



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 6 de octubre de 2016.

Radicación:	41001233300020120004100 (3308-2013)
Demandante:	Aníbal Sefair García
Demandado:	E.S.E. Miguel Barreto López del municipio de Tello.
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho.
Asunto:	Primacía de la realidad sobre las formas. Para que proceda el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales pretendidas durante el período de tiempo en que el actor estuvo contratado como trabajador en misión o por convenio de asociación, debe probarse la afectación o desprotección en los derechos laborales del reclamante que haga necesaria la protección de los mismos por vía de la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas.

Segunda instancia – apelación de sentencia.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección Segunda, para decidir el recurso de apelación interpuesto tanto por la parte demandante como por la demandada contra la sentencia de fecha 21 de mayo de 2013, a través de la cual, declaró la nulidad del oficio 041 del 27 de marzo de 2012, expedido por la Empresa Social del Estado “Miguel Barreto López” del municipio de Tello-Huila y declaró a título de restablecimiento del derecho, la existencia de una relación laboral respecto de las órdenes de prestación de servicios celebradas entre el actor y la E.S.E. demandada. Así mismo, dispuso pagar a favor del demandante, el valor de las prestaciones sociales, tomando como base para la respectiva liquidación, lo que le corresponde al conductor que pertenece a la planta de la entidad accionada.

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA.

Mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138¹ de la Ley 1437 de 2011, el señor Aníbal Sefair García cuestionó la legalidad del oficio 041 del 27 de marzo de 2012, expedido por la E.S.E. «Miguel Barreto López» del municipio de Tello, mediante el cual, negó el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales y demás acreencias de carácter laboral por el

¹ Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

tiempo de duración de la relación contractual en el cargo de conductor entre el 2 de mayo de 2006 y el 31 de diciembre de 2011.

Solicitó igualmente, se declare que existió una relación laboral de derecho público con la entidad estatal demandada y en consecuencia, le sean pagadas las prestaciones sociales dejadas de percibir en el período señalado en el párrafo precedente. Así mismo, se le pague las horas extras y los recargos nocturnos, compensatorios, dominicales y festivos laborados, la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, por la falta de consignación de las cesantías y la sanción consagrada en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, el valor de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones dejados de cotizar y el dinero descontado por concepto de retención en la fuente.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los siguientes:

HECHOS.

Manifestó el actor que prestó sus servicios de manera personal, permanente e ininterrumpida como conductor de ambulancia desde el 2 de mayo de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2011 en la E.S.E. Miguel Barreto López del municipio de Tello – Huila.

Indicó que dicha labor la desempeñó a través de la empresa de servicios temporales Siglo XXI, mediante 12 contratos de trabajo a término fijo inferior a un año, cuya subordinación laboral fue trasladada a la E.S.E. «Miguel Barreto López» del municipio de Tello, en virtud de los 12 contratos administrativos de prestación de servicios suscritos entre la E.S.E. y dicha empresa como

intermediaria laboral para el suministro de personal temporal que se desempeña en cargos que se requieren para el cumplimiento de la entidad como prestadora de servicios de salud.

Que de igual manera, la prestación del servicio también la realizó a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado Ismesalud con quien suscribió 6 convenios de asociación con el fin de ser enviado y prestar sus servicios de manera personal como conductor de ambulancia de la precitada E.S.E.

Manifiesta, que fue contratado directamente por la plurimencionada empresa social del Estado mediante 8 contratos administrativos de prestación de servicios para cumplir las mismas funciones que venía desempeñando como conductor de ambulancia contratado por la empresa de servicios temporales y la cooperativa de trabajo asociado.

Expuso que las funciones que cumplió en la E.S.E. son consustancial al objeto social de la entidad estatal demandada en la prestación de servicios de salud y no reviste la característica de temporalidad y transitoriedad, así como tampoco, se consideran que fueron ocasionales.

Afirma haber cumplido con el horario o jornada de trabajo establecida por la E.S.E. para el traslado de las remisiones en las instalaciones de la misma, todos los días de lunes a viernes de 4 p.m. a 7 a.m., de acuerdo con los turnos de disponibilidad en el lugar de trabajo programados por la E.S.E., que laboró habitualmente en horarios nocturnos, festivos y dominicales.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como disposiciones vulneradas citó las siguientes normatividades: El artículo 1, 2, 6, 25, 53 de la Constitución Política y La Ley 50 de 1990; el Decreto 4369 de 2006; Decreto 1466 de 2007.

La parte actora sustentó el concepto de la violación en los siguientes términos:

Adujo que el acto demandado vulnera las normas superiores a las cuales ha debido sujetarse, en primer lugar, a la Constitución Política, como quiera que esta prescribe que el trabajo goza de especial protección del Estado, consagrando como principio la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, lo que no se aplica en el presente caso, pues las funciones que el actor ejercía como conductor de ambulancia son de carácter permanente y relacionadas íntimamente con el objeto social de la entidad estatal.

De igual forma, alega violación a la Ley 50 de 1990, que regula lo concerniente a las empresas de servicios temporales. Al respecto, señala que los casos en que los usuarios de estas empresas pueden contratar con éstas para el suministro de trabajadores en misión, cumplido el término para la prestación del servicio por parte de la empresa de servicios temporales no se puede celebrar prórroga o contrato nuevo alguno para la prestación de dicho servicio.

Como segundo cargo, alega que el acto acusado adolece de falsa motivación y su expedición no obedeció a criterios de legalidad y razonabilidad, al no atender los lineamientos trazados por las altas cortes en materia de vinculación de personal para el desempeño de funciones de carácter permanente.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, toda vez que, los servicios prestados por Aníbal Sefair García como conductor de la ambulancia de la E.S.E. Miguel Barreto López, no se prestaron de forma permanente e ininterrumpida por el tiempo indicado, pues la entidad dentro de su planta de personal cuenta con el cargo de conductor, dependiente de la gerencia, trabajador oficial que tiene la función principal de conducir la ambulancia, aunque de manera esporádica se requería una persona para que condujera dicho vehículo los fines de semana para trasladar algún paciente, condiciones en las que el demandante fue enviado a la E.S.E. como trabajador en misión y posteriormente, fue vinculado directamente a través de contratos de prestación de servicios, toda vez que, el actor permanecía en su casa y solo era llamado de manera ocasional, cuando el conductor de planta no podía realizar la remisión del paciente, por lo que sostiene que tampoco existió subordinación, pues nunca estuvo sujeto a un horario.

Afirma no constarle la existencia de los contratos de trabajo a término fijo inferior a un año suscritos con la Empresa de Servicios Temporales Siglo XXI ni los convenios de asociación con la Cooperativa de Trabajo Asociado Ismesalud, y que la contratación suscrita entre la E.S.E. y la E.S.T. no implica vínculo alguno con el demandante y menos, responsabilidad, ni que se pueda predicar una intermediación laboral, dado que el actor no cumplía horario.

Expone que si bien el demandante fue vinculado a la E.S.E. a través de contratos de prestación de servicio, lo cierto es que los mismos fueron

ejecutados de manera autónoma e independiente, no existiendo ninguna relación laboral, por lo que, lo percibido fue a título de honorarios y no salarios y las cotizaciones al sistema de salud las realizaba directamente el contratista, de tal manera que no se configuran los tres elementos esenciales del contrato de trabajo.

Sostuvo que las vinculaciones con la C.T.A. y E.S.T. son ajenas a la E.S.E. y que conforme a las normas vigentes, esta entidad podía contratar personal con dichas empresas sin que pueda predicarse intermediación.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Huila, mediante sentencia de fecha 21 de mayo de 2013, concedió las pretensiones de la demanda conforme los siguientes argumentos:

Señaló la providencia recurrida que las pruebas aportadas al proceso permiten corroborar la prestación personal del servicio, pues tanto los contratos y órdenes de prestación de servicios suscritos entre la E.S.E. y el demandante, como los contratos de trabajo entre éste y la empresa de servicios temporales Siglo XXI y los convenios de asociación entre el accionante y la Cooperativa de Trabajo Asociados Ismesalud, acreditan que el señor Aníbal Sefair García ejerció la labor de conductor en la entidad demandada y si bien, ante estos últimos casos la vinculación no se realizó directamente con la entidad accionada, fue a la E.S.E. que prestó sus servicios de conductor.

Respecto del elemento subordinación, señaló que de acuerdo al manual de funciones de la entidad y los testimonios recepcionados, es claro que en la

planta de personal existe el cargo de conductor, cuya naturaleza corresponde a las mismas funciones desempeñadas por el actor durante la permanencia contractual, no existiendo diferencia entre la labor que el empleado de planta desempeñaba y la ejecutada por el demandante, más allá de la diferencia respecto del horario de trabajo como lo afirman los testigos.

Precisa el fallo apelado que, si bien el accionante estaba disponible al llamado en horario de 4 p.m. a 7 a.m., no requiriendo estar presente en las instalaciones de la E.S.E., incluso, no necesitándose sus servicios todos los días, también lo es que el actor debía estar presto a acudir al llamado, con contadas excepciones en que por diferentes motivos tuvo que ser reemplazado por el señor Oswaldo Soto.

Consideró el tribunal de instancia, que las funciones que desempeñó el demandante como conductor de ambulancia son inherentes al objeto de la entidad demandada y, en tal sentido, si el señor Aníbal Sefair no acudía al llamado del servicio de ambulancia, se pondría en riesgo la vida del paciente que necesitaba la remisión, de tal manera, que la accionada requiere no solo un conductor de ambulancia como se encuentra estipulado en el manual de funciones, sino que también necesita una persona que opere la ambulancia en el turno de noche.

En conclusión, declaró la existencia de la relación laboral pero únicamente respecto de las órdenes de prestación de servicios suscritas entre el demandante y la entidad accionada.

4. RECURSO DE APELACIÓN

i. De la parte demandante.

Cuestiona la parte actora el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Huila y solicita se revoque parcialmente la sentencia en tanto que, la misma negó la condena respecto de la indemnización moratoria peticionada en la demanda.

Sobre el particular, alega que si bien se ha venido negando la condena por este concepto, con el argumento de que la exigibilidad de esos derechos se da a partir de la sentencia que los reconoce, lo cierto es que esa es una interpretación que se hace del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y de la situación particular, que puede ser variada para beneficiar los altos intereses del trabajador en virtud del principio de favorabilidad.

De otra parte, solicita se modifique los numerales 2 y 3 de la parte resolutive de la precitada sentencia, en el sentido de declarar la existencia de una relación laboral de derecho público entre el actor y la entidad demandada en el período comprendido del 2 de mayo de 2006 y el 31 de diciembre de 2011, condenando a la accionada al pago de las prestaciones sociales por todo ese tiempo.

Al respecto, arguye que si el tribunal encontró que la demandada había utilizado fraudulentamente la facultad de contratar servicios con cooperativas de trabajo asociado y empresas de servicios temporales con el objetivo de evadir el cumplimiento de obligaciones típicamente laborales, la consecuencia lógica de ello era declarar la existencia de una relación laboral por todo el tiempo de vinculación incluido los servicios prestados a través de la C.T.A. y E.S.T.

ii. De la parte demandada.

La E.S.E. Miguel Barreto López apeló la sentencia condenatoria, planteando las siguientes inconformidades:

La situación fáctica expuesta en el presente caso, obedece única y exclusivamente a una relación contractual, más no a una relación subordinada, como quiera que la labor desarrollada por el actor la hizo de manera independiente y ocasional, dado que éste solo acudía a la entidad cuando esporádicamente se requería realizar una remisión.

Alega que la vinculación del accionante bajo la modalidad de prestación de servicio por los períodos señalados, se puede decir que fue bastante beneficiosa para él, incluso, más de lo que debía ser, pues sabiendo que la ejecución del contrato era única y exclusivamente para cuando existía la necesidad de realizar una remisión que no podía hacer el conductor de planta, bien pudo la E.S.E., hacerle un contrato por evento cuyo pago dependiera únicamente del número de remisiones que realizara por mes.

De otra parte, arguye que las obligaciones contractuales del actor nunca se ejecutaron en las misma condición que desarrollaba sus funciones el conductor de planta, pues de acuerdo con las declaraciones de los testigos, el señor Leonardo Arambulo cumplía un horario, encontrándose en la E.S.E. todo el turno, donde no solo hacía remisiones sino que colaboraba con otras diligencias dentro de la entidad, mientras que el señor Aníbal Sefair solo acudía cuando lo necesitaba para la remisión de un paciente y nada más. Así como también, al examinar el manual de funciones de la entidad, se encuentran muchas diferencias entre lo que hacía el conductor de planta de la entidad y el demandante.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

De esta oportunidad procesal, solo la parte accionada hizo uso de ella, reiterando lo argüido en el escrito de apelación y adicionando solo lo atinente a la prescripción extintiva de la acción, al señalar que dicho término prescriptivo se debe contar desde el momento de la terminación de la relación contractual, por lo que, en el caso bajo estudio, se torna aplicable la misma teniendo en cuenta que la relación contractual que se alega en el proceso data de hace más de seis años anteriores a la reclamación, de tal suerte que, la prolongación en el tiempo de dicha reclamación es el reflejo de un desinterés por parte del ciudadano que no puede ser objeto de apremio por el juez en desmedro de los principios del orden justo, interés general y seguridad jurídica.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El ministerio público en el presente asunto no emitió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Atendiendo a las inconformidades expuestas en el escrito de apelación presentado por la parte accionada, la Sala decidirá el asunto sometido a su consideración, fijando para ello el siguiente:

Problema jurídico.

Corresponde a la Sala determinar, en primer lugar, si para el caso del demandante, a pesar de haber sido contratado por empresa de servicios temporales y cooperativa de trabajo asociado, demostró la conculcación de

sus derechos mínimos laborales que hagan procedente la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas en aras de proteger los derechos laborales desconocidos o vulnerados.

En segundo lugar, establecer si la labor desarrollada por el actor como conductor de la ambulancia de la E.S.E. Miguel Barreto López, durante el tiempo comprendido del 1 de agosto de 2011 al 31 de diciembre de esa misma anualidad, lapso durante el cual, fue contratado directamente por la demandada a través de contratos de prestación de servicio, fue ejecutada con autonomía e independencia del contratante, o si por el contrario, obedeció al desempeño de una labor subordinada.

Por último, corresponderá a la Sala decidir si en asuntos como el presente, existe mérito al reconocimiento de la sanción moratoria, como condena consecuencial a la declaratoria de existencia de la relación laboral.

A fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará el estudio del contrato realidad y el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en materia laboral. Posteriormente, examinará la autonomía e independencia en la ejecución de la labor de conductor. En tercer orden, se estudiará lo relacionado con las Empresas de Servicios Temporales y las relaciones jurídicas que surgen con los trabajadores en misión y las empresas usuarias. En cuarto lugar, se analizará la postura jurisprudencial acerca del reconocimiento de la sanción moratoria en materia del contrato realidad. Por último, se decidirá el caso en concreto.

i. El contrato realidad y el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en materia laboral.

El artículo 53 de la Constitución Política consagra como uno de los principios mínimos fundamentales en materia laboral, el de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Bajo esa premisa, la Corte Constitucional ha entendido este postulado de la siguiente manera: “no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad”². De ello se deriva la existencia de lo que ha sido denominado como contrato realidad, “entendido por la Corte como aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma”³.

Sobre el particular, la citada corporación ha señalado que:

“La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (CP art. 53). 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”⁴.

² Sentencia T-616 de 2012.

³ Sentencia C-1109 de 2005. *Cfr.* Sentencia T-616 de 2012

⁴ Sentencia C-555 de 1994

Se concluye entonces que, independientemente de la denominación que se le dé a una relación laboral o de lo consignado formalmente entre los sujetos que la conforman, deben ser analizados ciertos aspectos que permitan determinar si realmente la misma es o no de naturaleza laboral. Para ello, basta con examinar los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo o la relación laboral y, siendo así, el trabajador estará sujeto a la legislación que regula la materia y a todos los derechos y obligaciones que se derivan de ella.

ii. De las Empresas de Servicios Temporales y las relaciones jurídicas que surgen con los trabajadores en misión y las empresas usuarias.

El marco normativo de las empresas de servicios temporales está contenido en la Ley 50 de 28 de diciembre de 1990⁵ y el Decreto 24 de 1998⁶, modificado por el Decreto 503⁷ de esa misma anualidad.

Es así como en el artículo 71 de la prenotada Ley 50 de 1990, definió lo que es una Empresa de Servicios Temporales en los siguientes términos:

“Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleado”

Así mismo, en el artículo 74 ibídem, consagra la clasificación de los trabajadores de dichas empresas de la siguiente manera:

⁵ Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

⁶ Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las empresas de servicios temporales.

⁷ Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 0024 del 6 de enero de 1998, que reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales

“Los trabajadores de las EST son de dos clases: trabajadores de planta, que desarrollan su actividad en las dependencias de las EST; y trabajadores en misión, que son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos”

De acuerdo con la normatividad referenciada en precedencia, las empresas de servicios temporales conforman una modalidad de trabajo en la que no existe vínculo directo entre quien se beneficia del trabajo y el trabajador que lo realiza o presta el servicio.

Ahora, existe una pluralidad de vínculos jurídicos que se desprenden de la relación contractual existente entre las empresas de servicios temporales y el trabajador que presta la labor o servicio. Así como también, se genera una relación jurídica entre el tercero beneficiario o empresa usuario, el trabajador y la Empresa de Servicios Temporales.

Pues bien, respecto de la primera, es decir, la relación jurídica existente entre la empresa de servicios temporales y el trabajador en misión que lleva a cabo la prestación personal del servicio, existe un verdadero contrato de trabajo o relación laboral, regido por la normatividad laboral del Código Sustantivo del Trabajo⁸.

Y en lo que respecta al salario a devengar por parte de los trabajadores en misión, la norma señala que “... los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad”, así como los beneficios que la usuaria

⁸ Artículo 75. A los trabajadores en misión se les aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral. Así como lo establecido en la presente ley

tenga en materia de transporte, alimentación y recreación⁹.

Entre la Empresa de Servicios Temporales y el tercero beneficiario o empresa usuaria, se genera una relación jurídica regida por un contrato de prestación de servicios, el cual debe reunir los requisitos señalados por el artículo 81 de la prementada normatividad, a saber:

“Artículo 81. Los contratos celebrados entre las empresas de servicios temporales y los usuarios, deberán:

1. Constar por escrito.
2. Hacer constar que la empresa de servicio temporal se sujetará a lo dispuesto por la ley para efectos del pago de salarios, prestaciones sociales, horas extras, recargos diurnos y nocturnos, dominicales y festivos.
3. Especificar la compañía aseguradora, el número de la póliza, vigencia y monto con la cual se garantiza el cumplimiento de las obligaciones laborales de las empresas de servicios temporales con los trabajadores en misión.
4. Determinar la forma de atención de las obligaciones que en materia de salud ocupacional se tiene para con los trabajadores en misión, cuando se trate de las circunstancias establecidas en el artículo 78 de la presente ley.”

Y por último, entre la empresa usuaria y el trabajador en misión no se genera relación laboral, al no existir entre la empresa usuaria y el trabajador temporal contrato alguno, dado que entre la E.S.T. y el trabajador en misión se configura un contrato laboral, constituyéndose la Empresa de Servicios Temporales en el empleador de aquel, tal como lo dispone el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y por ende, asumiendo el pago de las prestaciones sociales

⁹ Artículo 79. Los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa. Igualmente, tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación.

que por ley tiene derecho el trabajador en misión.

El panorama normativo antes reseñado, deja esclarecido la relación jurídica que se origina entre las empresas de servicios temporales, los trabajadores en misión y las empresas usuarias, lo que para el caso sub judice, es de relevancia como quiera que el demandante estuvo gran parte del tiempo vinculado con la Empresa de Servicios Temporales Siglo XXI y pretende se condene a la E.S.E. demandada al pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho durante el tiempo que estuvo vinculado con la E.S.T como trabajador en misión.

iii. La autonomía e independencia en la ejecución de la labor de conductor.

El artículo 1º de la Ley 769 de 2002¹⁰, define la acepción conductor de la siguiente manera: “Es la persona habilitada y capacitada técnica y teóricamente para operar un vehículo”.

La precitada ley no determina si la labor de conducción de vehículo implica *per se* el desarrollo de una actividad subordinada, por lo que, en cada caso particular y específico, habrá de examinarse el cumplimiento de este requisito para de esa manera, establecer la existencia o no de una relación laboral.

Esta Corporación se ha pronunciado sobre la existencia de una relación laboral en tratándose de conductores de ambulancia y en la que se manera concreta expuso lo siguiente:

¹⁰ "Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones".

“(…) De las declaraciones reseñadas puede concluirse que existía una relación de subordinación entre el demandante y la entidad accionada, toda vez que aquel recibía órdenes del director del Hospital para el desempeño de su misión. Las declaraciones son aún más claras en el sentido de indicar que la labor desempeñada por el actor era compartida por un funcionario de carrera, MANUEL FRANCISCO DIAZ PICO, quien ejercía la misma actividad, conducción de la ambulancia del CAMU. Entre el demandante y DIAZ PICO cumplían un horario de 24 horas continuas cada uno, forma en la que atendían los requerimientos de la entidad para la cual prestaban sus servicios, conforme a las órdenes impartidas por el director del hospital. Así las cosas, si el otro conductor se encontraba vinculado por una relación legal y reglamentaria, según se deriva de los testimonios, propia de una típica relación de trabajo, no hay motivo para pensar que el tipo de relación que unía al actor con la entidad accionada fuera distinto. Esta circunstancia permite concluir a la Sala que entre el demandante y la accionada existía un vínculo de subordinación que configura el primero de los tres elementos de la relación de trabajo”¹¹.

Como se observa, en el caso de la sentencia citada, consideró la Corporación que la labor de conductor fue ejecutada de manera subordinada, como quiera que el contratista recibía órdenes del director del hospital para el desempeño de su misión, cumplía un horario de 24 horas continuas de tal suerte que, la actividad desarrollada por el contratista era compartida con el conductor de planta de la entidad, siendo que este último se regía por una relación legal y reglamentaria, típica de una existente relación de trabajo, por lo que, el tipo de relación que unía al contratista con el hospital no podía ser distinta de la de aquel.

Pues bien, en el presente caso, la parte accionada alega, precisamente, que el demandante no cumplía un horario, sino que la labor ejecutada era llevada a cabo solo en la medida que fuese llamado para ello. Además, que no tenía bajo su cargo las mismas funciones que el conductor de planta, por lo que

¹¹ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, sentencia del 7 de abril de 2005, expediente: 23001-23-31-000-2001-00050-01(1199-04), Actor: Juan Morales Castro, M.P. Jesús María Lemos Bustamante.

había días en los que ni siquiera se le llamaba para prestar sus servicios y por último, que el objeto del contrato lo desarrolló de manera independiente y ocasional, circunstancia todas estas que serán valoradas en el acápite del caso en concreto.

iv. Reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la existencia del contrato realidad.

Ha sido pacífica la postura¹² que por parte de esta Corporación ha definido frente al reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la existencia de una relación laboral que subyace de la relación contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, el reconocimiento y pago de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría reclamarse la sanción moratoria como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio.

En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibir las, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas.

¹² Ver sentencia del 4 de marzo de 2010, radicado 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08); sentencia del 23 de febrero de 2011, radicado 25000-23-25-000-2007-00041-01 (0260-09), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; sentencia del 19 de enero de 2015, radicado 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160-13), Actor: Esteban Paternostro Andrade, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren entre otras.

v. Del caso concreto.

Procede la Sala a pronunciarse acerca de las inconformidades formuladas por las partes en los siguientes términos:

Arguye la parte demandante que el *a quo* yerra al considerar que solo habría lugar a declarar la existencia de una relación laboral entre el actor y la Empresa Social del Estado «Miguel Barreto López» durante los períodos en que suscribieron contratos de prestación de servicios directamente entre estos dos, lo que a su juicio, es impartir en términos prácticos legalidad a los contratos de intermediación laboral que la demandada convino con la E.S.T Siglo XXI y las Cooperativa de Trabajo Asociado Servicios Empresariales.

Sobre el particular, señala la Sala que este tipo de procesos en los cuales se pretende la aplicación del artículo 53 de la Carta Superior referente al principio de la primacía de la prevalencia de la realidad sobre las formas, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades.

Bajo ese entorno, el aludido principio busca proteger a la parte desvalida en la relación contractual estatal, civil o comercial, cuando la misma es utilizada para encubrir una relación de trabajo. El encubrimiento de la relación de trabajo no es otra cosa que la creación de una apariencia distinta de la que en verdad aquella tiene y puede versar sobre sus diversos elementos, pero en cualquier caso está destinada a anular o a atenuar la protección legal.

Lo anterior supone, por tanto, una acción que pretende ocultar o deformar la relación de trabajo, tras el ropaje de otra figura jurídica donde el trabajador tenga menor protección legal.

Pues bien, al descender al caso concreto, de la documental arrimada al proceso se observa que entre la E.S.E. Miguel Barreto López y la Empresa de Servicios Temporales Siglo XXI, suscribieron 12 contratos de prestación de servicios cuyo objeto era el suministro del personal temporal en los cargos previamente establecidos, entre los cuales, figura el de conductor¹³.

Al examinar cada uno de dichos contratos, se advierte que como una de las obligaciones a cargo de la empresa de servicios temporales era la de hacer constar por escrito los **contratos de trabajos** celebrados con el personal asignado a la prestación de servicios y afiliarlo al sistema de seguridad social¹⁴.

De igual manera, se establece como otra de las obligaciones a cargo de la empresa de servicios temporales, **pagar oportunamente los salarios y prestaciones sociales** a que tuviese derecho el trabajador en misión, así como, cumplir con los aportes del sistema de seguridad social, caja de compensación e instituto de bienestar familiar¹⁵.

En ese mismo orden de ideas, se observa que en cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandada y la E.S.T., se incorporó la propuesta económica aprobada por cargo o trabajador a suministrar, entre los que se encuentra el cargo de conductor, resaltándose

¹³ Ver folios 887 al 978 del cuaderno 5 del expediente.

¹⁴ Ver cláusula segunda de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la empresa social del estado y la empresa de servicios temporales que obran en los folios ya referenciados.

¹⁵ Ver literal e) de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la E.S.E. y la E.S.T.

de ello, que en la misma además del salario básico, se presupuestó el valor correspondiente a seguridad social y prestaciones sociales¹⁶.

En efecto, en el proceso reposan copias de nóminas y desprendibles de pago realizados al señor Aníbal Sefair Gracia y en la que se discriminan los siguientes conceptos: Cargo: Conductor. Salario básico: 595.468; pensión: 79.92.; salud: 62.125; ARP: 12.107; parafiscales: 44.730; cesantías: 49.730; intereses cesantías: 496; prima: 49.602 y vacaciones: 24.831¹⁷. Así mismo, se allegó al expediente copia de la liquidación de prestaciones sociales realizada por la empresa de servicios temporales Siglo XXI, correspondiente a varios períodos de 2007 al 2010, en la que se observa la cancelación de las prestaciones sociales al demandante por los respectivos períodos contratados¹⁸.

Idéntica situación se constata respecto de los espacios temporales en que el accionante sostuvo contrato con la Cooperativa de Trabajo Asociado Ismesalud, lapso durante el cual, le fue cancelado por parte de aquella, las prestaciones sociales a que tenía derecho el actor tales como cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios y vacaciones¹⁹

Conforme lo anterior, se tiene que respecto del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales pretendidas durante el período de tiempo en que el actor estuvo contratado como trabajador en misión o por convenio de

¹⁶ Ver en cada contrato la propuesta económica aprobada por el E.S.E. e incorporada a cada contrato suscrito con la E.S.T.

¹⁷ Ver documento obrante a folio 827, 836, 843, 852, 951, 960, 967, 976, del expediente.

¹⁸ Ver folio 1130, 1132, 1136, 1140, 1142, 1144, 1149, 1150, 1152, 1156, 1158, 1159, 1160, 1165, 1166, 1171, 1175, 1176, 1177, 1181, 1182, 1185, 1186, 1187, 1191, 1192, 1193, 1194, 1195, 1196, 1200, 1201 y 1202 del expediente.

¹⁹ Ver desprendibles de pago y volantes de consignación que reposan a folios 1090 al 1092, 1095, 1096, 1099, 1100, 1101, 1104, 1107, 1110, 1111 y 1113 del cuaderno 6 del proceso.

asociación, considera la Sala que no se demostró la afectación o desprotección en los derechos laborales del accionante que hiciese necesaria la protección de los mismos por vía de la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, como quiera que, entre la empresa de servicios temporales contratante y el señor Aníbal Sefair García existió una verdadera relación de trabajo que garantizó sus mínimos laborales y que de acuerdo a las pruebas documentales aportadas al plenario, le fueron reconocidos en su totalidad las prestaciones sociales a que tenía derecho, por lo que, la realidad de los hechos no muestra o evidencia un menoscabo en sus derechos laborales que torne necesario su amparo a través del aludido principio constitucional.

Teniendo en cuenta lo anterior, y dejando claro que durante el tiempo que el demandante sostuvo una relación de trabajo con la empresa de servicios temporales y la cooperativa de trabajo asociado en virtud de la cual, le fue reconocido y pagado sus prestaciones sociales, no habría lugar a condenar a la accionada por los mismos conceptos prestacionales, puesto que, la garantía contenida en el artículo 53 Superior, toma vida en la medida que se acredite o demuestre la afectación a los derechos mínimos laborales consagrados en el ordenamiento y que, conforme a la modalidad de contratación utilizada se haya menoscabado tales prerrogativas, circunstancias que no son precisamente las apreciadas en el asunto bajo estudio.

Sin embargo, no sucede lo mismo durante el interregno comprendido del 1 de agosto al 31 de diciembre de 2011, en el cual, el actor fue contratado directamente por parte de la Empresa Social del Estado Miguel Barreto López a través de sucesivos contratos de prestación de servicios, lapso en el que la administración no le reconoció pago alguna por concepto de las

prestaciones sociales, precisamente, por considerar que no existía una relación laboral sino un verdadero contrato estatal.

En ese orden, se observa que de acuerdo a las pruebas documentales que reposan en el proceso, el actor suscribió con la Empresa Social del Estado Miguel Barreto López contratos de prestación de servicios de manera sucesiva durante el tiempo indicado en el párrafo precedente²⁰, teniendo por objeto contractual pactado en cada uno de ellos el siguiente: “El presente contrato tiene por objeto la prestación de servicios como conductor de la E.S.E. Miguel Barreto López del municipio de Tello – Huila, en desarrollo del objeto contratado”²¹.

De igual manera, se acreditó que las labores u obligaciones contractuales ejecutadas por el señor Aníbal Sefair García fue la de conductor. De igual manera, se observa que dentro de las obligaciones contractuales a cargo del accionante, se estipularon las siguientes:

“a. Presentar informe mensual de todas las actividades desarrolladas en cumplimiento del objeto del contrato. b. prestar sus servicios de acuerdo con las normas propias de su profesión o actividad c. Revisar y atender permanentemente el estado de los vehículos bajo su responsabilidad para que se encuentren en condiciones óptimas de funcionamiento. d. Conducir los vehículos asignados cumpliendo las normas de tránsito, seguridad y prevención de accidentes. e. Informar al jefe inmediato sobre daños que presente el automotor para que se realice su reparación y mantenimiento necesario. F. Trasladar a los pacientes que lo requieren a la diferente red de servicios que (sic) cada EPS. G. Llevar y mantener al día los registros de carácter técnico y administrativos para que sean correctos y exactos. H. Orientar a los usuarios y suministrar la información que les sea solicitada. i. Efectuar diligencias externas cuando las necesidades del servicio lo requieran para colaborar con el cumplimiento de la misión institucional...”²²

²⁰ Ver copia de los contratos que obran a folios 101 al 120 del cuaderno 1 del expediente.

²¹ Ver copia de los contratos de prestación de servicios que reposan a folios 861 al 887 del cuaderno 5 del expediente.

²² Ver contratos que obran a folios 867, 871, 875, 879 y 883 del expediente.

De conformidad con la prueba documental arrimada al plenario se desprende con claridad no solo la labor para el cual fue contratado el demandante directamente por la empresa social del Estado, sino que además, la actividad contratada debía ser ejecutada en horario no laboral, de tal suerte que, el señor Aníbal Sefair García no gozaba de autonomía e independencia para llevar a cabo las obligaciones contractuales, como quiera que su obligación contractual debía ser ejecutada en el espacio de tiempo previamente definido en el contrato.

Ahora, si bien la accionada alega que el demandante acudía a la entidad para prestar el servicio contratado solo cuando era requerido para ello, por lo que, a su juicio, dicha labor no tenía el carácter de ser permanente y subordinada, lo cierto es que, la naturaleza de la actividad ejecutada por el contratista está estrechamente ligada al componente misional de la empresa social del Estado, es decir, que la labor para el cual fue contratado obedecía al quehacer propio de la empresa, indistintamente que, en determinados días no se realizaran remisiones de pacientes a otros centros hospitalarios, pero no por ello, desaparece tal obligación a cargo de la accionada, puesto que, la antedicha circunstancia no desnaturaliza el deber de la entidad en llevar a cabo traslados de pacientes a otros centros médicos cuando la necesidad lo amerite.

Y es que ese mismo fenómeno- que en una jornada de trabajo no se generen traslados de pacientes- puede suceder en la jornada diurna, en la cual, el señor Leonardo Arambulo- quien está vinculado de manera legal y reglamentaria con la E.S.E.-, tiene bajo su responsabilidad trasladar los pacientes que lo requieran y no por eso, el aludido conductor deja de ser

servidor público y su labor se convierte en una actividad que pueda ejecutarse de manera autónoma e independiente.

Aunado a lo expuesto, de conformidad con las obligaciones contractuales pactadas, el demandante además de trasladar a los pacientes que lo requieren a la red de servicio de cada E.P.S., tenía el deber de revisar y atender permanentemente el estado de los vehículos bajo su responsabilidad para que se encuentren en condiciones óptimas de funcionamiento, informar al jefe inmediato sobre daños que presente el automotor para que se realice su reparación y mantenimiento necesario y, llevar y mantener al día los registros de carácter técnico y administrativos para que sean correctos y exactos, obligaciones que sin duda llevan implícito el componente de subordinación.

Entre las notas características del contrato de prestación de servicios se encuentran la temporalidad, la autonomía e independencia del contratista y el carácter de excepcional de dicha posibilidad de contratación, elementos éstos que no se aprecian en la labor - conductor de la ambulancia- desarrollada por el demandante, toda vez que, le correspondió transportar pacientes hacia otros centros médicos en diferentes horarios de la noche²³, por lo que, tal servicio debe estar presto cuando se requiera, lo que envuelve el carácter permanente del mismo.

Conforme las razones expuestas en precedencia, la Sala confirmará parcialmente la sentencia de fecha 21 de mayo de 2013, a través de la cual, declaró la nulidad del oficio 041 del 27 de marzo de 2012, expedido por la

²³ Las remisiones de pacientes se hicieron en distintas horas, tal como se aprecia en las boletas de control de llegadas y salidas de ambulancia que obran a folios 165 al 200 del cuaderno 1° de pruebas y 401 al 502 del cuaderno 3° de pruebas.

Empresa Social del Estado “Miguel Barreto López” del municipio de Tello y en consecuencia, modificará la orden impartida respecto del restablecimiento del derecho, en el entendido que, se condenará a la empresa social demandada a reconocer y pagar a favor del señor Aníbal Sefair García, el valor de las prestaciones sociales a que tiene derecho por el lapso comprendido del 1 de agosto de 2011 al 31 de diciembre de esa misma anualidad, tomando como base para la respectiva liquidación, lo correspondiente a los honorarios pactados en cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, por ser el único parámetro acreditado en el expediente.

De otra parte, el actor manifiesta su inconformidad en cuanto a la negación de la sanción moratoria, para lo cual, alega que si bien tal aspiración ha venido siendo negada por esta jurisdicción con el argumento de que la exigibilidad de tal derecho se da a partir de la sentencia que los reconoce, lo cierto es que esa interpretación puede ser variada para beneficiar los intereses del trabajador en virtud del principio de favorabilidad.

En ese sentido, la sanción se causa cuando existe mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los trabajadores, es decir, que tal derecho prestacional no está en discusión. Dicho de otra manera, el aludido auxilio no es objeto de controversia por existir certeza sobre su causación y por ende, reconocimiento y pago, circunstancia que no se registra en asuntos como el aquí debatido, en el que, precisamente, el demandante pretende le sea reconocida bajo la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de una verdadera relación laboral, por lo que es a partir de la presente sentencia que le surge al actor el derecho prestacional a las cesantías.

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

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de fecha 21 de mayo de 2013, a través de la cual, declaró la nulidad del oficio 041 del 27 de marzo de 2012, expedido por la Empresa Social del Estado «Miguel Barreto López» del municipio de Tello.

SEGUNDO.- Modificar el ordinal segundo de la sentencia apelada, el cual queda de la siguiente manera: a título de restablecimiento del derecho, se declara que existió una relación laboral respecto de las órdenes y contratos de prestación de servicios entre el demandante Aníbal Sefair García y la entidad demandada E.S.E. Miguel Barreto López del Municipio de Tello-Huila, durante el período comprendido del 1 de agosto al 31 de diciembre de 2011.

TERCERO.- Modificar el ordinal tercero del proveído recurrido, el cual queda de la siguiente manera: Condenase a la E.S.E. Miguel Barreto López del municipio de Tello – Huila, a reconocer y pagar a favor del señor Aníbal Sefair García, el valor de las prestaciones sociales ordinarias a que tiene derecho, tomando como base para la respectiva liquidación, el valor pactado por concepto de honorarios en cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes durante el lapso indicado en el ordinal

anterior.

CUARTO.- Reconocer personería a la abogada María Angélica Duarte Rivas, en los términos del poder que reposa a folio 1365 del expediente, conferido por la E.S.E. Miguel Barreto López. Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.

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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÈS CARMELO PERDOMO CUÈTER

jc