nadie daba con el chicle porque nadie más sabía donde estaba todo. [...]»²⁵

- ✓ El señor Gonzalo Armando Vargas Ospina, quien afirmó haber sido empleado del hospital hasta el año 2012, declaró:

«[...] ella fue compañera de trabajo, ella trabajaba en la parte de archivo, auxiliar de archivo con las historias clínicas, actualización de datos, les llevaba papelería a los consultorios, ese es el puesto de ella, fuimos compañeros casi

²⁵ Declaración a folios 836 y 837.

cuatro años de trabajo, ella estaba primero que yo a trabajar, cuando yo entré ella ya trabajaba ahí. [...] **Preguntado:** ¿En la labor que realizaba la señora María Elena Cervera tenía horario o jornada establecida en el hospital? **Contestó:** Sí, el horario era de siete de la mañana a doce del día y de dos de la tarde a cinco de la tarde. **Preguntado:** ¿La señora María Elena Cervera tenía algún jefe inmediato de quien dependía jerárquicamente? **Contestó:** Tenía un jefe que era el señor William Parra. [...] **Preguntado:** ¿Quién estableció la jornada laboral de siete de la mañana a doce del medio día y de dos de la tarde a cinco de la tarde que usted mencionó? **Contestó:** Ese horario está estipulado por el Hospital Local. **Preguntado:** ¿Esas labores de archivo que realizaba la señora María Elena Cervera Badillo eran transitorias o permanentes? **Contestó:** Permanentes, de lunes a viernes. **Preguntado:** ¿Manifieste las razones por qué usted dice en respuestas anteriores que el señor William Parra era el jefe inmediato de la señora María Elena Cervera Badillo? **Contestó:** Porque el señor William Parra es el jefe inmediato y directo de la sección de archivo. [...]»²⁶

- ✓ De igual forma, el señor Luis Hernando Carretero Díaz, quien estaba vinculado como médico de la entidad demandada, señaló:

«[...] Yo conocí a la señora María Elena Cervera Badillo en el Hospital Local San Eduardo a finales de dos mil siete, cuando le hacía turnos a mi esposa Celmira Estrada Zambrano, que laboraba como médica del Hospital San Eduardo en consulta externa y la señora María Elena Cervera era la que se encargaba de llevar y recoger las historias clínicas con su RIPC de consulta, ella las recogía para archivarlas y ya la conocí más a fondo cuando comencé a trabajar desde el dieciocho de febrero de dos mil ocho cuando yo empecé a trabajar con el Hospital Local de Aguachica y ella tenía las mismas funciones de llevar y recoger historias clínicas y archivarlas hasta la fecha en que laboró con el Hospital Local. [...] **Preguntado:** ¿En la labor que realizaba la señora María Elena Cervera tenía horario o jornada establecida en el hospital? **Contestó:** Sí señora, de siete de la mañana a doce del medio día y de dos a cinco de la tarde, pero cuando llegaba a atender los pacientes que lo hacía antes de las siete de la mañana, ya encontraba las historias clínicas en mi consultorio de los pacientes que tenía que atender. **Preguntado:** ¿La señora María Elena Cervera tenía algún jefe inmediato de quien dependía jerárquicamente? **Contestó:** Tenía un jefe que era el señor William Parra que era el coordinador de archivo. [...] **Preguntado:** ¿Manifieste al despacho si la actividad de archivo de las historias clínicas en el Hospital Local de Aguachica es una actividad transitoria o permanente? **Contestó:** Es permanente porque si el paciente no tenía la

²⁶ Ver folios 838 a 839.

historia clínica no se podía atender, podía estar el RIPC de consulta, mientras tanto no estuviera la historia clínica imposible atenderlo porque la historia clínica es la hoja de vida del paciente, en esos momentos era física porque ahora es puro computador. **Preguntado:** ¿De acuerdo a lo que usted manifiesta la historia clínica se constituye en un documento de vital importancia para la prestación del servicio de salud, es su archivo, manejo y custodia una actividad principal del Hospital Local de Aguachica? **Contestó:** Es una actividad principal, sí, con una gran responsabilidad porque la historia clínica es un archivo importante para el paciente y para el Hospital Local. [...]»²⁷

- ✓ De acuerdo con los diferentes testimonios rendidos en el proceso, la Subsección advierte que los testigos fueron contestes en el hecho de que la señora María Elena Cervera desempeñaba sus labores en un horario de 7 am a 12 m y de 2 pm a 5 pm, de lunes a viernes, es decir, la misma jornada que cumplían los empleados del área administrativa del hospital de Aguachica y; que el señor William Parra, quien era el coordinador de archivo, actuaba como su superior.
- ✓ Ahora, si bien los dichos de los testigos no permiten tener plenamente demostrado que la demandante estuviera en la obligación de acatar el horario regulado por la E.S.E. Hospital Local de Aguachica para su personal administrativo, o que recibía mandatos o preceptos por parte del señor William Parra o de algún otro funcionario de la demandada, ya fuera a intervalos regulares o continuos o, inclusive, esporádicamente; según lo señalado por algunos testigos, particularmente del señor Luis Hernando Carretero Díaz, la función ejercida por la demandante es una actividad principal del hospital, lo que el *a quo* concluyó como una labor del giro ordinario de este, es decir, que debe ser realizada de forma permanente, situación que supera el término estrictamente necesario al que se refiere el artículo 32 numeral 3º de la Ley 80 de 1993

En ese sentido, respecto a la permanencia de las actividades, según encontró probado el tribunal, por más de cuatro años, la Subsección estima que este hecho sí permite inferir la configuración del elemento de la subordinación, toda vez que el artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 permite a

²⁷ Ver folios 840 a 841.

las entidades estatales la contratación por prestación de servicios cuando las «actividades no puedan realizarse con personal de planta» y «por el término estrictamente indispensable».

Para el efecto, el señor William Parra, quien fungía como coordinador de la sección de archivo de la E.S.E. Hospital Local de Aguachica, en su testimonio, afirmó que todas las actividades desarrolladas por la demandante «estaban enmarcadas dentro del manual de funciones para dicho cargo», y si bien para la Corporación, del dicho del testigo no se podía concluir con certeza que en la planta de personal de la entidad estuviese creado el cargo de auxiliar de archivo, u otro similar, que desarrollase las mismas actividades para las cuales fue contratada la señora Cervera Badillo, dicha afirmación sí se confirmó con el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de planta de personal de la entidad hospitalaria obrante a folios 854 a 935 del expediente.

De acuerdo con el citado manual de funciones, advierte la Corporación la existencia del empleo denominado «AUXILIAR ÁREA SALUD» código 412 y grado 04, para un total de 21 cargos del nivel asistencial y para proveer por carrera administrativa según obra a folio 907. Los 21 cargos fueron subdivididos de la siguiente forma: 2 cargos de auxiliar de consulta odontológica²⁸; 13 cargos de auxiliar de enfermería²⁹; 5 cargos de auxiliar de información en salud³⁰; y 1 cargo de auxiliar de laboratorio clínico³¹.

Particular atención hace la Subsección respecto al cargo denominado auxiliar de información en salud, el cual obra a folios 910 y 911, para el cual, en el manual de funciones, se detalla lo siguiente:

«[...]AUXILIAR DE INFORMACION EN SALUD (5 CARGOS)

²⁸ Con funciones detalladas en folios 907 y 908.

²⁹ Según consta a folios 908 a 910.

³⁰ Ver folios 910 y 911.

³¹ Ver folios 912 a 913.

II. PROPOSITO PRINCIPAL

Ejecutar de (sic) labores auxiliares en la admisión de pacientes, manejo de archivos e historias clínicas, diligenciamiento, consolidación, control, codificación de formularios y cálculo de indicadores estadísticos, de conformidad con los protocolos establecidos en la E.S.E.

III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES

Realizar los trámites relativos a la admisión de pacientes y mantener el índice de pacientes.

Suministrar historias clínicas y registrar citas a pacientes para consulta externa y mantener el registro de referencia.

Mantener el control y realizar los trámites relativos a los ingresos, egresos de pacientes, la asignación de camas y resumir el censo diario.

Recibir, verificar y archivar diariamente las historias clínicas de pacientes siguiendo procedimientos establecidos y notificar las inconsistencias que se presenten.

Participar en las encuestas de población general como recolector de datos.

Recolectar los informes diarios y mensuales de las diferentes reparticiones, área de influencia y preparar sus resúmenes.

Codificar diagnóstico de morbilidad, mortalidad y calcular los indicadores estadísticos requeridos para el análisis de la información.

Evaluar la integridad y consistencia de la información recibida.

Responder por los elementos de trabajo que estén a su cargo y adoptar mecanismos para la conservación, el buen uso, evitar las pérdidas, hurto o deterioro de los mismos.

Velar por la adecuada presentación de la oficina y por la organización del archivo respectivo, guardando estricta confidencia por los asuntos y decisiones a que se tiene acceso por el desempeño de su cargo.

Las demás que le sean asignadas por la Constitución, la Ley, los Acuerdos y las necesarias para asumir cabalmente sus responsabilidades.

IV. CONTRIBUCIONES ESENCIALES (CRITERIOS DE DESEMPEÑO)

La admisión y registro de pacientes se realiza de acuerdo con las normas, protocolos, guías y procedimientos establecidos para el efecto.

El proceso ordenado de registro de citas para consulta externa y la entrega de historias clínicas a los pacientes, contribuye a una buena prestación del servicio de consulta externa.

Las estadísticas de las citas otorgadas a la comunidad para la consulta externa, son confiables.

Las historias clínicas se manejan de acuerdo con la normatividad y complejidad de la institución.

V. CONOCIMIENTOS BÁSICOS O ESENCIALES

1. LEY 1122/07 (reforma de la ley 100), Decreto 1011/06 (norma de habilitación y sus anexos), Resolución 5261 (manual de procedimientos plan obligatorio de salud), Decreto 2423 Manual Tarifario de Contratación y disposición para la actualización permanente en la normatividad.

2. Manejo de metodología de servicio al cliente.

3. Manejo de archivo de Historias Clínicas.

4. Normatividad vigente del área.

5. Guías de manejo de pacientes.

Conocimientos básicos de sistemas. [...]» (Subrayado de la Corporación y cursiva del texto original)

De acuerdo con las funciones determinadas para el cargo de auxiliar de información en salud, la Subsección considera que estas son idénticas a las ejecutadas por la demandante, esto es, todo lo relacionado con el manejo, control y archivo de las historias clínicas de los pacientes de la E.S.E. Hospital Local de Aguachica, y frente a las cuales los testigos fueron coincidentes en que dichas labores fueron desarrolladas por la señora María Elena Cervera Badillo.

Luego, para la Corporación existe claridad en que la señora María Elena Cervera Badillo desarrollaba las funciones reguladas para un empleado de planta del hospital que ostentara el cargo de auxiliar de información en salud.

En ese orden de ideas, la Subsección considera que, pese a que la demandada, se itera, estaba facultada para contratar por prestación de servicios al personal necesario para garantizar el correcto funcionamiento de la entidad por los términos que considerara estrictamente indispensables, el hecho de que la vinculación de la demandante se extendiera por más de cuatro años, en los que desempeñó una actividad necesaria para la prestación eficiente del servicio público esencial de salud, que además eran funciones o actividades previstas para ser realizadas por empleados de planta del hospital, aunado al indicio de que debía cumplir con el horario de

trabajo impuesto por el hospital, son elementos de convicción suficientes para concluir que en el caso de la señora Cervera Badillo ésta prestaba sus servicios bajo subordinación y dependencia continuada.

Colofón de lo expuesto, resulta evidente la configuración de los tres elementos de la relación laboral en el caso de la señora María Elena Cervera Badillo, particularmente en lo que se refiere a la remuneración o contraprestación por el servicio prestado y especialmente la subordinación y dependencia continuada, razón por la cual, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, debe reconocerse la existencia del contrato realidad, tal y como lo hizo el *a quo*.

En conclusión: La señora María Elena Cervera Badillo demostró la configuración de los tres elementos de la relación laboral mientras estuvo vinculada con la E.S.E. Hospital Local de Aguachica, a través de contratos de prestación de servicios, motivo por el cual debe reconocerse la existencia del contrato realidad.

Segundo problema jurídico

¿En el *sub lite*, hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, frente a algunos o todos los periodos en los cuales estuvo vinculada la señora María Elena Cervera Badillo y cómo debe restablecerse el derecho de la demandante frente a los aportes a pensión?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: Pese a que la jurisprudencia reconoce que la sentencia declarativa del contrato realidad es constitutiva del derecho, los interesados no pueden exonerarse de su deber de reclamar el derecho dentro de los tres años siguientes a la finalización del vínculo contractual, pero respecto a los aportes pensionales dicho término no aplica, como se explica a continuación.

Prescripción aplicada al contrato realidad

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968³² y 102 del Decreto 1848 de 1969³³ (reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Particularmente, en cuanto al reconocimiento de la existencia de la relación laboral encubierta a través de un contrato de prestación de servicios, esta Sección, en la mencionada Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, estipuló las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad³⁴:

«[...] i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en

³² «**Artículo 41.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.»

³³ «**Artículo 102.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.»

³⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015).

armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de *in dubio pro operario*, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción

de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador. [...]» (Subrayado de la Subsección)

Conforme con lo previsto en la sentencia de unificación jurisprudencial, en su aparte aquí transcrito, se colige lo subsiguiente:

- El término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella.
- En aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización.³⁵

En virtud de lo anterior se analizan los siguientes supuestos en el presente caso:

- La petición de reconocimiento y pago de las acreencias laborales por parte de la demandante, fue radicada ante la entidad demandada el 11 de enero de 2012³⁶,
- por tratarse de vinculaciones continuas al servicio público en razón a la relación laboral fue reconocida por el *a quo*, sin interrupciones, entre el 25

³⁵ En los precisos términos de la sentencia de unificación, se indicó: «[...] Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. [...]» (Subrayado de la Subsección)

³⁶ Ver folios 140 a 142.

de agosto de 2006 y el 31 de diciembre de 2010 y, ello no fue motivo de apelación;

- el término para contar la prescripción extintiva debe empezar a partir de la finalización del último vínculo contractual.
- Quiere decir lo anterior, que el plazo para reclamar los derechos prestacionales derivados del periodo de vinculación laboral comprendido entre el 25 de agosto de 2006 y el 31 de diciembre de 2010, corrió hasta el 1.º de enero de 2014.
- Luego, al no haber transcurrido más de tres años entre la finalización del último contrato y la presentación de la petición tendiente al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que, se itera, ocurrió el 11 de enero de 2012, debe concluirse que no prescribieron las prestaciones causadas en el periodo anotado.

Ahora bien, pese a que no se configuró el fenómeno de la prescripción, de acuerdo con la sentencia de unificación citada, el Juez Administrativo debe estudiar en todos los procesos en los cuales proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, aun así, no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En dicha providencia, la Corporación precisó que la imprescriptibilidad frente a los aportes a seguridad social en pensiones no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

Para el efecto, indicó que la administración se encuentra en la obligación de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron

efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía al empleador.

De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que la entidad demandada deberá, a título de restablecimiento del derecho, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional³⁷ de la demandante, dentro del periodo del 25 de agosto de 2006 y el 31 de diciembre de 2010, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duraron los vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

En conclusión: En el caso de la señora María Elena Cervera Badillo, no se configuró la prescripción de las prestaciones sociales y emolumentos reconocidos por el *a quo*. Asimismo, en virtud de la sentencia de unificación citada, tratándose de los aportes a pensión se deberá realizar el pago al fondo de pensiones correspondiente en los términos descritos anteriormente. En ese preciso aspecto se adicionará la sentencia de primera instancia.

Tercer problema jurídico

³⁷ Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

¿Procede la condena en costas a la parte demandada en primera instancia por la decisión adversa adoptada por el tribunal en cuanto la entidad actúo sin mala fe o temeridad?

Al respecto, la Subsección sostendrá la siguiente tesis: La condena en costas en contra de la parte demandada en primera instancia es procedente, en atención a que resultó vencida en el proceso, como pasa a explicarse.

De la condena en costas y agencias en derecho

Esta Subsección en providencia con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez³⁸ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en los siguientes términos:

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso, llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso³⁹, y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte del expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias en derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora, en atención a los criterios sentados en los ordinales 3.º y 4.º del artículo 366 del Código General del Proceso⁴⁰, y que no necesariamente

³⁸ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

³⁹ Artículo 171 No. 4 en concordancia con el artículo 178 *ibídem*.

⁴⁰ «[...] Falta de legitimación en la causa por pasiva [...] En este sentido, 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a

deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado⁴¹, los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 ordinal 8.º de la ley 1123 de 2007⁴².

En materia de lo contencioso administrativo, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través del Acuerdo 1887 de 2003⁴³ «vigente al momento de la expedición de la sentencia de primera instancia» fijó las agencias en derecho, de la siguiente manera:

«[...] 3.1.2. Primera instancia.

[...]

Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

PAR.—En los procesos ejecutivos, hasta el quince por ciento (15%) del valor del pago ordenado o negado en la pertinente decisión judicial; si, además, la ejecución comprende el cumplimiento de obligaciones de hacer, se incrementará en un porcentaje igual al que fije el juez.

actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. [...]».

⁴¹ Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999.

⁴² Regula la norma como deber de los abogados, el de "...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto".

⁴³ Modificado por el Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016.

En los casos en que únicamente se ordene o niegue el cumplimiento de obligaciones de hacer, hasta seis (6) salarios mínimos mensuales legales vigentes. [...]»

Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera «*automática*» u «*objetiva*», frente a aquel que resultara vencido en el litigio.

Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no⁴⁴.

Sin embargo, esta Subsección a través de la sentencia de 7 de abril de 2016⁴⁵ dentro del proceso radicado bajo el número 15001-23-33-000-2012-00162-01, número interno 4492 de 2013, varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

⁴⁴ Ver entre otras, sentencias de 15 de abril de 2015, C.P. Alfonso Vargas Rincón (E), expediente No. 1343-2014. Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, sentencia de 15 de octubre de 2015, Expediente: 4383-2014, Actor: Rosa Yamile Ángel Arana, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez (E), sentencia de 20 de enero de 2015, expediente número: 4583-2013, Actor: Ivonne Ferrer Rodríguez, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁴⁵ Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez.

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*»–CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁴⁶, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la

⁴⁶ «**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que, tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia, el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.⁴⁷

Así mismo, de la lectura del artículo 365 del Código General del Proceso, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad.

En el presente caso, el *a quo* condenó en costas a la parte vencida, es decir a la parte demandada, pues en primera instancia se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en tanto que se concluyó que se había configurado el contrato realidad reclamado por la señora María Elena Cervera Badillo; por lo tanto, no es de recibo el argumento de la parte apelante según el cual no procedía la condena en costas.

En conclusión: La Corporación observa que, la condena en costas realizada por el *a quo* se efectuó en aplicación del artículo 188 del CPACA, es decir, que se condenó en atención a que el nulidisciente fue vencido en el proceso, pues prosperaron las pretensiones de la demanda.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden, la Subsección adicionará un ordinal a la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, el cual quedará de la siguiente forma:

⁴⁷ Regula la norma lo siguiente: “[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]”.

«**SEGUNDO BIS.** De igual forma, deberá tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional⁴⁸ de la demandante, dentro del periodo del 25 de agosto de 2006 y el 31 de diciembre de 2010, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora María Elena Cervera Badillo como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de la respectiva condena, deberá tomarse como base de liquidación el valor pactado por honorarios en los respectivos contratos.

En ese sentido, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.»

En lo demás se confirmará la providencia apelada.

De la condena en costas

De acuerdo con los razonamientos expuestos en el último problema jurídico desarrollado en esta providencia, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso se condenará en costas a la parte demandada, de conformidad con el numeral 1.º del artículo 365 del CGP, por haberse resuelto desfavorablemente el recurso de apelación presentado por la E.S.E. Hospital Local de Aguachica y al encontrarse acreditada la causación de estas de acuerdo a la intervención realizada por la demandante en esta instancia.

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

⁴⁸ Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

FALLA

Primero: Adicionar un ordinal a la sentencia proferida el 14 de agosto de 2014 por el Tribunal Administrativo del Cesar, el cual quedará de la siguiente forma:

«**SEGUNDO BIS.** De igual forma, deberá tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional⁴⁹ de la demandante, dentro del periodo del 25 de agosto de 2006 y el 31 de diciembre de 2010, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora María Elena Cervera Badillo como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de la respectiva condena, deberá tomarse como base de liquidación el valor pactado por honorarios en los respectivos contratos.

En ese sentido, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.»

Segundo: Confirmar en todo lo demás la sentencia apelada, por las razones expuestas en esta providencia.

Tercero: Condenar en costas en esta instancia a la parte demandada, conforme con las razones expuestas en esta providencia.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen previas las anotaciones pertinentes en el programa Justicia Siglo XXI.

⁴⁹ Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

Notifíquese y cúmplase.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ