



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B
MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO
CORTÉS

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicado : **68001-23-31-000-2010-00799-01**

Número interno : **2778-2013**

Actor : **Pablo Emilio Torres Garrido**

Demandado : **E.S.E Centro de Salud Santa Bárbara – Municipio**
de **Santa Bárbara – Santander**

Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Decreto**
01 de 1984

Asunto : **Contrato de prestación de servicio suscrito entre el**
demandante y el municipio de Santa Bárbara y la
ESE Centro de Salud de Santa Bárbara –
Santander- Aplicación del principio constitucional
de la primacía de la realidad sobre la formalidad en
relaciones laborales.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 5 de junio de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió a las pretensiones de la demanda

presentada por el señor Pablo Emilio Torres Garrido contra la ESE Centro de Salud de Santa Bárbara – Municipio de Santa Bárbara – Santander.

I. ANTECEDENTES

La demanda

El señor Pablo Emilio Torres Garrido, por conducto de apoderado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, presentó demanda contra la ESE Centro de Salud de Santa Bárbara – Municipio de Santa Bárbara – Santander, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

“(…)

PRIMERO: Declarar la Nulidad de los Actos Administrativos oficios DA-179-03-2010 de fecha 17 DE MARZO DE 2010 y OFICIO de fecha 09 DE MARZO DE 2010, por el cual el Municipio de Santa Bárbara a través del Señor Alcalde Dr. HECTOR JULIO JEREZ SANTAMARIA, **ANTES IPS CENTRO DE SALUD SANTA BARBARA HOY E.S.E. CENTRO DE SALUD SANTA BARBARA** a través de la DRA. MARINELLA ESTUPIÑAN respectivamente, negaron las peticiones que se formularon el **29 DE ENERO DE 2010**, (...) presentadas a favor de mi mandante para que se le reconocieran retroactivamente sus derechos salariales y prestacionales en igualdad de condiciones a los demás funcionarios oficiales.

SEGUNDO: Declarar que mi mandante tuvo desde el momento de su vinculación una relación laboral con el demandado que le dio el carácter de servidor público del Estado.

TERCERO: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del Derecho se condene al MUNICIPIO DE SANTA BARBARA Y **ANTES IPS CENTRO DE SALUD SANTA BARBARA HOY E.S.E. CENTRO DE SALUD SANTA BARBARA** según su competencia, por el tiempo laborado a pagar a favor de mi mandante lo correspondiente a cesantías, intereses a las cesantías, prima de navidad, prima semestral, prima vacacional, indemnización de las vacaciones no disfrutadas, bonificaciones por recreación, bonificación por servicios prestados, dotación de calzado y vestido de labor, indemnización por despido sin justa causa, horas extras, cotizaciones por concepto de salud y pensión al fondo de pensiones que se encuentre afiliado mi representado, el pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías y sus prestaciones sociales en general.

CUARTO: Condenar a la demandada a pagar a favor de mi poderdante el reintegro de los dineros descontados por concepto de retención en la fuente por ocasión de los presuntos contratos.

QUINTO: Condenar a la demandada para que sobre las sumas a que resulte condenada a pagar a mi poderdante, le reconozca y pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A.

SEXTO: Condenar al demandado, si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A., a reconocer y pagar a favor de mi mandante los intereses comerciales durante los primeros seis meses, contados a partir de la ejecutoria del fallo, e intereses moratorios después del término de seis meses conforme lo dispone el artículo 177 del C.C.A (...).

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda, en síntesis, son los siguientes:

1. El señor Pablo Emilio Torres Garrido prestó sus servicios personales a la ESE Centro de Salud de Santa Bárbara – Municipio de Santa Bárbara –

Santander, a través de contratos de prestación de servicios personales como médico desde el 26 de septiembre de 2003.

2. Destacó que durante su vinculación cumplió las mismas labores que el personal de planta de la entidad, pero con una jornada laboral sin recibir la misma remuneración ni prestaciones sociales; añadió que cumplió con el horario dispuesto para los empleados de planta el cual era modificado cada año de acuerdo con los turnos asignados por la entidad.
3. Aclaró que durante el tiempo en que estuvo vinculado a la institución, la entidad demandada no canceló lo correspondiente a cesantías, intereses a las cesantías, prima de navidad, prima semestral, prima vacacional, indemnización de las vacaciones no disfrutadas, bonificaciones por recreación, bonificación por servicios prestados, dotación de calzado y vestido de labor, indemnización por despido sin justa causa, horas extras, cotizaciones por concepto de salud y pensión al fondo de pensiones que se encontraba afiliado mi representado, el pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías y sus prestaciones sociales en general.
4. Aseguró que la entidad demandada le adeuda los incrementos salariales propios de una relación laboral, así como la sanción moratoria causada por la mora en el pago de las prestaciones sociales.
5. Añadió que presentó reclamación administrativa ante la ESE Centro de Salud de Santa Bárbara y el Municipio de Santa Bárbara, entidades las cuales mediante oficios notificados el 15 marzo de 2009 y el 19 de marzo de 2010 no accedieron a la reclamación que pretendía el reconocimiento de cesantías, prima de navidad, vacaciones, aguinaldo, prima de vida cara y vacaciones, entre otras.

Normas violadas y concepto de violación

Constitución Política: preámbulo y artículos 6, 12, 25, 53, 121, a 128 209, 315-1

Ley 4 de 1913: artículo 252

Decreto 1950 de 1973: artículos 7, 9 y 10

Código Sustantivo del Trabajo

Al explicar el concepto de violación, se expuso que el acto demandado incurrió en violación de norma superior por falta de aplicación de la ley, aplicación indebida e interpretación errónea de la misma. Se indica que la entidad demandada omitió la vinculación legal y reglamentaria mediante acto de nombramiento, con la finalidad de no reconocer prestaciones sociales y disponer libremente y con ánimo “clientelista” de los empleos y deslaboralizar el trabajo realizado.

Sostuvo que el acto acusado incurrió en el vicio de falsa motivación porque negó el reconocimiento de las prestaciones sociales aunque los contratos de prestación de servicios fueron simulados, pues en todo momento estuvieron presentes los elementos esenciales de una relación laboral: a) actividad personal, b) subordinación o dependencia al exigirse el cumplimiento de órdenes por un superior y c) remuneración del servicio. En aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, cuando confluyen estos tres elementos, señaló la parte actora, se configura una relación laboral que goza de protección constitucional.

Indicó que por la función desarrollada como médico, la cual es permanente, debió ser vinculado mediante una relación legal y reglamentaria en igualdad de condiciones que los demás empleados de planta de la entidad demandada.

Contestación de la demanda

El municipio de Santa Bárbara y la ESE Centro de Salud Santa Bárbara, son representadas por el mismo apoderado, y aunque presentaron la contestación de la demanda en escritos separados, el contenido de la respuesta es la misma; se opusieron a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos¹:

Manifestaron que no son los llamados a responder en una eventual nulidad de los actos administrativos demandados, por cuanto su expedición cumplió con los requisitos de ley.

Agregaron que el demandante celebró 6 contratos de prestación de servicios profesionales entre los años 2004 a 2007, mediante los cuales se obligó a prestar sus servicios profesionales como médico general en el Centro de Salud y realizar actividades dentro del Plan de Atención Básica “PAB”.

Aclararon que mediante el Acuerdo 005 de 28 de febrero de 2001 el Consejo Municipal de Santa Bárbara creó la IPS Centro de Salud Municipio de Santa Bárbara y a través del Acuerdo 0013 de junio de 2001, modificó los acuerdos 006 de 1999 y el 005 de 28 de febrero de 2001, los cuales contenían la estructura jurídica y organizacional de la entidad que desde el 2005 “*se descentralizó del municipio*”. *Mediante el Acuerdo 007 de 10 de junio de 2003, que modificó el 013 de 2001, se “acordó que a partir de la vigencia de ese Acuerdo, la institución prestadora de servicios de Salud IPS Centro de Salud Santa Bárbara, deberá funcionar como un*

¹ Folio 81 a 90 y 140 a 149

*establecimiento público descentralizado de carácter municipal, dotado de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía admirativa*².

Propusieron como excepciones, i) inexistencia de la relación contractual y del derecho alegado; ii) cobro de lo no debido y iii) genérica.

La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Santander mediante sentencia de 5 de junio de 2012 accedió a las pretensiones de la demanda, y condenó a título de “reparación del daño” al Municipio de Santa Bárbara y a la ESE Centro de Salud de Santa Bárbara a liquidar y cancelar a favor del demandante:

“(…) las sumas que por concepto de prestaciones sociales devengan los empleados públicos vinculados a ese ente territorial mediante “vinculación legal y reglamentaria”, correspondientes a los periodos efectivamente laborados en los cuales demostró la existencia de la relación laboral, y tomando como base para la liquidación el valor pactado en los contratos, y el consecuente computo de ese tiempo para efectos pensionales, para lo cual las entidades harán las correspondientes cotizaciones y de la suma a pagar la entidad deberá realizar los respectivos descuentos de ley que correspondan al trabajador, aclarando que cada una de las entidades deberá responder de manera independiente por el pago de los contratos que suscribió y de igual manera independiente por el pago de los contratos suscritos, es decir el municipio responde por los contratos que suscribió y de igual forma la E.S.E. conforme a la formula señalada en la parte motiva (...)”³.

² Folio 143

³ Folio 328 vto.

Dijo el tribunal que de los documentos allegados al proceso se logró probar que existió continuidad en la prestación del servicio en el periodo comprendido entre el 1 y el 30 de septiembre de 2003; 1 de febrero al 31 de marzo de 2004; 1 de mayo de 2004 al 31 de agosto de 2004; 1 de octubre a 31 de diciembre de 2004; 1 de enero a 30 de septiembre de 2005; 1 de noviembre de 2005; a 1 de febrero de 2006 y de 1 de abril de 2006 a 11 de julio de 2008⁴.

Estimó que el Municipio de Santa Bárbara *“alteró la modalidad de contratación por prestación de servicios”* al pactar elementos propios de una relación laboral a través de un contrato con el fin de evitar el pago de las prestaciones sociales que como empleador le correspondía.

Indicó que no se aplicó la prescripción trienal al caso concreto, en la medida en que como lo ha indicado la Sección Segunda del Consejo de Estado, *“el término de prescripción se cuenta desde que la obligación se hace exigible y, dicha exigibilidad surge con la sentencia que resulta constitutiva del derecho”*, por lo que a su juicio no es aplicable en los procesos en los que se muestre la existencia de la primacía de la realidad sobre las formas legales.

Argumentos de la apelación

El Municipio de Santa Bárbara interpuso recurso de apelación con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación⁵:

⁴ Fecha en que se dio por terminado el contrato 054 de 2008, por acuerdo de las partes.

⁵ Folio 332 a 341

Insistió en la inexistencia de subordinación por parte del señor Pablo Emilio Torres Garrido con la ESE Centro de Salud de Santa Bárbara, pues como indicó en la contestación de la demanda, las actividades contratadas fueron ejercidas por él con independencia y de manera autónoma y aclaró que la subordinación o dependencia es la que marca la diferencia entre un contrato laboral y uno de prestación de servicios, circunstancia que no ocurrió en el presente caso.

Destacó que en los contratos de prestación de servicios suscritos inicialmente entre el demandante y la IPS y luego de la transformación con la ESE, se presentaron interrupciones hasta por 7 meses, para lo cual hizo la siguiente relación:

No.	FECHA DE CONTRATO	PLAZO DEL CONTRATO	FECHA DE INICIO Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO	OBJETO
1	31-Agosto-2003	15 Días (3 días a la semana)	1-Septiembre a 30-Septiembre de 2003	Médico General
<i>SE PRESENTA UNA RUPTURA EN LA CONTINUIDAD POR EL TÉRMINO DE CINCO (05) MESES</i>				
2	1-Febrero-2004	2 Meses	1-Febrero a 31 –Marzo de 2004	PAB
3	1-Mayo-2004	4 Meses (4 Días a la Semana)	1-Mayo a 31 de agosto de 2004	Médico General - PAB
4	1-agosto-2004	6 Meses	1-Agosto a 31 de diciembre de 2004	PAB
<i>SE PRESENTA UNA RUPTURA EN LA CONTINUIDAD POR EL TÉRMINO DE SIETE (07) MESES</i>				
5	23-Julio-2005 (año Corregido)	5 Meses	23-Julio a 23-Diciembre de 2005	PAB
6	1-Diciembre-2005	30 días	1-Diciembre a 30-Diciembre de 2005	CHARLA EDUCATIVA
7	14-Enero-2006	12 Meses	Sin información	PAB

8	25-Junio -2007	4 Meses	1-Julio a 30-October de 2007	PAB
<i>QUE MEDIANTE ACUERDO No.009 DE 2 DE OCTUBRE DE 2007 POR MEDIO DEL CUAL SE MODIFICA EL ACUERDO No. 005 del 19 DE FEBRERO DEL 2004 Y SE APRUEBA LA TRANSFORMACIÓN DE LA IPS CENTRO DE SALUD SANTA BÁRBARA A UNA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO (ESE)</i>				
9	1-Noviembre-2007	2 Meses	1-Noviembre a (sin información)	PAB

Solicitó en razón de lo anterior que se revoque la sentencia proferida el 5 de junio de 2012 por el Tribunal Administrativo de Santander y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda dado que no existieron suficientes elementos de prueba que llevaran a demostrar la existencia de la relación legal y reglamentaria declarada por el a quo.

La ESE Centro de Salud Santa Bárbara, en escrito de apelación solicitó que se revoque el fallo de primera instancia con base en los siguientes argumentos⁶:

Alegó que existió una indebida valoración probatoria por parte del Tribunal Administrativo de Santander, en la medida en que no se logró demostrar la subordinación del actor, así como tampoco que prestara de manera continua sus servicios para la entidad.

Destacó que no se tuvo en cuenta el interrogatorio de parte hecho al actor como tampoco los testimonios de los señores Jaime Riascos, Olga Torra y Maryuris Cáceres, de los cuales se pudo inferir que no existió una relación laboral que obligara al pago de las prestaciones sociales pretendidas por el demandante; razón por la cual solicitó se revoque la sentencia recurrida y en su lugar se nieguen las

⁶ Folios 390 a 396

pretensiones de la demanda y se condene en costas al señor Pablo Emilio Torres Garrido.

Alegatos de conclusión

Mediante auto de 6 de julio de 2015 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo⁷.

La Procuraduría Segunda Delegada, rindió concepto el 31 de agosto de 2015 y después de realizar un recuento de lo ocurrido dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el señor Pablo Emilio Torres Garrido, indicó que de lo probado en el expediente se logró establecer que el actor no podía proceder de manera autónoma sino que debía estar sujeto a un plan de instrucciones, a una jornada de trabajo para brindar atención a los pacientes, lo que conlleva a demostrar que en efecto si existió una relación de subordinación⁸.

En razón de lo anterior, solicitó en virtud de la primacía de la realidad sobre las formas legales que se confirme la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

Competencia

⁷ Folio 347

⁸ Folio 427 a 435

De conformidad con el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo⁹, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

1. Problema jurídico

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, le corresponde a la Subsección decidir, si se configuró una relación laboral entre la ESE Centro de Salud de Santa Bárbara, el municipio de Santa Bárbara – Santander y el demandante Pablo Emilio Torres Garrido; de ser así, establecer si hay lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Marco normativo y jurisprudencial del contrato realidad

Esta Subsección de la Sección Segunda del Consejo de Estado, ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer evidente la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, se debe acudir al artículo 53 de la C.P., que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

⁹ 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 o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión.

La Constitución Política de 1991, en los artículos 122 y 125 dispone lo siguiente:

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1º)... ”

“Art. 125.- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”.

El régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal). Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.

La contratación por prestación de servicios con el Estado ha sido desarrollada por nuestra legislación a través del Decreto Ley 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y la Ley 190 de 1995. La Ley 80 en su artículo 32, dispone:

*“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 (resalta la Sala).

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

En sentencia C-154-97¹⁰ la Corte Constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita, estableció las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, concluyendo que:

“[...] el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente” (El resaltado es de la Sala).

Adicionalmente, el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, dispuso:

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

“Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.

La parte subrayada fue demandada ante la Corte Constitucional, que en sentencia C-614 de 2009, señaló entre otros criterios, la permanencia como un elemento más que indica la existencia de una verdadera relación laboral.

.- El artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 prevé que **“en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto (...)** la función pública que implique el ejercicio de la autoridad

administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad” (resaltado fuera de texto).

.- La Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, dispuso en materia de empleo público:

“Art. 19 El Empleo Público.

1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

2. El diseño de cada empleo debe contener:

a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;

b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;

*c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales”
[...].”*

Para que una persona natural desempeñe un cargo en calidad de empleado público (relación legal y reglamentaria), es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en la ley, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, previo a

ejercer las funciones propias de dicho empleo.

Por otra parte, como ya se ha dicho, para evitar el uso indebido del contrato de prestación de servicios, la Ley 790 de 2002, por medio de la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República, prevé:

“ARTÍCULO 17. PLANTAS DE PERSONAL. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.

En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.

PARÁGRAFO. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública” (subrayado fuera de texto).

Por su parte, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Único Disciplinario, establece en el artículo 48, numeral 29 como falta gravísima:

“29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran

dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”.

En el ordenamiento jurídico no solo se ha previsto la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también se han fijado sanciones para el servidor que contrate a través de esta modalidad por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal.

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad, el efecto del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con el fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado¹¹.

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional establece que **el trabajo es un derecho fundamental** que goza "*...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado*". De ahí que se deba proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

En sentencia de unificación esta Sección precisó en materia de la figura jurídica del contrato realidad, lo siguiente:

“[...] el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio 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 propia de las relaciones laborales¹².

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda¹³ recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los

¹² En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10).

¹³ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

*presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión*¹⁴.

En reciente pronunciamiento destacó la Sala el carácter excepcional de la modalidad de contratación de prestación de servicios, lo siguiente:

*“[...] el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual*¹⁵.

Hechos probados

- **Contratos de prestación de servicio suscritos entre el señor Pablo Emilio Torres Garrido y la ESE Centro de Salud Santa Bárbara y el Municipio de Santa Bárbara – Santander.**

El Demandante contrató con la IPS Centro de Salud de Santa Bárbara y la ESE Centro de Salud Santa Bárbara – Santander, con el objeto fue la prestación de sus servicios profesionales como “*Médico General*”, desde el 1 de septiembre de 2003,

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16, Actor: Lucinda María Cordero Causil, Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho, Tema: Contrato realidad (docente) Actuación: Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5 de 2016, conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cueter, Bogotá, D.C., primero (1) de marzo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00117-01(3730-14), actor: Zuly Fátima Núñez Pacheco, demandado: Instituto Departamental De Deportes Córdoba - Indeportes Córdoba, referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.

mediante la suscripción de contratos de prestación de servicios, de la siguiente manera:

Número	Entidad Contratante	Plazo	Objeto y Alcance	Término	Valor
Orden de prestación de servicios ¹⁶	Municipio de Santa Bárbara	1 a 30 de septiembre de 2003	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud con intervalos de tres días correspondientes al mes de septiembre en el municipio de Santa Bárbara.	15 días	\$1.500.000
Ruptura de continuidad de 5 meses					
Orden de prestación de servicios ¹⁷	Municipio de Santa Bárbara	1 de febrero hasta el 30 de marzo de 2004	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención, en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara, Santander	2 meses	\$3.300.000
Ruptura de continuidad de 1 mes					
Orden de prestación de servicios ¹⁸	Municipio de Santa Bárbara	1 de mayo de 2004 hasta el 31 de agosto de 2004	Prestar los servicios profesionales como médico general en el centro de salud y actividades extramurales de los programas promoción y prevención, en la IPS Centro de Salud de Santa Bárbara, Santander; durante 4 días a la semana de martes a viernes	4 meses	\$9.300.000
Ruptura de continuidad de 1 mes					
Contrato de prestación de servicios ¹⁹	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 de octubre a 31 de diciembre de 2004	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención, en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara, Santander	3 meses	\$7.500.000
Orden de prestación de	Municipio de	1 a 31 de enero	Prestar sus servicios profesionales como	1 mes	\$2.500.000

¹⁶ Folio 56

¹⁷ Folio 55

¹⁸ Folio 54

¹⁹ Folio 53

servicios ²⁰	Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	de 2005	médico general en la institución de lunes a viernes durante el mes de enero de 2005		
Orden de prestación de servicios ²¹	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 28 de febrero de 2005	Prestar sus servicios profesionales como médico general en la institución de lunes a viernes durante el mes de febrero de 2005	1 mes	\$2.500.000
Orden de prestación de servicios ²²	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 31 de marzo de 2005	Prestar sus servicios profesionales como médico general en la institución de lunes a viernes durante el mes de marzo de 2005	1 mes	\$2.500.000
Orden de prestación de servicios ²³	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 30 de abril de 2005	Prestar sus servicios profesionales como médico general en la institución de lunes a viernes durante el mes de abril de 2005	1 mes	\$2.500.000
Orden de prestación de servicios ²⁴	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 31 de mayo de 2005	Prestar sus servicios profesionales como médico general en la institución de lunes a viernes durante el mes de mayo de 2005	1 mes	\$2.500.000
Orden de prestación de servicios ²⁵	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 30 de junio de 2005	Prestar sus servicios profesionales como médico general en consulta externa y urgencias de lunes a viernes del mes de junio de 2005	1 mes	\$2.500.000
Orden de prestación de servicios ²⁶	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 30 de julio de 2005	Prestar sus servicios como médico general, en consulta externa, urgencias, actividades extramurales concernientes al P Y P, PAB de lunes a viernes durante el mes de julio de 2005	1 mes	\$2.500.000
Orden de prestación de servicios ²⁷	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 31 de agosto de 2005	Prestar sus servicios como médico general, en consulta externa, urgencias, actividades extramurales concernientes al P Y P, PAB de lunes a viernes durante el mes de agosto de 2005	1 mes	\$2.500.000
Orden de prestación de servicios ²⁸	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 30 de septiembre de 2005	Prestar sus servicios como médico general de la IPS	1 mes	\$2.500.000

²⁰ Folio 52

²¹ Folio 51

²² Folio 50

²³ Folio 49

²⁴ Folio 48

²⁵ Folio 47

²⁶ Folio 46

²⁷ Folio 45

²⁸ Folio 44

Ruptura de continuidad de 1 mes					
Orden de prestación de servicios ²⁹	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 30 de noviembre de 2005	Prestar sus servicios como médico general de la IPS	1 mes	\$2.500.000
Orden de prestación de servicios ³⁰	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	<u>1 a 31 de diciembre de 2005</u>	Prestar sus servicios como médico general de la IPS	1 mes	\$2.500.000
Orden de prestación de servicios ³¹	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	<u>1 a 31 de diciembre de 2005</u>	Realizar charlas educativas en las diferentes veredas del municipio como Labradas, Apure, Chacara, Barro – Tahona, Tope, Ceba y Chingara entre otras sobre los siguientes temas: 1. Importancia del PAI en la población Infantil, 2. Educación sexual y reproductiva, 3. Charla sobre EDA e IRA, 4. TBC LEPR, 5. Métodos de Planificación Familiar, 6. Importancia de controles prenatales, 7. Fiebre amarilla y dengue, 8. Cáncer de cérvix.	1 mes	\$3.300.000
*El actor en el mes de diciembre de 2005 suscribió dos contratos de prestación de servicio con objetos diferentes con el Municipio de Santa Bárbara					
Orden de prestación de servicios ³²	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 31 de enero de 2006	Prestar sus servicios como médico general de la IPS	1 mes	\$2.500.000
Contrato de prestación de servicios 001 ³³	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 28 de febrero de 2006	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara - Santander	1 mes	\$2.675.000
Contrato de prestación de servicios 002 ³⁴	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 31 de marzo de 2006	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara - Santander	1 mes	\$2.675.000
Contrato de prestación de servicios 003 ³⁵	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS	1 a 30 de abril de 2006	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas	1 mes	\$2.675.000

²⁹ Folio 43

³⁰ Folio 42

³¹ Folio 260

³² Folio 41

³³ Folio 40

³⁴ Folio 262

	Centro de Salud Santa Bárbara		de promoción y prevención en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara - Santander		
Contrato de prestación de servicios 005³⁶	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 30 de mayo de 2006	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara - Santander	1 mes	\$2.675.000
Contrato de prestación de servicios 006³⁷	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 30 de junio de 2006	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara - Santander	1 mes	\$2.675.000
Contrato de prestación de servicios 009³⁸	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 30 de julio de 2006	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara - Santander	1 mes	\$2.675.000
Contrato de prestación de servicios 010³⁹	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 31 de agosto de 2006	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara - Santander	1 mes	\$2.675.000
Contrato de prestación de servicios 011⁴⁰	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	<u>1 de septiembre a 30 de diciembre de 2006</u>	Realizar charlas educativas en las diferentes veredas del municipio como Labradas, Apure, Chacara, Barro – Tahona, Tope, Ceba y Chingara entre otras sobre los siguientes temas: 1. Importancia del PAI en la población Infantil, 2. Educación sexual y reproductiva, 3. Charla sobre EDA e IRA, 4. TBC LEPR, 5. Métodos de Planificación Familiar, 6. Importancia de controles prenatales, 7. Fiebre amarilla y dengue, 8. Cáncer de cérvix de acuerdo al cronograma PAB 2006.	4 meses	\$2.996.000
Contrato de prestación de servicios 012⁴¹	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	<u>1 a 30 de septiembre de 2006</u>	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara - Santander	1 mes	\$2.675.000
*El actor en los meses septiembre a diciembre de 2006 suscribió dos contratos de servicio con objetos diferentes con el Municipio de Santa Bárbara					
Contrato de prestación de	Municipio de Santa Bárbara –	1 a 31 de	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y	1 mes	\$2.675.000

³⁵ Folio 263

³⁶ Folio 264

³⁷ Folio 37

³⁸ Folio 266

³⁹ Folio 36

⁴⁰ Folio 268

⁴¹ Folio 34

servicios 015⁴²	dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	octubre de 2006	actividades extramurales de los programas de promoción y prevención en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara - Santander		
Contrato de prestación de servicios 017⁴³	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 30 de noviembre de 2006	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara - Santander	1 mes	\$2.675.000
Contrato de prestación de servicios 019⁴⁴	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 30 de diciembre de 2006	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara - Santander	1 mes	\$2.675.000
Contrato de prestación de servicios 001⁴⁵	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 30 de enero de 2007	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara - Santander	1 mes	\$2.862.000
Contrato de prestación de servicios 003⁴⁶	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 28 de febrero de 2007	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara - Santander	1 mes	\$2.862.000
Contrato de prestación de servicios 007⁴⁷	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 28 de marzo de 2007	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara - Santander	1 mes	\$2.862.000
Contrato de prestación de servicios 009⁴⁸	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 30 de abril de 2007	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara - Santander	1 mes	\$2.862.000
Contrato de prestación de servicios 011⁴⁹	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 30 de mayo de 2007	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara - Santander	1 mes	\$2.862.000
Contrato de prestación de servicios 021⁵⁰	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 30 de junio de 2007	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara - Santander	1 mes	\$2.862.000

⁴² Folio 33

⁴³ Folio 32

⁴⁴ Folio 31

⁴⁵ Folio 30

⁴⁶ Folio 29

⁴⁷ Folio 28

⁴⁸ Folio 27

⁴⁹ Folio 26

⁵⁰ Folio 25

Contrato de prestación de servicios 033 ⁵¹	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 31 de julio de 2007	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara - Santander	1 mes	\$2.862.000
Contrato de prestación de servicios 043 ⁵²	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 31 de agosto de 2007	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara - Santander	1 mes	\$2.862.000
Contrato de prestación de servicios 077 ⁵³	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 30 de septiembre de 2007	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara - Santander	1 mes	\$2.862.000
Contrato de prestación de servicios 096 ⁵⁴	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 31 de octubre de 2007	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara - Santander	1 mes	\$2.862.000
Contrato de prestación de servicios 0121 ⁵⁵	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 a 30 de noviembre de 2007	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara - Santander	1 mes	\$2.862.000
Contrato de prestación de servicios 0137 ⁵⁶	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	<u>1 a 30 de diciembre de 2007</u>	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara - Santander	1 mes	\$2.862.000
Contrato de prestación de servicios 147 ⁵⁷	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	<u>1 a 30 diciembre de 2007</u>	Ejecutar las actividades del PAB desarrollando los programas de: vigilancia en salud pública, PAI, SSYR, demanda inducida, así mismo elaboración de material didáctico de EDA, IRA, derechos sexuales y reproductivos, métodos de planificación familiar con su respectiva charla a la población objeto en el municipio de Santa Bárbara	1 mes	\$2.996.000
*El actor en el mes de diciembre de 2007 suscribió dos contratos de prestación de servicio con objetos diferentes con el Municipio de Santa Bárbara					

⁵¹ Folio 24

⁵² Folio 280

⁵³ Folio 22

⁵⁴ Folio 21

⁵⁵ Folio 20

⁵⁶ Folio 20

⁵⁷ Folio 285

Orden de prestación de servicios profesionales 003⁵⁸	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	2 a 31 de enero de 2008	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención, en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara, Santander	1 mes	\$3.062.000
Orden de prestación de servicios profesionales 028⁵⁹	Municipio de Santa Bárbara – dependencia IPS Centro de Salud Santa Bárbara	1 de febrero a 31 de marzo de 2008	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención, en la IPS Centro de Salud Santa Bárbara, Santander	2 meses	\$6.124.000
Contrato de prestación de servicios 054⁶⁰	Municipio de Santa Bárbara – dependencia Centro de Salud Santa Bárbara	1 de abril a 11 de julio de 2008. (terminación anticipada del contrato por acuerdo entre las partes)	Prestar los servicios profesionales como médico general del centro de salud y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención, en el Centro de Salud Santa Bárbara, Santander	5 meses	\$15.310.000

- **Terminación de mutuo acuerdo del contrato de prestación de servicio**

Mediante escrito presentado el 8 de julio de 2008 a la Gerente de la ESE Centro de Salud Santa Bárbara, el señor Pablo Emilio Torres Garrido comunicó a la entidad su “*decisión de finalizar la relación laboral*” de “*mutuo acuerdo*” a partir del 11 de julio de 2008.

A través de “*acta de liquidación 01 de la orden de prestación de servicios profesionales No. 054 de 2008*”, de 18 de julio de 2008 la Gerente de la ESE Centro de Salud Santa Bárbara y el señor Pablo Emilio Torres Garrido acordaron “*liquidar a*

⁵⁸ Folio 18

⁵⁹ Folio 17

⁶⁰ Folio 16

*satisfacción el presente contrato de prestación de servicios Profesionales No. 054 del 27 de marzo de 2008(...)*⁶¹”.

Pruebas testimoniales

En cumplimiento de lo dispuesto en el auto de pruebas en primera instancia y frente a los testimonios recepcionados, se pone de presente lo siguiente:

-Luis Fernando Giraldo Ospina, manifestó que conoció al señor Pablo Emilio Torres Garrido, cuando trabajó como regente de farmacia en el municipio de Santa Bárbara. El testigo indicó que el demandante prestó sus servicios a la “*hoy ESE Centro de Salud de Santa Bárbara*” como médico general y su vinculación con la entidad se dio mediante orden de prestación de servicios. Cuando se le preguntó “*si el Dr. Pablo Emilio debía cumplir un horario de trabajo, en caso afirmativo cuál era el horario que debía cumplir*” contestó: “*si cumplía el horario de trabajo de ocho de la mañana (8:00 am) a doce del día (12:00 pm) y de dos de la tarde (2:00 pm) a seis de la tarde (6:00 pm) con disponibilidad de atención de urgencias a cada instante, es decir de doce a dos y de seis de la tarde al día siguiente, este horario era de lunes a sábado de cinco (5:00 am) ya que hasta hora (sic) el viajaba en flota Cáchira que salía de Santa Bárbara a su descanso de fin de semana, pero en varias oportunidades le tocaba esperar que llegara el médico del fin de semana porque había un proceso en proceso de parto o un herido o una persona que necesitara de sus servicios, no dejarla sola cuando llegaba le (sic) médico del fin de semana el reportaba la entrega de turno*”. Preguntado al testigo si tenía conocimiento de llamados de atención que hubiera recibido el demandante, contestó que en alguna oportunidad recibió un llamado de atención de su superior y del acalde del municipio por negarse a elaborar un certificado de defunción sin realizar el estudio

⁶¹ Folio 16

del cuerpo. Al ser interrogado el testigo sobre si tenía conocimiento del lugar en donde pernoctaba el demandante, contestó: *“si se dónde pernoctaba le asignaron una habitación dentro de la IPS”*. En relación con la ejecución del PAB, el testigo expresó que se trataba de un programa que *“ejerce la secretaria por medio del municipio de atención médica a la comunidad”* y para el caso del Municipio de Santa Bárbara, el coordinador era el señor Pablo Emilio Torres Garrido y dicha labor la *“ejecutada él con auxiliares”*⁶².

En la Audiencia y según consta en el acta de testimonio, el apoderado de la parte demandada manifestó en relación con este que, *“deja constancia que el señor testigo es un testigo sospechoso en los términos del Art. 217 del Código de Procedimiento Civil toda vez que como quedo acreditado anteriormente su declaración no da credibilidad ni imparcialidad”* dado que este instauró una demanda ante el juzgado sexto administrativo de Bucaramanga que *“en la actualidad se encuentra pendiente del decreto de pruebas y las pretensiones de la demanda corresponde de iguales condiciones a las aquí demandadas”*.

Al respecto la Sala debe precisar que el contenido de esta declaración se analizará con fundamento en la sana crítica apreciándolo en conjunto con los restantes elementos de prueba allegados al proceso, de manera que su valoración no puede descartarse de plano, en cuanto que no se observan a primera vista razones para restar mérito a la declaración.

- **Maryuris Cáceres Hernández.** Dice la testigo que conoció al demandante cuando trabajaba como auxiliar de enfermería en la IPS Centro de Salud de Santa Bárbara. Al ser interrogada sobre la modalidad de contrato con la que estuvo vinculado el señor Pablo Emilio Torres, manifestó que lo hizo mediante contrato de prestación de

⁶² folio 231

servicios. Al preguntársele por las labores que ejecutaba el demandante, la testigo contestó: *“el Dr. Pablo Emilio era el médico de la IPS Centro de Salud de Santa Bárbara laboraba como médico de consulta externa en horario de oficina de ocho (8:00 a.m.) a doce (12:00p.m.) y de dos (2:00 p.m.) a seis (6:00 p.m.) y a partir de ese momento era atención de urgencias 24 horas disponibilidad”*, y este horario lo debía cumplir a partir del lunes a las 8 de la mañana hasta las 5 de la tarde del día sábado. La testigo coincide con el anterior declarante al referir la misma circunstancia que dio lugar a un llamado de atención que recibió el demandante “en una ocasión específica cuando el actor se negó a elaborar un certificado de defunción”⁶³.

-Pablo Emilio Torres Garrido, en su condición de demandante rindió interrogatorio de parte, diligencia en la que indicó que en distintas ocasiones firmó contratos de prestación de servicios con la IPS Centro de Salud de Santa Bárbara entre los años 2004 a 2007 en los cuales desarrolló su profesión como médico, cumpliendo con una jornada laboral de lunes a domingo como fue consignado en el escrito de la demanda y en cumplimiento de las labores que le fueron asignadas.

-Olga Torra, quien rindió declaración de la siguiente manera: (...) *PREGUNTADO: dígame al despacho desde cuándo se encuentra laborando para la institución IPS hoy ESE centro de salud santa bárbara y qué cargo desempeñaba dentro de la misma*
CONTESTO: desde el primero de enero de 2004, hasta la fecha inicialmente el cargo se llamaba auxiliar de información hoy se llama técnico administrativo.
PREGUNTADO: conoce ud. Al médico Pablo Emilio Torres Garrido. En caso de ser positiva su respuesta, cuáles son las causas que generan ese conocimiento.
CONTESTO: cuando llegué a trabajar la IPS el médico ya estaba vinculado con la institución y desde ahí lo conocí. (...) PREGUNTADO: recuerda ud. Si la actividad médica que prestaba el señor Torres Garrido coincidía con las actividades que éste

⁶³ folio 235 a 240

desarrollaba como coordinador del PAB, así como el de la ejecución de las actividades derivadas del mismo plan. O por el contrario estas eran desarrolladas de manera separada, esto es en horarios y días diferentes. CONTESTO: no, se desarrollaban dentro del mismo horario de lunes a viernes. PREGUNTADO: dígame al despacho, quien organizaba el desarrollo de las actividades médicas en la institución. CONTESTO: el Dr Pablo PREGUNTADO: el Dr. Pedro Chanaga quien era el director de la IPS para esa fecha asignaba al Dr. Torres el número de consultas o actividades médicas que este debía desarrollar como consecuencia de su contrato de prestación de servicios como médico. CONTESTO: no, él era autónomo, el decidía hasta que hora quería atender los pacientes, que generalmente era hasta faltando 20 para las 12 pm y 20 para las 6 pm. PREGUNTADO: existía en la institución procedimiento alguno el cual debía cumplir el señor Torres Garrido para ausentarse de la institución, como consecuencia del traslado de un paciente a urgencias. CONTESTO: no (...) PREGUNTADO: manifiéstele al despacho, que días y que horas prestaba los servicios el Dr. Torres Garrido a la hoy ESE centro de salud santa bárbara. CONTESTO: en el horario de atención. El lunes únicamente atendía urgencias, de martes a viernes el horario de la institución era de 8am a 12pm y de 2pm a 6pm. (...)PREGUNTADO: manifiéstele al despacho, si existía otro médico que atendiera los servicios de la ESE fuera del director de lunes a viernes. CONTESTO: no, solo el Dr. Pablo⁶⁴.

Jaime Riascos, quien declaró de la siguiente manera: “(...) PREGUNTADO: dígame al despacho si conoce al médico Pablo Emilio Torres Garrido. En caso afirmativo, porqué lo conoce. CONTESTO: si, lo conozco, porque trabajé como médico en el centro de salud santa bárbara, los fines de semana y él laboraba entre semana, yo le recibía a él los turnos los sábados en la madrugada, y yo me regresaba y le entregaba en la mañana del lunes. PREGUNTADO: sabe ud. En qué lugar mantenía su residencia el medico Torres Garrido mientras prestó los servicios a la institución. CONTESTO: si, en el centro de salud. Vivíamos en el centro de salud.

⁶⁴ Folio 243 a 245

PREGUNTADO: las obligaciones de sus contratos incluía la atención de cita, o por el contrario era simple disponibilidad. CONTESTO: consulta programada, prioritaria y de emergencias y presencia permanente. PREGUNTADO: manifiéstele al despacho las labores realizadas por el Dr. Torres Garrido en la hoy ESE centro de Salud Santa Bárbara, durante el año 2003-2008. CONTESTO: El prestaba el servicio médico entre semanas de lunes a viernes, atendiendo urgencias en horario nocturno, consulta externa. (...)”.

Actos administrativos demandados

-Oficio sin número de fecha 9 de marzo de 2010, proferido por la Gerente de la ESE Centro de Salud de Santa Bárbara, en el que le informa que:

“(...) Revisando la documentación que reposa en la Entidad, hemos encontrado:

*1.- El Dr. **PABLO EMILIO TORRES GARRIDO** prestó sus servicios como Médico de la ESE Centro de salud de santa Bárbara, por medio de orden de prestación de servicios, donde se le cancelaba unos honorarios de forma integral, de donde el contratista pagaba los Aportes a Seguridad Social.*

*2.- Dentro del cuerpo de las órdenes de prestación de servicios que firmó el Dr. **PABLO EMILIO TORRES** con la ESE Centro de Salud de Santa Bárbara no consta en ninguna cláusula. La Subordinación y el cumplimiento de horario*

Por todo ello, le manifiesto a Ud., que no se accede favorablemente al derecho incoado (...)⁶⁵.

⁶⁵ Folio 14

-Oficio DA-179-03-2010 de 17 de marzo de 2010, proferido por el Alcalde Municipal de Santa Bárbara – Santander, en el que da respuesta a la petición presentada por el señor Pablo Emilio Torres Garrido en el que indicó:

“(…) revisados los archivos de la Entidad, se verificó que su representado mantuvo una relación contractual no Laboral, mediante la cual prestó los servicios Profesionales como Médico de la IPS Centro de Salud Santa Bárbara, hoy ESE del Municipio.

De las obligaciones derivadas de dicha relación contractual, fueron cumplidas en su totalidad por la Entidad que represento.

Es de anotar, que a partir del año 2006 la ESE Centro de Salud de Santa Bárbara se descentralizó, circunstancia que implica que todas las actividades contractuales celebradas con la Empresa Social del Estado son del resorte de la misma.

Por lo anterior, y toda vez que entre su representado y el Municipio no existió ninguna relación de carácter Laboral, no se puede acceder a despachar favorablemente las pretensiones (...)”⁶⁶.

Solución al caso concreto

La Sala debe resolver los siguientes interrogantes: (i) ¿Se configuró una relación laboral entre el señor Pablo Emilio Torres Garrido y la ESE Centro de Salud Santa Bárbara y el Municipio de Santa Bárbara - Santander con ocasión de los contratos de prestación de servicios profesionales como médico general suscritos entre las mismas partes? y (ii) ¿El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales?

⁶⁶ Folio 15

Para dar respuesta a lo anterior, la Sala sostendrá la siguiente **tesis**:

En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades previsto en el artículo 53 constitucional, en el caso particular se configuró una relación de carácter laboral entre el señor Pablo Emilio Torres Garrido y la ESE Centro de Salud Santa Bárbara y con el Municipio de Santa Bárbara - Santander, en cuanto se acreditaron los elementos constitutivos del vínculo laboral, esto es: **(i)** la prestación personal del servicio; **(ii)** la subordinación o dependencia; **(iii)** el pago de una remuneración por la labor prestada y, **(iv)** la vocación de permanencia en el ejercicio de la función desempeñada.

En consecuencia, al estar acreditada la existencia de la relación de carácter laboral y por ende desvirtuado el vínculo contractual (Ley 80 de 1993, artículo 32.3) le asiste el derecho al señor Pablo Emilio Torres Garrido al reconocimiento y pago de las prestaciones no devengadas durante la vigencia de los contratos celebrados con la ESE Centro de Salud Santa Bárbara y el Municipio de Santa Bárbara – Santander en los periodos comprendidos entre el 1 de noviembre de 2005 hasta el 18 de julio de 2008, teniendo en cuenta las interrupciones que se dieron entre las ordenes de prestación de servicio que suscribió el demandante con las entidades desde el 1 de septiembre de 2003, interrupciones que excedieron el término de 15 días de que trata el artículo 45 de la Decreto 1042 de 1978, lo que quiere decir que hubo solución de continuidad y que además operó el término de prescripción para reclamar las prestaciones causadas con anterioridad al 1 de noviembre de 2005, como se explicará más adelante.

La tesis expuesta se sustenta en las siguientes **razones**:

El 29 de enero de 2009, el señor Pablo Emilio Torres Garrido, solicitó a la ESE Centro de Salud Santa Bárbara y al Municipio de Santa Bárbara – Santander el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que consideraba tenía derecho, en virtud de los contratos y órdenes de prestación de servicios celebrados en el año entre el “7 de agosto de 2003 al 11 de julio de 2008”⁶⁷; peticiones que fueron resueltas de manera negativa, aduciendo que la relación que se configuró con estas entidades fue meramente contractual y no laboral.

Del **acervo probatorio** recaudado se considera entonces que el demandante desempeñó funciones como médico general para la IPS Centro de Salud Santa Bárbara y además realizó charlas educativas, durante los siguientes periodos:

- (i) Del 1 de septiembre hasta el 30 de septiembre de 2003, para la IPS Centro de Salud Santa Bárbara.
- (ii) Del 1 de febrero hasta el 30 de marzo de 2004 para la IPS Centro de Salud Santa Bárbara.
- (iii) Del 1 de octubre a 31 de diciembre de 2004 para la IPS Centro de Salud Santa Bárbara.
- (iv) Del 1 de enero a 31 de enero de 2005 para la IPS Centro de Salud Santa Bárbara.
- (v) En el mes de diciembre de 2005, el actor suscribió 2 contratos con el Municipio de Santa Bárbara con dos objetos diferentes: uno para realizar charlas educativas dentro de la ejecución del PAB y otro para prestar sus servicios como médico general en la IPS Centro de Salud de Santa Bárbara.
- (vi) Del 1 de febrero de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2006 para la IPS Centro de Salud Santa Bárbara.
- (vii) De los meses septiembre a diciembre de 2006, el actor suscribió 2 contratos con el Municipio de Santa Bárbara con dos objetos diferentes: uno para realizar

⁶⁷ Folio 10 a 13

charlas educativas como coordinador del PAB y otro para prestar sus servicios como médico general en la IPS Centro de Salud de Santa Bárbara.

(viii) Del 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2007 para la IPS Centro de Salud Santa Bárbara.

(ix) En el mes de diciembre de 2007, el actor, celebró 2 contratos con el municipio de Santa Bárbara uno con el objeto de prestar sus servicios como médico general y otro para ejecutar actividades del Plan de Atención Básica (PAB)⁶⁸ del municipio.

(x) Del 2 de enero de 2008 hasta el 31 de marzo de 2008 para la IPS Centro de Salud Santa Bárbara.

(xi) Del 1 de abril de al 18 de julio de 2008 para el Centro de Salud Santa Bárbara⁶⁹.

Los anteriores mediante orden y contrato de prestación de servicio, entre los cuales hubo solución de continuidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 1042 de 1978⁷⁰.

De los contratos de prestación de servicios suscritos por las partes que fueron aportados al expediente, se encuentra claramente demostrado: (i) la **prestación personal** continua y permanente de los servicios por parte del actor, que consistía en la prestación de servicios profesionales como médico general, concurriendo en algunos periodos con las actividades en condición de coordinador del Plan de

⁶⁸ En atención a la Resolución 4288 de 1996 proferida por el Ministerio de Salud “por la cual se define el Plan de Atención Básica (PAB) del Sistema General de Seguridad Social (SDSSS) y se dictan otras disposiciones”.

⁶⁹ La relación detallada de las órdenes y contratos de prestación de servicio costa en el cuadro que se consignó en esta providencia.

⁷⁰ Artículo 45º.- (...)

Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles (subrayado fuera del texto).

La bonificación de que trata el presente artículo es independiente de la asignación básica y no será acumulativa.

De acuerdo con el cuadro que se relaciona en esta providencia durante la suscripción de las órdenes de prestación de servicios, hubo interrupciones entre 1 y 5 meses entre uno y otros. (ver cuadro de relación de órdenes de prestación de servicios)

Atención Básica PAB; (ii) el pago de una **remuneración** por los servicios prestados, que en los términos de las cláusulas contractuales “*será cancelado en (...) pagos mensuales cada uno (...)*”, y en pagos únicos cuando se suscribían contratos de manera continua mes a mes⁷¹.

En relación con la **subordinación** como elemento integrante de la relación laboral corresponde a la Sala analizar si la actividad prevista en el objeto de los contratos suscritos se ejecutaba de manera independiente por el contratista y correspondía a una labor coordinada entre este y la entidad contratante, o por el contrario, el demandante estaba sujeto en el caso concreto (i) al cumplimiento de horarios; (ii) a la prestación de un servicio médico en la entidad territorial y en la ESE en las condiciones que corresponde a las de un médico de planta con disponibilidad inclusive para el servicio de urgencias.

En efecto, se observa que el señor Pablo Emilio Torres Garrido pese a vincularse como médico general mediante contratos de prestación de servicios celebrados bajo los principios de la Ley 80 de 1993, la ejecución de su actividad necesariamente implicó la prestación de sus servicios intelectuales de manera directa y sin independencia en el cumplimiento de su labor, pues requerían de su presencia en las instalaciones de la IPS Centro de Salud de Santa Bárbara, según se desprende del “OBJETO” de los contratos, de conformidad con el cual el actor debía “*prestar sus servicios profesionales como médico general de lunes a viernes y actividades extramurales de los programas de promoción y prevención, en el centro de Salud De Santa Bárbara*”⁷².

De acuerdo con la prueba testimonial, el actor prestaba sus servicios como médico general con las entidades demandadas que inicialmente correspondían a la IPS del

⁷¹ Folio 16

⁷² Folio 16

municipio transformada con posterioridad en una Empresa Social del Estado. Además, de la prueba testimonial se tiene que, *“le fue asignada una habitación dentro de la IPS”* en la que *“pernoctaba”* durante el tiempo que se encontraba ejecutando su contrato, es decir de lunes a viernes. Esta circunstancia evidencia la pérdida de autonomía e independencia para la ejecución de la labor contratada, así como la disponibilidad a la que estaba sujeto frente a una eventual urgencia médica.

El demandante estuvo vinculado con la IPS Centro de Salud de Santa Bárbara, desde el 1 de septiembre de 2003; sin embargo para efectos del reconocimiento de las prestaciones sociales debe tenerse en cuenta que durante este periodo se presentaron interrupciones que dieron lugar a una solución de continuidad en la relación laboral que efectivamente existió con ocasión del vínculo contractual a través de la modalidad de prestación de servicios. De acuerdo con el último contrato el demandante prestó sus para la Empresa Social del Estado Centro de Salud Santa Bárbara, durante 5 meses con la EPS Centro de Salud Santa Bárbara, cumpliendo labores primordiales para el funcionamiento de la entidad relacionadas con la prestación de los servicios de salud en el Centro de Salud.

La celebración continua de esos contratos mes a mes para la prestación de los servicios médicos de la IPS luego transformada en ESE lo que muestra una necesidad en la prestación del servicio médico asistencial y de urgencia para la población que en ningún momento podía eludir la entidad territorial.

Adicional a lo anterior, se tiene que durante los años 2005, 2006 y 2007 en los meses de septiembre a diciembre, como se indicó en el cuadro de relación contractual, el actor suscribió de manera simultánea dos contratos de prestación de servicio con el municipio de Santa Bárbara, con objetos diferentes, dado que uno de ellos tenía la finalidad de que el señor Pablo Emilio Torres Garrido prestara sus servicios como médico general y el otro realizar y ejecutar actividades del (PAB).

Del acervo probatorio se colige entonces que durante la prestación de los servicios del accionante como médico general y en algunos casos como coordinador del PAB: (i) estuvo sometido al cumplimiento del horario de atención de la entidad⁷³; (ii) no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas⁷⁴; (iii) desarrolló funciones y labores similares a los empleados de planta y en sus mismas condiciones; (iv) ejerció sus funciones en las instalaciones y con los instrumentos, materiales, insumos y equipos de la accionada (v) recibió llamado de atención por parte de su superior; (vi) tenía fijada su residencia en una de las habitaciones de la IPS del municipio.

De acuerdo con todo lo anterior para la Sala es irrefutable el hecho de que la ejecución del objeto contractual no se hizo de manera independiente y autónoma como corresponde a una relación de carácter contractual soportada en la autonomía de la voluntad, sino que se trató de una relación en la que la labor asignada se cumplió bajo los condicionamientos fijados por la misma entidad, de acuerdo con las necesidades del servicio, asimilando dicha relación a una de carácter laboral.

En este orden de ideas, a la presente controversia le es aplicable el principio de “la primacía de la realidad sobre formalidades”, pues es indudable que el demandante se encontraba en las mismas condiciones de los empleados de planta, en tanto desempeñaba personalmente la labor, en un cargo que revestía la característica de permanente, y aun cuando no se estipulaba horario ni turnos dentro del contrato, dentro del objeto del mismo se indicó que sus servicios profesionales debían ser prestados de lunes a viernes así como el desarrollo de “*actividades extramurales de los programas de promoción y prevención*”, aspectos que dan cuenta que el actor estaba sujeto a subordinación y dependencia.

⁷³ Así lo demuestra la prueba testimonial que es coincidente frente a este hecho.

⁷⁴ El servicio médico de atención en salud en el municipio era prestado por el demandante.

Para este punto es importante aclarar como lo ha dicho de manera reiterada esta Sección que la figura del contrato realidad, se aplica cuando se logra probar la continua prestación de los 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 propia de las relaciones laborales⁷⁵.

Adicional a lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que cuando el objeto del contrato versa sobre el desempeño de funciones de carácter permanente y en el proceso se demuestra que hubo subordinación o dependencia respecto del empleador, surge el derecho al pago de prestaciones⁷⁶, porque de lo contrario se afectan los derechos del trabajador.

Para la Sala es claro que la continuidad en la prestación de los servicios médicos del señor Pablo Emilio Torres Garrido le brindan un carácter de permanente, de lo que se puede colegir que sus servicios como médico general, no eran propios de un contrato de prestación de servicios sino de una relación laboral entre las partes. La excepción prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que permite la celebración de contratos de prestación de servicios no autoriza que las entidades del Estado a

⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: William Hernández Gómez, Bogotá D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018), radicación número: 08001-23-33-000-2012-00161-01(3809-14), actor: Piedad del Carmen González Mendoza, demandado: municipio de Tubará (Atlántico), medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Nicolás Pájaro Peñaranda, sentencia de 18 de noviembre de 2003, expediente: IJ-0039, actor: María Zulay Ramírez Orozco.

través de esta modalidad de vinculación desconozca el pago de las prestaciones sociales y demás obligaciones de carácter laboral que la Constitución y la ley han consagrado a cargo de los empleadores.

En este punto de la providencia, se advierte que las entidades estatales no deben recurrir a la práctica de vincular personal bajo la modalidad de prestación de servicios para cumplir actividades permanentes propias de la administración – como la cumplida por el demandante- y de esta manera evitar el pago de prestaciones sociales y de aportes parafiscales, entre otros, pues con dicha conducta, como lo ha reiterado, tanto, esta Corporación como la Corte Constitucional⁷⁷, no sólo se vulneran los derechos de los trabajadores sino que además dicha nómina paralela desvirtúa la razón de ser del artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal. En consecuencia, a los contratistas de prestación de servicios que logren demostrar que en realidad en su vinculación con una entidad, se configuraron los tres elementos propios de la relación laboral, se les debe reconocer y pagar los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad en la cual prestaron los servicios bajo la apariencia de un contrato administrativo.

Queda en los anteriores términos sustentada la tesis planteada por la Sala frente al primero de los interrogantes planteados, en el sentido de señalar que se configuró una relación laboral entre el señor Pablo Emilio Torres Garrido y la IPS y la ESE Centro de Salud Santa Bárbara con ocasión de las órdenes y contratos de prestación de servicios suscritos entre las mismas partes durante el período entre 1 de noviembre de 2005 al 18 de julio de 2008, periodo en el cual no se presentaron interrupciones.

⁷⁷ Sentencia SU448/16, Acción de Tutela instaurada por Martha Patricia Martínez Pinzón, contra el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Derechos fundamentales invocados: Derecho al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub Bogotá D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Ahora bien, sobre el derecho que le asiste al demandante al reconocimiento y pago de prestaciones sociales a título de restablecimiento, precisa la Sala lo siguiente:

En sentencia CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016⁷⁸, esta Sección con criterio unificador indicó que el reconocimiento de las prestaciones sociales a que haya lugar como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y “del tiempo de servicios con fines pensionales” proceden a título de restablecimiento del derecho.

Además en la mencionada sentencia se dijo:

“(…) Respecto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

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 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

⁷⁸ Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.

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.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de

*servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho*⁷⁹.

En el asunto *sub examine*, el actor solicitó a título de restablecimiento del derecho el reconocimiento y pago de *“cesantías, intereses a las cesantías, prima de navidad, prima semestral, prima vacacional, indemnización de las vacaciones no disfrutadas, bonificaciones por recreación, bonificación por servicios prestados, dotación de calzado y vestido de labor, indemnización por despido sin justa causa, horas extras, cotizaciones por concepto de salud y pensión al fondo de pensiones que se encuentre afiliado mi representado, el pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías y sus prestaciones sociales en general”*.

Ahora bien, de acuerdo con la regla i) establecida en la sentencia de unificación⁸⁰, en el presente caso procede, a título de restablecimiento del derecho, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a las que tiene derecho un médico general de la planta de cargos de las entidades demandadas, esto es Municipio de Santa Bárbara y ESE del Centro de Salud de Santa Bárbara, tomando como base para la liquidación los honorarios pactados en los contratos.

De la interrupción en el vínculo contractual y la prescripción de los derechos

- El actor prestó sus servicios a la IPS Centro de Salud Santa Bárbara en el

⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16, Actor: Lucinda María Cordero Causil, Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho, Tema: Contrato realidad (docente) Actuación: Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5 de 2016, conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011.

⁸⁰ 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.

periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2003 y el 30 de marzo de 2008, con interrupciones que dieron lugar a la solución de continuidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 1042 de 1978, lo que significa con las reglas fijadas en la sentencia de unificación que se daba término a esa relación contractual y el actor debía solicitar el reconocimiento de sus prestaciones dentro del término de prescripción de 3 años.

- El demandante prestó sus servicios como médico general para la ESE Centro de Salud de Santa Bárbara de manera ininterrumpida entre el 1 de abril y el 18 de julio de 2008.
- La petición fue presentada ante las entidades demandadas el 29 de enero de 2009 y el vínculo finalizó el 18 de julio de 2008 con la ESE Centro de Salud de Santa Bárbara.
- De acuerdo con lo probado la última interrupción, se dio frente a la orden de prestación de servicios que se suscribió por un mes del 1 al 30 de septiembre de 2005 en tanto que entre el 30 de septiembre de 2005 y el 1 de noviembre de 2005, que fue la fecha de suscripción de la siguiente orden de prestación de servicios, transcurrió un mes, lo que dio lugar a aplicar la regla del artículo 45 del Decreto 1042 de 1978 y desde el 1 de noviembre de 2005 hasta el 18 de julio de 2008, tal y como se probó, el vínculo contractual fue continuo y permanente, lo que quiere decir que el actor podía reclamar el pago de las prestaciones derivadas del vínculo laboral que por virtud del principio de la primacía de la realidad sobre la formalidad existió durante este periodo en forma ininterrumpida dentro de los 3 años contados a partir de la terminación del vínculo contractual; lo que en efecto sucedió puesto que el vínculo terminó el 18 de julio de 2008 y la petición se presentó el 29 de enero de 2009. Luego entonces las prestaciones a las que tiene derecho el demandante comprenden el periodo transcurrido entre el 1 noviembre de 2005 y el

18 de julio de 2008. En este sentido se aclarará la sentencia recurrida⁸¹.

Sobre las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones

A partir de la regla vii) fijada en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 22 de agosto de 2016, es competente la Sala para pronunciarse y adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento del derecho en lo que corresponda a las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, sin que con ello esté incurriendo en una decisión *extra petita*, ni tampoco desconociendo el principio de *non reformatio in pejus*, sino que, una vez demostrada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y las entidades accionadas, es deber del juez pronunciarse sobre dichos aportes por tratarse de un derecho imprescriptible⁸² e

⁸¹ En sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16 del 25 de agosto de 2016 se indicó: “[...] 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”.

El término de interrupción entre uno y otro contrato para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales a las que tiene derecho la demandante, se tomará de acuerdo con lo previsto en el artículo 45 del Decreto 1042 de 1978 al disponer que “Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles”.

⁸² En la sentencia de unificación la Sala aclaró que “la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales[...]Por último, resul oportuno precisar que la imprescriptibilidad de la que se ha hablado no opera frente a 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, por lo tanto, la Administración deberá 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 como empleador”.

indispensable para garantizar la efectividad de los derechos laborales del señor Pablo Emilio Torres Garrido.

Lo anterior significa, en el caso concreto, que el municipio de Santa Bárbara y la ESE Centro de Salud de Santa Bárbara deberán 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 les corresponde, desde el 1 de septiembre de 2003, salvo las interrupciones, esto por cuanto de acuerdo con la regla iv) de la sentencia de unificación las reclamaciones de los aportes son imprescriptibles⁸³.

En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, como solicitó el actor en su escrito de demanda, dirá la Sala que los efectos patrimoniales de la declaratoria de un contrato realidad se contraen al pago de las prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho y, adicional a ello, debe decirse, que la relación -que por virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, es de índole laboral-, con la entidad demandada terminó antes del vencimiento de la orden de prestación de servicios 054 de 2008, la cual finalizó el 18 de julio de 2008⁸⁴, por voluntad del actor, situación que difiere de los motivos que dan lugar a un despido injusto como causal de terminación de un contrato laboral.

Sobre la “*dotación de calzado y vestido de labor*” que solicita el demandante a título de restablecimiento del derecho, no es procedente en la medida en que el artículo

⁸³ 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).

⁸⁴ A folio 154, se observa comunicación del señor Pablo Emilio Torres Garrido en el que manifiesta a la entidad su “decisión de finalizar la relación laboral que mantengo con el Centro de Salud de Santa Bárbara (...)”

1 de la Ley 70 de 1988 reguló el derecho que le asiste a “*los empleados del sector oficial que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente (...) resaltado fuera del texto”, supuestos que no concurren en el caso concreto⁸⁵.*

Por otra parte, no procede el reconocimiento de la sanción por mora que se solicita en la demanda por cuanto la obligación del pago de las cesantías se constituye a partir de esta sentencia y no se dan por tanto los presupuestos de la Ley 244 de 1995 - adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006-.

DECISIÓN

En este orden de ideas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, la Sala:

- CONFIRMARÁ parcialmente la sentencia proferida el 5 de junio de 2012 por el Tribunal Administrativo de Santander, en cuanto (i) declaró la nulidad de los oficios DA-179-03-2010 de 17 de marzo de 2010 y el oficio de 09 de marzo de 2010; (ii) condenó al municipio de Santa Bárbara y a la ESE

⁸⁵ De acuerdo con lo consignado en las órdenes de prestación de servicios y los contratos suscritos por las partes se tiene que en promedio el actor percibía mensualmente la suma de \$2.862.000 y para el 2003, año en que se suscribió el primer contrato, el salario mínimo era de \$332.000.

Centro de Salud de Santa Bárbara a liquidar y cancelar a favor de Pablo Emilio Torres Garrido las sumas que por concepto de prestaciones sociales devengan los empleados públicos vinculados a esas entidades mediante “vinculación legal y reglamentaria”, correspondientes a los períodos efectivamente laborados en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral y tomando como base para la liquidación el valor pactado en los contratos, y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales, para lo cual las entidades harán las correspondientes cotizaciones y de las suma a pagar la entidad deberá realizar los correspondientes descuentos de ley que correspondan al demandante, aclarando que cada una de las entidades deberá responder de manera independiente por el pago de los contratos suscritos, es decir el municipio responde por los contratos que suscribió y de igual forma a la Empresa Social del Estado; (iii) negó las restantes pretensiones de la demanda.

- ACLARARÁ el numeral segundo de la sentencia recurrida en el sentido de señalar que la condena al pago de las prestaciones sociales a las que haya lugar se hace a título de restablecimiento del derecho y no reparación del daño.
- MODIFICARÁ el numeral segundo de la sentencia en el sentido señalar que el reconocimiento y pago de las prestaciones se efectuará por el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2005 y el 18 de julio de 2008, por efectos de la interrupción en la suscripción de los contratos y la prescripción trienal de los derechos.
- ACLARARÁ que municipio de Santa Bárbara y la ESE Centro de Salud de Santa Bárbara deberán 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 les corresponda, desde el 1 de septiembre

de 2003, salvo las interrupciones. Para efectos de lo anterior, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

- REVOCARÁ el numeral tercero y en su lugar declarará que operó la prescripción respecto de las prestaciones causadas con anterioridad al 1 de noviembre de 2005.

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 proferida el 5 de junio de 2012 por el Tribunal Administrativo de Santander, en cuanto (i) declaró la nulidad de los oficios DA-179-03-2010 de 17 de marzo de 2010 y el oficio de 09 de marzo de 2010; (ii) condenó al municipio de Santa Bárbara y a la ESE Centro de Salud de Santa Bárbara a liquidar y cancelar a favor de Pablo Emilio Torres Garrido las sumas que por concepto de prestaciones sociales devengan los empleados públicos vinculados a esas entidades mediante “vinculación legal y reglamentaria”, correspondientes a los períodos efectivamente laborados en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral y tomando como base para la liquidación el valor pactado en los contratos, y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales, para lo cual las entidades harán las correspondientes cotizaciones y de las suma a pagar la entidad deberá realizar los correspondientes descuentos de ley que correspondan al demandante, aclarando que cada una de las entidades deberá responder de

manera independiente por el pago de los contratos suscritos, es decir el municipio responde por los contratos que suscribió y de igual forma a la Empresa Social del Estado; (iii) negó las restantes pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- ACLARAR el numeral segundo de la sentencia recurrida en el sentido de señalar: i) que la condena al pago de las prestaciones sociales a las que haya lugar se hace a título de restablecimiento del derecho y no reparación del daño; ii) que municipio de Santa Bárbara y la ESE Centro de Salud de Santa Bárbara deberán 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 les corresponda, desde el 1 de septiembre de 2003, salvo las interrupciones. Para efectos de lo anterior, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

TERCERO.- MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia en el sentido señalar que el reconocimiento y pago de las prestaciones se efectuará por el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2005 y el 18 de julio de 2008, por efectos de la interrupción en la suscripción de los contratos y la prescripción trienal de los derechos.

CUARTO.- REVOCAR el numeral tercero y en su lugar declarar que operó la prescripción respecto de las prestaciones causadas con anterioridad al 1 de noviembre de 2005.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y

cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER