

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

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil quince (2015).

REF: EXPEDIENTE No. 680012331000200900636 01
NÚMERO INTERNO: 1230-2014
DEMANDANTE: ANTONIO JOSÉ GÓMEZ SERRANO
DEMANDADO: E.S.E. FRANCISCO DE PAULA SANTANDER EN
LIQUIDACIÓN.
(AUTORIDADES NACIONALES)
INSTANCIA: SEGUNDA – C.C.A.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección Segunda de la Corporación de 17 de octubre de 2014, para resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y demandada contra la Sentencia de 14 de noviembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en Descongestión – Sala de Asuntos Laborales, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1.Pretensiones.

Por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Antonio José Gómez Serrano presentó demanda¹ encaminada a obtener la nulidad de los Oficios de 4 y 31 de marzo de 2009 proferidos por la Apoderada General del Liquidador de la E.S.E. Francisco de Paula Santander en Liquidación, que negaron el reconocimiento de las prestaciones sociales e indemnizaciones derivadas de la relación laboral que se configuró entre el accionante y la entidad demandada.

Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de **restablecimiento del derecho**, solicitó declarar que el actor prestó sus servicios en la E.S.E. Francisco de Paula Santander en calidad de empleado público o trabajador oficial; disponer el pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones legales y extralegales (de conformidad con la Convención Colectiva vigente en la entidad), a saber: salario, cesantías, intereses a las cesantías, indemnizaciones moratoria, por perjuicios y por despido sin justa causa, aportes al Sistema General de Seguridad Social, horas extras, reajustes e incrementos salariales, vacaciones compensadas en dinero, días del profesional y de la seguridad social, auxilios de alimentación y transporte, subsidio familiar, dotaciones, primas de vacaciones, técnica, servicios, navidad y antigüedad y pensión de jubilación; reconocer la suma de \$50.000.000 por concepto de perjuicios materiales y morales; reembolsar las garantías, impuestos y retenciones en la fuente sufragadas por el actor;

¹ La demanda, presentada el 23 de julio de 2009, se encuentra visible a folios 38 a 55 del expediente. El demandante la subsanó (folios 59 y 60 ibídem) y la misma fue admitida mediante Auto de 11 de noviembre de 2009 dictado por el Tribunal Administrativo de Santander (folios 66 y 67). Si bien la demanda se interpuso inicialmente en contra de la E.S.E Francisco de Paula Santander en liquidación, el Tribunal de instancia dispuso vincular a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio de la Protección Social, (folios 130 a 132), al Instituto del Seguro Social, y a la Fiduciaria FIDUPOPULAR S.A. FIDUCIAR S.A. (folios 182 a 184), en calidad de sucesores procesales de la E.S.E liquidada.

actualizar el valor de las condenas y pagar los intereses de mora desde el momento en que las prestaciones reclamadas se hicieron exigibles; dar cumplimiento a la Sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.; y, decretar los intereses corrientes y moratorios que se causen con posterioridad a la ejecutoria del fallo.

1.2. Fundamentos fácticos.-

El demandante sostuvo que prestó sus servicios como Médico Especialista Ginecobstetra en la E.S.E. Francisco de Paula Santander desde el 1 de julio de 2003 hasta el 15 de febrero de 2008.

El 16 de febrero de 2009 solicitó el pago de las prestaciones sociales derivadas del vínculo laboral configuró con la aludida entidad hospitalaria; sin embargo, fueron negadas mediante los actos administrativos demandados.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.-

El apoderado del señor Gómez Serrano citó como violadas las disposiciones contenidas en la Constitución Política, artículos 23, 25 y 53; en el Código Sustantivo del Trabajo, artículos 13, 14, 46, 127, 249 y 306; en las Leyes 6 de 1945, 65 de 1946, 52 de 1975, 10 y 50 de 1990, 60 y 100 de 1993, 244 de 1995, 344 de 1996, 446 de 1998, en la Ley 640 de 2001 (artículos 23 a 26) y 790 de 2002. Adicionalmente se refirió a los Decretos 2767 de 1945, 2567 de 1946, 1160 de 1947, 797 de 1949, 3118 de 1968, 116 y 219 de 1976, 1045 de 1978, 72 de 1996, 115 de 1996, 1818 de 1998, 2712 de 1999 y 190 de 2003.

Sustentó el concepto de la violación en los siguientes términos:

La Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-154 de 1997, expresó que la figura del contrato de prestación de servicios quedaba desvirtuada cuando se demostraba que la relación con la administración estuvo mediada por el elemento de subordinación, situación que daba lugar al pago de las prestaciones sociales respectivas, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

A juicio del demandante, la Entidad accionada abusó de la figura del contrato de prestación de servicios con el fin de eludir la carga prestacional que le correspondía atender como consecuencia de las funciones que le fueron asignadas.

Explicó que para efectos de determinar los emolumentos a que tiene derecho se debe aplicar la Convención Colectiva vigente en la entidad para la época en que el prestó sus servicios como médico.

Agregó que tiene derecho al reintegro, pues la Ley 790 de 2002 dispuso que dentro del marco de la renovación de la administración pública no podrían ser retiradas del servicio aquellas personas que les faltaran menos de 3 años para acceder a la pensión de jubilación.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. El Ministerio de la Protección Social, fue vinculado al proceso y actuando por intermedio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones del señor Antonio José Gómez Serrano², argumentando que entre la Cartera que representa y el demandante no existió vínculo de ninguna naturaleza. Adujo que la E.S.E. Francisco de Paula Santander no estaba bajo la subordinación del Ministerio y contaba con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

En ese orden, propuso entre otras³ la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, y precisó que la Entidad demandada se liquidó de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 810 de 2008 y, por lo tanto, culminó su existencia jurídica; igualmente, que el Agente Liquidador tiene competencia para representar judicial y extrajudicialmente a la entidad en liquidación, así como de resolver las reclamaciones laborales, proceso dentro del cual no interviene el Ministerio de la Protección Social.

² Folios 148 a 161.

³ Como excepciones propuso las siguientes: (i) falta de agotamiento de la reclamación administrativa frente al Ministerio de la Protección Social; (ii) falta de legitimación en la causa por pasiva; (iii) indebida integración del contradictorio, pues se debió vincular al Ministerio de Hacienda y Crédito Público en tanto es el encargado de girar los recursos para el pago de las obligaciones que asume la Nación; (iv) inexistencia de la obligación; (v) cobro de lo no debido; (vi) inexistencia de solidaridad entre las entidades demandadas; y, (vii) prescripción. El citado Ministerio también indicó que al demandante no le es dable beneficiarse de las convenciones colectivas.

Aclaró que la E.S.E. Francisco de Paula Santander celebró un contrato de fiducia mercantil con la FIDUPREVISORA S.A., por lo cual, ésta última es la encargada de administrar los activos de la primera y pagar los pasivos pendientes. Sostuvo que dicho contrato fue cedido al Ministerio de la Protección Social, pero sin que ello implicara la asunción de obligaciones causadas con anterioridad a la fecha de la cesión, es decir, que en el presente caso no se verificó una sucesión procesal.

2.2. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que también fue vinculado al proceso, se opuso a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos⁴:

El Decreto 4172 de 2009, *“por el cual se asumen unas obligaciones y se dictan otras disposiciones”*, no atribuyó la calidad de sucesor procesal al Ministerio de Hacienda como consecuencia de la liquidación de la E.S.E. Francisco de Paula Santander, sino que se limitó a disponer que dicho ente debía girar los recursos necesarios para atender la carga prestacional previamente reconocida por el Agente Liquidador. En ese orden, propuso entre otras⁵, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

⁴ Folios 171 a 176.

⁵ Frente a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, la referida Cartera aclaró que el Ministerio no tuvo vínculo contractual ni laboral con el accionante y tampoco se subrogó en las obligaciones del I.S.S. o de la E.S.E. demandada. Indicó, además, que los empleados públicos de la E.S.E. Francisco de Paula Santander no pueden reclamar derechos con fundamento en convenciones colectivas. Propuso además las siguientes excepciones: (i) inexistencia de la obligación por ausencia de causalidad entre los hechos y las pretensiones; (ii) falta de legitimación en la causa por pasiva; (iii) inexistencia de solidaridad entre el Ministerio demandado y la E.S.E. Francisco de Paula Santander; y, (iv) prescripción.

2.3. La Fiduciaria Popular S.A. – FIDUPOPULAR S.A., en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la E.S.E. Francisco de Paula Santander en Liquidación, contestó la demanda en los siguientes términos⁶:

Celebró contrato de fiducia mercantil con la E.S.E. accionada en virtud del cual debe administrar el patrimonio de la entidad liquidada, efectuar pagos con cargo a dichos recursos y administrar los procesos judiciales, contratos y reservas cedidos por la liquidación de dicha empresa.

Explicó que no le constaban los hechos narrados por el actor, puesto que no cuenta con las historias laborales o archivos del personal de planta y contratistas adscritos a la E.S.E. Francisco de Paula Santander.

Indicó que el interesado no allegó las pruebas tendientes a demostrar que es beneficiario de la Convención Colectiva invocada. Además, de conformidad con la Ley 80 de 1993, los contratos de prestación de servicios no generan vínculo laboral ni derecho al pago de prestaciones sociales.

El apoderado de la fiduciaria manifestó que el actor desarrolló sus actividades como médico ginecobotetra en forma independiente, sin subordinación y sin que el ordenador del gasto pudiera direccionarlas de algún modo, pues requerían de conocimientos especializados.

⁶ Folios 198 a 206.

Aclaró que algunos de los lapsos reclamados fueron laborados con el I.S.S. y, por lo tanto, la E.S.E. demandada no estaba obligada a responder por los mismos.

Como excepciones propuso las siguientes: (i) caducidad; (ii) prescripción; (iii) cobro de lo no debido; (iv) carencia del derecho reclamado; (v) pago y, (vi) cumplimiento exclusivo de lo dispuesto en el contrato de fiducia mercantil.

2.4. El Instituto de Seguros Sociales - I.S.S.,
actuando por intermedio de apoderada judicial,
presentó escrito de contestación de la demanda y
expuso lo siguiente⁷.

Las pretensiones del demandante carecen de sustento fáctico y jurídico; a su vez, están dirigidas exclusivamente a la E.S.E. Francisco de Paula Santander, Entidad que es autónoma e independiente frente al I.S.S.

Muestra de ello es que la solicitud de conciliación prejudicial únicamente se dirigió a la E.S.E. accionada.

Expresó que, a partir del 25 de junio de 2003, el Decreto 1750 de 2003 escindió el I.S.S. y creó algunas empresas sociales del estado, entre las que se encuentra la E.S.E. demandada, la cual cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, es decir, que es la entidad llamada a responder por las resultas del proceso, teniendo en cuenta que el actor reclama las acreencias laborales causadas entre el 1 de julio de 2003 y el 15 de febrero de 2008, esto es, cuando ya se había surtido la escisión.

⁷ Folios 229 a 231.

Precisó que anteriormente los servidores del I.S.S. tenían la condición de trabajadores oficiales y, por lo tanto, en lo que respecta a dicho instituto, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo carece de competencia para dirimir el presente asunto.

Como excepciones propuso las siguientes: (i) falta de legitimación en la causa por pasiva; (ii) inexistencia de la obligación; (iii) caducidad de la acción; (iv) cobro de lo no debido; y, (v) buena fe.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Santander en Descongestión – Sala de Asuntos Laborales, mediante Sentencia de 14 de noviembre de 2013, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, y resolvió: **(i)** ordenar el pago de las prestaciones sociales ordinarias que percibieron los empleados de planta de la E.S.E. Francisco de Paula Santander, por el período comprendido entre el 1 de julio de 2003 y el 15 de febrero de 2008, tomando como base el valor de los honorarios contractuales pactados; **(ii)** computar el tiempo laborado para efectos pensionales y reconocer los porcentajes de cotización correspondientes a salud y pensión; y, **(iii)** reembolsar las sumas que el actor pagó por concepto de retención en la fuente⁸.

A su vez, el *A quo* declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de los Ministerios de la Protección Social y Hacienda y Crédito Público y del Instituto de Seguros Sociales, toda vez que esas entidades no intervinieron en la vinculación del accionante ni en la expedición de los actos demandados.

⁸ Folios 4010 a 418 del expediente.

El Tribunal explicó que de conformidad con la Ley 80 de 1993, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, los contratos de prestación de servicios no se pueden utilizar para suplir necesidades permanentes de la administración. Además, cuando el interesado logra demostrar que la ejecución del contrato estuvo mediada por el elemento de subordinación o dependencia, se configura la existencia de una relación laboral y, por lo tanto, el contratista tiene derecho al pago de las prestaciones sociales, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

El *A-quo* encontró acreditado que el demandante celebró con la E.S.E. Francisco de Paula Santander varios contratos de prestación de servicios, con el objeto de desempeñarse como Médico Ginecobstetra, por el período comprendido entre el 1 de julio de 2003 y el 15 de febrero de 2008; y que ejerció sus funciones de manera permanente, subordinada y en igualdad de condiciones a las de un servidor de planta, razón por la que se debían reconocer las prestaciones sociales derivadas de esta vinculación, pero únicamente las que tienen carácter legal, ya que no acreditó ser beneficiario de la convención colectiva invocada.

Finalmente, el Tribunal de Instancia negó el pago de los aportes a riesgos profesionales y el subsidio familiar, ya que no se cumplieron los presupuestos para dichos reconocimientos, e indicó que sobre las sumas adeudadas no operó el fenómeno prescriptivo, pues la Sentencia es constitutiva del derecho.

4. RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Recurso presentado por la apoderada de la Fiduciaria Popular S.A. – FIDUPOPULAR S.A⁹.

Reiteró que en este caso operó el fenómeno de la caducidad de la acción y que no se demostraron los elementos de una relación laboral en el presente caso, especialmente el relacionado con la subordinación alegada por el interesado.

Explicó que los contratos de prestación de servicios celebrados por las partes se ajustaron a los lineamientos de la Ley 80 de 1993, pues no existía personal de planta suficiente para cumplir con la labor encomendada al contratista, la cual requería de conocimientos especializados.

Agregó que los testimonios obrantes en el plenario estaban viciados porque los declarantes tenían intereses en la causa por haber sido también contratistas.

Finalmente solicitó declarar la prescripción de las sumas reclamadas y revocar cada una de las condenas impuestas por el *A quo*.

4.2. Recurso presentado por la apoderada del demandante¹⁰:

⁹ Folios 420 a 430. En calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la E.S.E. Francisco de Paula Santander en Liquidación, con fundamento en los siguientes argumentos

¹⁰ Folios 431 a 437.

En su escrito, solicitó revocar parcialmente la sentencia de primera instancia en cuanto negó el reconocimiento de las prestaciones convencionales deprecadas.

Sostuvo que el mencionado instrumento de negociación colectiva se encontraba vigente para el momento en que el actor prestó sus servicios en la E.S.E. Francisco de Paula Santander, razón por la que se debía ordenar el pago de los aumentos salariales, indemnización por despido sin justa causa y demás derechos establecidos en dicha convención, en consonancia con los principios de favorabilidad y progresividad que orientan las relaciones laborales.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

1. Problema Jurídico.-

El problema jurídico se contrae a determinar si entre el señor Antonio José Gómez Serrano y la E.S.E. Francisco de Paula Santander, se configuró un vínculo laboral, que desnaturalizó los contratos de prestación de servicios suscritos por ambas partes y, por lo tanto, hay lugar al reconocimiento de las prestaciones sociales reclamadas.

2. Cuestión previa.-

Al sustentar el recurso de apelación la parte demandada insistió en la excepción de caducidad de la acción, por lo cual se hará un pronunciamiento al respecto.

2.1. Caducidad de la acción.-

Uno de los presupuestos procesales de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el referente a la inexistencia de la caducidad, la cual se presenta cuando la demanda no se interpone dentro del término fijado por el legislador.

Los principios de legalidad y acceso a la administración de justicia están garantizados con el establecimiento de diversos procesos y jurisdicciones, que conllevan el deber de un ejercicio oportuno, razón por la cual, se han fijado legalmente términos de caducidad para racionalizar el ejercicio del derecho de acción, so pena de que las situaciones adquieran firmeza y no puedan ser discutidas en vía judicial¹¹.

En este contexto, el numeral 2 del artículo 136 del C.C.A., dispone:

“Artículo 136. Caducidad de las acciones:

(...)

2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconocen prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas de buena fe.

(...).”

¹¹ Sentencia C-832 de 8 de agosto de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

En el presente caso se solicita la nulidad de los Oficios de 4 y 31 de marzo de 2009 proferidos por la Apoderada General del Liquidador de la E.S.E. Francisco de Paula Santander en Liquidación, que negaron el reconocimiento de las prestaciones sociales e indemnizaciones derivadas del contrato realidad que se configuró entre el accionante y la entidad demandada.

En el expediente no obra constancia de la notificación de las decisiones enjuiciadas; sin embargo, se observa que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se radicó el 23 de julio de 2009¹², es decir dentro de los 4 meses siguientes a la expedición de los mencionados actos y, por lo tanto, la excepción de caducidad de la acción no está llamada a prosperar.

Así las cosas, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, para lo cual se referirá, en primer término, al marco normativo y jurisprudencial del contrato realidad, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato de prestación de servicios, los elementos que configuran una relación laboral y la clase de condenas a imponer cuando se encuentran acreditados tales supuestos. Posteriormente, la Sala se ocupará de lo probado en el proceso y, finalmente, estudiará el caso concreto.

3. Contrato realidad y desarrollo jurisprudencial.-

¹² Folio 57.

El tema del contrato realidad ha generado importantes debates judiciales. Uno de ellos se dio con ocasión del examen de exequibilidad que realizó la Corte Constitucional al numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público. Después de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de establecer las diferencias con el contrato de trabajo, la Corte estableció que el ejercicio de tal potestad es ajustado a la Carta Política, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada¹³.

De otro lado, esta Corporación, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres **elementos propios de una relación de trabajo**, como son **i)** la prestación personal del servicio, **ii)** la remuneración y en especial, **iii)** la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador; para que pueda reconocerse el vínculo laboral entre las partes, desvirtuando así la existencia de un contrato realidad¹⁴.

Así las cosas, se concluye que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos referidos, pero especialmente, que el contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-154-97 M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁴ Así se ha pronunciado la Sala en múltiples fallos, recientemente en Sentencias de 29 de enero de 2015, proferida dentro del proceso N° 4149-2013, demandante: Olga Liliana Gutiérrez Galvis Consejera Ponente: Sandra Ibarra Vélez; 1 de 9 de febrero de 2015, dictada dentro del proceso N° 901 de 2014, demandante Mario Galán Valenzuela, Consejera Ponente: Sandra Ibarra Vélez; providencias que han reiterado lo que en ese sentido se ha considerado desde mucho antes, en fallos como el del 23 de junio de 2005, proferido dentro del Expediente No. 0245, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Por el contrario, existirá una **relación contractual** regida por la Ley 80 de 1993, cuando: **a)** se pacte la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública; **b)** el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; **c)** se le paguen honorarios por los servicios prestados; y, **d)** la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena indicar que debe ser entendida a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los demás servidores públicos.

3.1. Naturaleza de la Sentencia y condena en contratos realidad.-

Esta Corporación ha indicado que cuando se logra desvirtuar la naturaleza contractual de la vinculación, se deben reconocer las prestaciones sociales por el período realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta dicho restablecimiento, en aplicación de los principios de igualdad e irrenunciabilidad de derechos en materia laboral¹⁵.

¹⁵ La Sala así lo ha considerado en fallos como el proferido el 27 de noviembre de 2014, dentro del proceso N° 3222 de 2013, demandante: David Alejandro Jaramillo Arbeláez, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. En ésta materia se destaca también el pronunciamiento de la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación de 17 de abril de 2008. Radicado No. 2776-05. C.P. Dr. Jaime Moreno García; Sentencia de 17 de abril de 2008. Radicado No. 1694-07. C. P. Dr. Gustavo

De otra parte, en aquellos casos en que se accede a las pretensiones de la demanda, esta Sección ha concluido la no prescripción de las prestaciones causadas con ocasión del contrato realidad, en tanto la exigibilidad de los derechos prestacionales en discusión, es imposible con anterioridad a la Sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo¹⁶, de manera pues, que es a partir de tal decisión que nace a la

Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia de 31 de julio de 2008. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia de 14 de agosto de 2008. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁶ Es necesario tener en cuenta que las sentencias estimatorias de las súplicas de la demanda pueden ser declarativas, constitutivas o de condena. **La declarativa** es la que confirma la existencia de un derecho o de una situación o estado jurídico existente, implica el reconocimiento de una situación jurídica preexistente. **La constitutiva** es la que modifica o extingue una situación jurídica existente creando una nueva que no existía. **La de condena** es la que impone el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer. Es declarativa porque, declara el derecho preexistente, ordenando además, el efectivo cumplimiento de la prestación. En similares términos, la Corte Suprema de justicia indicó:“(...)En sentido análogo, las providencias judiciales, según una difundida clasificación “(...) se dividen en condenatorias, declarativas o reconocitivas; y constitutivas o modificativas; según sea la naturaleza de las acciones incoadas, esto es, de acuerdo con el contenido de cada una de las súplicas de la demanda. Las sentencias de condena se encaminan a la declaración judicial de un derecho y a la condena del demandado a la satisfacción de la prestación debida, como consecuencia de la existencia del derecho que se reconoce o declara. (...) La sentencia declarativa o reconocitiva, cuyo ámbito de aplicación es bastante reducido, se dirige únicamente al reconocimiento judicial de la existencia o inexistencia de una relación jurídica, o a la constatación de un hecho jurídicamente importante. Esta sentencia, pues, sólo constata, reconoce o declara lo que es derecho, pero no dispone que las cosas se coloquen en el mundo exterior, como sea derecho. (...) Lo común en esas dos clases de sentencias consiste en que ambas reflejan la situación jurídica tal como ella es. En cambio, las sentencias constitutivas o modificativas, no solamente declaran lo que es, sino que constituyen algo nuevo, porque introducen una estructura nueva en la situación jurídica presente. Estas sentencias no son susceptibles de condena, porque no la necesitan, ya que lo que se persigue queda concedido en la sentencia misma. (...)” (sent. cas. civ. de 2 de abril de 1936).(...)”.Sala de Casación Civil, M.P. Dr. William Namén Vargas, Sentencia de 29 de febrero de 2012, Referencia: 73001-3103-001-2000-00103-01.

Así las cosas, la sentencia constitutiva reconoce un derecho o situación jurídica que no estaba contenida en un título anterior a la presentación de la demanda, es decir que mientras la sentencia declarativa se contrae a declarar la existencia de un derecho, aquella produce el efecto de crear, modificar o extinguir una situación jurídica.

vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo.¹⁷

Sin embargo, no puede perderse de vista que las sentencias constitutivas se profieren dentro del marco de un proceso suscitado entre personas determinadas, con pretensiones particulares, por lo cual, tienen efectos *inter partes*. En consecuencia, no se puede invocar la aplicación de dicha figura con el fin de suplir una eventual omisión en el ejercicio de acción en un caso específico.

Adicionalmente, considera la Sala necesario preciar que el carácter constitutivo del fallo que declara la existencia de una relación laboral, no exime al interesado de reclamar oportunamente ante la administración las prestaciones sociales derivadas del vínculo de trabajo que estima existió.

En efecto, si bien es cierto la Sentencia proferida en materia de contrato realidad es constitutiva del derecho reclamado, también lo es que los ciudadanos tienen la carga de hacer la petición prestacional dentro del término de prescripción so pena de incurrir en una omisión y, en consecuencia, perder la oportunidad de obtener un pronunciamiento favorable a sus pretensiones en sede contenciosa¹⁸.

Sobre el particular, esta Corporación ha aclarado que en materia de contrato realidad los interesados tienen la obligación de hacer el reclamo ante la

¹⁷ Sentencia de 6 de marzo de 2008. Radicado No. 2152-06. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia de 9 de abril de 2014, Radicación No. 2011-00142-01 (0131-13).

administración dentro de un plazo razonable¹⁹, es decir, que si bien es cierto bajo dicha figura se reconocen los derechos y prestaciones teniendo en cuenta que su prescripción se cuenta a partir de la decisión judicial, también lo es que el interesado debe atender la normativa procedimental y, por lo tanto, acatar los términos de caducidad y prescripción una vez finalizado el vínculo contractual.-

4. De lo probado en el proceso.

4.1. Prueba documental.

- El señor Antonio José Gómez Serrano prestó sus servicios como médico ginecobotetra en la extinta E.S.E. Francisco de Paula Santander, desde el 1 de noviembre de 2003 hasta el 15 de febrero de 2008, tal como lo acreditan los contratos de prestación de servicios que se relacionan a continuación, los cuales fueron allegados al plenario²⁰:

Contrato	Fecha Inicio	Fecha Terminación	Plazo	Valor
V.A. 017061 ²¹	1-Jul-03	30-Nov-03	Cinco meses	10.827.900

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Expediente N° 11001-03-15-000-2014-01819-00. Ver también el fallo de 11 de noviembre de 2014, proferido por la Sala dentro del proceso N° 3222 de 2013, demandante: David Jaramillo Arbeláez, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

²⁰ Los contratos de prestación de servicios fueron allegados al expediente en un CD visible a folio 331 del expediente. Adicionalmente a folios 36 y 37, se encuentra la constancia de 23 de febrero de 2009, expedida por la Coordinadora de Talento Humano de la E.S.E. Francisco de Paula Santander en Liquidación, en la que certificó que el demandante, en su calidad de Médico Especialista Ginecobotetra, suscribió varios contratos de prestación de servicios con la Entidad y los relacionó.

²¹ Consta en el expediente (CD anexo) que este primer contrato fue suscrito inicialmente por el Instituto de los seguros Sociales y el demandante, sin embargo, el mismo día fue cedido por la mencionada entidad a la E.S.E Francisco de Paula Santander, en virtud de la escisión del Instituto (folio 10 del documento aportado en el CD)

AA ²² V.A. 017061	1-Dic-03	31-Dic-03	Un mes	2.165.580
AA ²³ V.A. 017061	1-Ene-04	15-Feb-04	Un mes y quince días	3.248.370
ESE-FPS No. 0560	16-Feb-04	30-Mar-04	Un mes y quince días	3.248.370
ESE-FPS No. 1408	1-Abr-04	30-Abr-04	Un mes	1.443.720
ESE-FPS No. 1971	1-May-04	31-May-04	Un mes	1.443.720
ESE-FPS No. 2611	1-Jun-04	31-Ago-04	Tres meses	4.331.160
ESE-FPS No. 5196	1-Sep-04	30-Sep-04	Un mes	1.443.720
ESE-FPS No. 5290	1-Oct-04	31-Oct-04	Un mes	1.443.720
ESE-FPS No. 5415	1-Nov-04	30-Nov-04	Un mes	1.443.720
AA ²⁴ ESE-FPS No. 5415	1-Dic-04	15-Dic-04	Quince días	721.860
ESE-FPS No. 5443	23-Dic-04	25-Ene-05	Un mes y tres días	1.588.092
ESE-FPS No. 0006	26-Ene-05	31-Mar-05	Dos meses y seis días	3.176.184
ESE-FPS No.0273	1-Abr-05	31-Ago-05	Cinco meses	7.218.600
ESE-FPS No. 0570	1-Sep-05	30-Sep-05	Un mes	1.443.720
ESE-FPS No. 0653	1-Oct-05	31-Oct-05	Un mes	1.443.720
AA ²⁵ ESE-FPS No. 0653	1-Nov-05	30-Nov-05	Veintitrés días	1.106.852
ESE-FPS No. 0838	28-Dic-05	20-Ene-06	Veinticuatro días	1.311.039
ESE-FPS No. 0017	21-Ene-06	28-Feb-06	Un mes y once días	2.275.000
ESE-FPS No. 0198	1-Mar-06	31-Mar-06	Un mes	1.750.000
ESE-FPS No. 0378	1-Abr-06	30-Abr-06	Un mes	1.750.000
ESE-FPS No. 0584	1-May-06	30-Sep-06	Cinco meses	8.750.000

²² Acta de Adición y prórroga.

²³ Acta de Adición y prórroga.

²⁴ Acta de Adición y Prórroga.

²⁵ Acta de Adición y Prórroga.

ESE-FPS No. 0825	1-Oct-06	31-Dic-06	Tres meses	5.250.000
ESE-FPS No. 0007	2-Ene-07	31-Mar-07	Ochenta y nueve días	5.486.250
ESE-FPS No. 0188	1-Abr-07	30-Jun-07	Tres meses	5.486.250
ESE-FPS No. 0377	1-Jul-07	30-Sep-07	Tres meses	5.486.250
ESE-FPS No. 0538	1-Oct-07	3-Dic-07	Dos meses tres días	4.200.000
ESE-FPS No. 0739	13-Dic-07	15-Ene-08	Treinta y tres días	3.300.000
ESE-FPS No. 0065	16-Ene-08	15-Feb-08	Treinta y un días	3.000.000

- Los anteriores contratos tuvieron similar **objeto**, pues se suscribieron para²⁶:

- Atender consulta de urgencias y los procedimientos derivados de la misma.
- Atender en observación
- Atender consulta programada
- Atender al paciente hospitalizado.
- Atender interconsultas.
- Participar en los comités que la gerencia le solicite
- Participar en estudios de caso
- Participar en juntas médico quirúrgicas
- Participar en equipos interdisciplinarios a solicitud
- Ejercer su profesión dentro del estado de la Técnica Universalmente reconocida con Moral y Ética.
- Cumplir con las exigencias legales y éticas para el adecuado manejo de la historia clínica de los pacientes.

²⁶ El objeto de cada contrato puede leerse dentro del clausulado de los mismos. Los contratos fueron allegados al expediente en C.D. visible a folio 331.

- Emitir conceptos técnicos sobre suministros, materiales y equipos cuando se le solicite por escrito la Gerencia de la Clínica.
- Llevar los registros de atención diaria de procedimientos, actividades e intervenciones así como mantener actualizados los informes estadísticos definidos por la normatividad vigente y todos aquellos registros necesarios para el cumplimiento de los procesos de facturación y control del costo.
- Participar en las programaciones de disponibilidad que pudiere organizar la Entidad.
- Emitir conceptos técnicos sobre suministros, materiales y equipos cuando se los solicite la empresa.
- Participar en los eventos que tengan que ver con epidemiología de la región y de la empresa
- Responsabilizarse del inventario que le asigne la empresa para el desarrollo de sus actividades.
- Prescribir únicamente con nombres genéricos los medicamentos que se encuentran incluidos en el manual de medicamentos y terapéutica definido por el consejo nacional de seguridad social en salud
- Prescribir únicamente con nombres genéricos las prótesis , exámenes , procedimientos que autoriza la vicepresidencia,
- Realizar ayudantías quirúrgicas.
- Realizar procedimientos diagnósticos y quirúrgicos dentro de quirófanos
- Colaborar y propender por el cuidado de las propiedades de la Entidad, incluida la propiedad intelectual.
- Colaborar con n los entes de investigación y control den la Entidad o del Estado cuando así lo requiera.
- Llevar los registros de atención diaria de procedimientos, actividades e intervenciones, así como mantener actualizados los informes estadísticos definidos por la normatividad vigente y todos aquellos registros necesarios para el cumplimiento de los procesos de facturación y control del costo.

- Cumplir con sus obligaciones dentro de la programación que al efecto le señala la Entidad.

Adicionalmente, en tales contratos se incluyó la cláusula titulada “*valor total y forma de pago*”, en la que se pactó que el valor se cancelaría una vez el contratista presentara los siguientes documentos: *i)* constancia de cumplimiento de los servicios prestados a entera satisfacción, suscrita por el supervisor, y *ii)* la autoliquidación del pago al régimen de salud y pensión.

Por su parte, en la cláusula de *obligaciones del contratista*, quedó consignado, entre otras cosas, que éste debía cumplir en general, con los objetivos, actos, obligaciones, orientaciones y prioridades que “*vayan estableciéndose durante la ejecución del contrato*”, dar estricto cumplimiento a sus obligaciones para el sistema de seguridad social en salud, y desarrollar el contrato con total autonomía, sin que exista subordinación ni dependencia con la E.S.E.

- El 16 de febrero de 2009 el demandante solicitó a la E.S.E. Francisco de Paula Santander el reconocimiento de las prestaciones sociales y convencionales derivadas de la prestación de sus servicios como Médico Ginecobstetra en esa institución, y reembolsar las garantías, impuestos y retenciones en la fuente sufragadas por el interesado²⁷.
- Mediante Oficio de 4 de marzo de 2009 la Apoderada General del Liquidador de la E.S.E. Francisco de Paula Santander en Liquidación negó el reconocimiento de las prestaciones sociales e indemnizaciones reclamadas por el accionante²⁸.

²⁷ Folios 3 a 7.

²⁸ Folios 10 al 16.

- El 27 de marzo de 2009 el apoderado del actor solicitó la expedición de algunos documentos relacionados con la vinculación a la E.S.E. demandada; sin embargo, mediante oficio de 31 de marzo de 2009 la Apoderada General del Liquidador de la E.S.E. Francisco de Paula Santander negó el trámite a dicha solicitud porque no se anexó copia del mandato para presentarla²⁹.
- El 31 de octubre de 2001 el Instituto de Seguros Sociales suscribió con el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social Convención Colectiva de Trabajo, que se depositó en la misma fecha, cuya vigencia corresponde al período comprendido entre el 1 de noviembre de 2001 y el 31 de octubre de 2004³⁰.

4.2. Prueba testimonial.-

- La señora Ana Sofía Morales, en la declaración que rindió el 29 de septiembre de 2011 ante el Magistrado sustanciador de éste proceso en primera instancia, afirmó que fue compañera de trabajo del demandante. A continuación se transcribe lo pertinente de su testimonio³¹:

“(...) PREGUNTADO: Indíquenos si lo recuerda qué actividad desempeñaba el Dr. Antonio José Gómez Serrano en la institución que usted ha mencionado. CONTESTÓ: El Dr. Laboraba como médico Ginecobotetra realizando turnos diurnos, nocturnos, consulta externa, cirugía programada y evolución de pacientes hospitalizados. PREGUNTADO: Recuerda usted cuál era el horario de trabajo que tenía el Dr. Antonio José Gómez Serrano y quién lo asignaba. CONTESTÓ: el horario era con base en una agenda médica que

²⁹ Folio 19.

³⁰ Folio 273 a 306.

³¹ Folios 314 a 316.

diseñaban o elaboraban la coordinadora del servicio –había turnos de 12 horas diurnas otros nocturnos y creo que como 5 o seis de consulta y cirugía creo que eran como 6 horas, se cumplían 48 horas semanales. (...) PREGUNTADO: (...) sírvase indicarnos si existía diferencia en la forma como el Dr. Gómez Serrano prestaba sus servicios profesionales en la institución con respecto a la forma como se desempeñaba un médico de planta con su misma especialidad. CONTESTÓ: los médicos de planta tenían un menor horario, no recuerdo si eran 40 o 44 horas semanales y tenían el beneficio de los compensatorios si tenían un festivo o un dominical o sábado por la noche tenían derecho a 12 horas libres –los médicos de contrato laboraban 48 horas y no tenían el beneficio del compensatorio- el trabajo dentro del turno era el mismo que se realizaba ya fuera médico de planta o con contrato y el Dr. Antonio ejercía las funciones igual que los médicos de planta. (...) PREGUNTADO: manifiéstele al despacho si durante el tiempo que el Dr. Antonio Serrano prestó sus servicios para la ESE Francisco José de Paula Santander podía disponer de manera autónoma de su tiempo y en caso de que lo considerara necesario podía faltar al lugar de trabajo sin autorización alguna. CONTESTÓ: no se podía ausentar, era una agenda que debía cumplirse, la opción era que si se le dificultaba en algún momento asistir a un turno a una de las actividades programadas se tenía la opción de cambiar con los colegas creo que eran hasta tres turnos por mes, y debía ser avalado por la coordinación médica. (...).”

- El señor Saúl Sánchez Mesa, en declaración rendida el 29 de septiembre de 2001, también afirmó que fue compañero de trabajo del demandante, y se refirió a los hechos así ³²:

“(...) PREGUNTADO: Recuerda usted cuál era el cargo que tenía el Dr. Antonio José Gómez Serrano. CONTESTÓ: Médico especialista en ginecología y obstetricia y laboraba en el área de urgencias, consulta interna, cirugía programada y hospitalización, hacía por turnos y en grupo de trabajo. (...) PREGUNTADO: (...) sírvase indicarnos si existía diferencia en la forma como el Dr. Gómez Serrano prestaba sus servicios profesionales en la institución con respecto a la forma como se desempeñaba un médico de planta con su misma especialidad. RESPONDIÓ: La única diferencia que existía es la cantidad de horas trabajadas en la semana, en los pagos de recargos nocturnos, horas extras y compensatorios y los dominicales también y que no había vacaciones. (...) PREGUNTADO: Sírvase precisar si durante el tiempo

³² Folios 317 a 319.

que el señor Antonio José Gómez prestó servicios a la E.S.E. Francisco de Paula Santander estaba sometido a órdenes por parte de algún funcionario de la entidad, en caso afirmativo indíquenos quién era este funcionario y qué tipo de órdenes recibía. CONTESTÓ: Como lo dije anteriormente estaba subordinado a la coordinación de Ginecología y Obstetricia al jefe médico y director científico de la clínica y al Gerente de la clínica quienes elaboraban el horario de trabajo y la asignación de funciones a los especialistas según las necesidades del servicio. (...).”

- El señor Javier Enrique Gómez, en audiencia de recepción de testimonio llevada a cabo el 3 de octubre de 2011, manifestó haber sido compañero de labores del señor Antonio José Gómez Serrano, y declaró lo siguiente:³³

“(...) PREGUNTADO: Recuerda usted qué labor desempeñaba el Dr. Antonio José Gómez Serrano en la Clínica comuneros del ISS. CONTESTÓ: Trabajaba en el servicio de ginecobstetricia mediante agenda de turnos en la sala de partos, consulta programada, cirugía programada y evolución de pacientes, en el servicio de urgencias se atendía la consulta de urgencias y los diferentes procedimientos de la sala de partos. PREGUNTADO: manifiéstele al despacho quién asignaba las agendas de turnos y todas las actividades que usted mencionó en respuesta anterior realizaba el Dr. Antonio José Gómez Serrano. CONTESTÓ: La agenda de turnos la realizaba el coordinador de ginecobstetricia y aprobada por dirección médica y gerencia de la clínica, la agenda programada se realizaba con dos Ginecobstetras más, los cuales eran de planta y un médico general también de planta, se realizaban las mismas labores asignadas. (...) en el año 2003, aproximadamente junio, el ISS clínica Los Comuneros cambió de razón social a ESE Francisco de Paula Santander, las agendas y las funciones siguieron siendo las mismas (...).”

Con fundamento en el acervo probatorio previamente relacionado, procede la Sala a resolver el problema jurídico principal planteado en este caso concreto.

5. Del caso concreto.-

³³ Folios 320 a 322.

Analizadas las pruebas recaudadas a la luz de la doctrina del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en materia laboral, la Sala comparte la conclusión a la que arribó el *A quo*, en el sentido de que en el *Sub lite* se configuraron los elementos de una relación de trabajo entre el accionante y la administración, pese a que su vinculación se efectuó bajo la figura del contrato de prestación de servicios.

En efecto, al estudiar en conjunto los documentos y los testimonios obrantes en el plenario, se observa que el demandante prestó **personalmente** y de manera continua durante 5 años sus servicios en la E.S.E. Francisco de Paula Santander como Médico Especialista en Ginecobstetricia; que la Entidad le pagó honorarios como **remuneración** a la labor contratada, la cual fue desarrollada con **subordinación**.

Esto último, por cuanto del contenido de los contratos suscritos por las partes³⁴, se infiere que la actividad del contratista estaba sujeta a supervisión, que éste debía cumplir con la programación establecida para la atención en

³⁴ Tal como se consignó en el acápite de hechos privados, en la cláusula del objeto contractual de cada uno de los contratos, se estableció que el actor debía cumplir, entre otras, las siguientes actividades; (i) atender consulta de urgencias y los procedimientos derivados de la misma y la atención en observación; (ii) atender consulta programada; (iii) atender al paciente hospitalizado; (iv) llevar los registros de atención diaria de procedimientos, actividades e intervenciones, así como mantener actualizados los informes estadísticos definidos por la normativa vigente y todos aquellos registros necesarios para el cumplimiento de los procesos de facturación y control del costo; (v) participar en los comités que la gerencia que la clínica solicite; (vi) participar en estudios de caso; (vii) participar en junta médico quirúrgicas; (viii) realizar procedimientos quirúrgicos dentro de quirófanos.

De otro lado, en la cláusula de forma de pago, las partes estipularon que el mismo debía efectuarse previo informe del supervisor que acreditara el cumplimiento de la labor contratada; y en la de obligaciones del contratista, se pactó que éste debía estar sujeto a las directrices y orientaciones que la Empresa fuera dando en el transcurso de la ejecución del contrato.

urgencias, en observación, en consultas y cirugías programadas; lo cual implica de suyo, como bien lo refirieron los testimonios recaudados, la sujeción a **i)** un horario de trabajo, en los turnos previamente agendados por el coordinador de ginecología y obstetricia y, **ii)** a las directrices y orientaciones de la Empresa Social del Estado demandada. En ese orden de ideas, la actividad del contratista no era de aquellas que se ejercen de manera autónoma e independiente, pues requería la necesaria subordinación a las pautas y horarios fijados por el personal encargado de la Entidad.

La anterior afirmación queda corroborada con las declaraciones que rindieron los testigos en este proceso³⁵ las cuales dan cuenta que el señor Antonio José Gómez Serrano ejerció sus labores en las mismas condiciones funcionales de los médicos de planta quienes, incluso, tenían un horario más corto de trabajo, y más beneficios como los compensatorios, las vacaciones y los pagos por recargos nocturnos y horas extras. Los testigos coinciden en afirmar que la actividad contractual no era ejercida de manera autónoma, pues el señor Gómez Serrano **i)** no podía ausentarse del lugar de trabajo a menos que cambiara el turno con alguno de sus colegas, previo aval de la coordinación médica; y **ii)** estaba subordinado a la Coordinación de Ginecología y Obstetricia, y al jefe médico y director científico de la clínica, quienes elaboraban el horario de trabajo y la asignación de funciones a los especialistas según las necesidades del servicio.

En este punto, se debe precisar que si bien los declarantes afirmaron que también fueron vinculados a la E.S.E. demandada mediante contratos de prestación de servicios, esa sola circunstancia no les resta credibilidad, es más, merecen ser considerados porque fueron testigos directos de los

³⁵ Las declaraciones quedaron relacionadas en el acápite de hechos probados.

hechos objeto de estudio y se refirieron en forma detallada a la labor desempeñada por el actor.

Con todo no existen elementos de juicio que impidan reconocerles valor probatorio y tampoco se demostró falsedad alguna en su dicho.

Los elementos de convicción recaudados en el proceso permiten a la Sala afirmar que las funciones desempeñadas por el accionante no fueron de carácter transitorio o esporádico, característica propia del contrato de prestación de servicios. *A contrario sensu*, los mismos revelan que se trató de una relación prolongada en el tiempo como lo demuestran los contratos sucesivos que durante 5 años fueron celebrados entre el demandante y la E.SE. Francisco de Paula Santander, con el fin de emplearlo de modo permanente.

De otro lado, se debe aclarar que a pesar de que en las órdenes prestación de servicios se estableció que el contratista cumpliría con el objeto contractual en forma independiente, sin subordinación y que no se configuraría relación laboral entre éste y la administración; las pruebas previamente analizadas desvirtúan el anterior acuerdo pues, se reitera, sustancial y materialmente se configuró una verdadera relación laboral entre las partes.

En tales condiciones, es decir, desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en el desarrollo de la actividad contractual, como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios concluye la Sala que en este caso se demostró la configuración del contrato realidad, en tanto el accionante prestó el servicio público de salud en la

E.S.E. Francisco de Paula Santander de manera subordinada y en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de planta.

En relación con las prestaciones convencionales reclamadas por la parte actora, se precisa resaltar que la Convención Colectiva celebrada entre el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social 2001-2004, beneficia a “(...) los **trabajadores oficiales** vinculados a la planta de personal del Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con lo establecido en las normas legales vigentes y los que por futuras modificaciones de estas normas asuman tal categoría (...)”.

De acuerdo con el artículo 416 del C.S.T., los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar Pliegos de Peticiones ni celebrar Convenciones Colectivas. Igualmente, esta Corporación ha manifestado que los empleados públicos no pueden ser favorecidos por los beneficios pactados en las Convenciones Colectivas, bajo la premisa de que ello supone la existencia de un “**Contrato de Trabajo**”, circunstancia que se encuentra regulada por un régimen legal distinto al aplicable a los empleados públicos, y cualquier manifestación que haga extensivos tales acuerdos a los empleados que ostenten aquella calidad, se tendrán como cláusulas ineficaces.

El actor pretende que se le reconozcan los derechos prestacionales como consecuencia de la existencia del contrato realidad en la prestación del servicio a la E.S.E. Francisco de Paula Santander; Sin embargo, como en anteriores oportunidades lo ha precisado esta Corporación³⁶, bajo la figura

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez (E), Sentencia de 2 de mayo de 2013, Expediente No. 050012331000200700123 02 (2467-2012), Actor: Elkin de Jesús Agudelo Ortega.

del contrato realidad no es posible otorgarle al actor la calidad de empleado público o trabajador oficial, pues fue vinculado mediante contratos de prestación de servicios, lo cual impide que sea beneficiario de la Convención Colectiva celebrada entre el I.S.S. y su sindicato de trabajadores.

En consecuencia, el interesado no se puede beneficiar de la referida Convención, pues aunque demostró que prestó sus servicios en la entidad demandada, tal situación no implica que éste goce de la calidad de trabajador oficial.

5.1. De la prescripción.-

La Entidad demandada al sustentar la apelación solicitó declarar la prescripción de los derechos laborales reclamados por el accionante, argumentando que la actividad del contratista fue interrumpida y que, por tanto, no puede hablarse de prestaciones periódicas que puedan demandarse en cualquier tiempo.

Advierte la Sala que el apoderado de la demandada confunde los fenómenos jurídicos de caducidad y prescripción en tanto que aduce que en este caso no se debaten prestaciones que puedan demandarse en cualquier tiempo.

Recuérdese que mientras que la caducidad se predica del ejercicio del derecho de acción³⁷, la prescripción es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del

³⁷ Ya se determinó en acápites precedentes que en este caso la demandada fue interpuesta en tiempo por lo que no hay caducidad de la acción.

tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva.

La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que para reclamar los derechos que se consideran adquiridos se debe respetar el lapso establecido para el efecto, so pena de perderlos.

Esta materia está regulada por el artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 26 de diciembre de 1968, *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*, que dispone lo siguiente:

“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero sólo por un lapso igual.”

Así mismo el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, *“Por el cual se Reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*, con relación a la prescripción de las acciones, prevé:

“1°. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres [3] años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2°. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”

Conforme a la anterior normativa, los derechos salariales y prestacionales consagrados a favor del empleado prescriben en tres años, contados desde la fecha en que se hagan exigibles. Igualmente, el simple reclamo escrito del empleado ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

En **materia de contrato realidad**, en aquellos casos en que se accede a las pretensiones de la demanda, esta Sección ha concluido la no prescripción de las prestaciones causadas con ocasión de la relación contractual, en tanto la exigibilidad de los derechos prestacionales en discusión, es imposible con anterioridad a la Sentencia que declara la existencia del vínculo laboral, dado su carácter constitutivo, de manera pues, que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo³⁸.

No obstante lo anterior, esta Corporación precisa y aclara en esta oportunidad que el carácter constitutivo de la sentencia que declara la existencia de un contrato realidad no releva al interesado de su deber de reclamar en sede administrativa el reconocimiento del vínculo laboral y el consecuente pago de las prestaciones sociales, dentro del término de tres años siguientes a la terminación del último contrato, so pena de que opere la prescripción de su derecho.

Sobre el particular, en recientes pronunciamientos esta Sala ha considerado que los interesados tienen la obligación de hacer el reclamo ante la

³⁸ Sentencia de 6 de marzo de 2008. Radicado No. 2152-06. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

administración dentro de un plazo razonable³⁹, que no puede exceder el de la prescripción de los derechos prestacionales y salariales que reclama⁴⁰. *“En otras palabras, debe decirse que una vez finalizada la relación contractual inicialmente pactada, el interesado debe reclamar ante la administración la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de tres (3) años, so pena de que prescriban los derechos salariales y prestacionales derivados de la referida relación laboral”*.⁴¹

Es decir, que si bien es cierto bajo la figura del contrato realidad se reconocen los derechos y prestaciones teniendo en cuenta que su prescripción se cuenta a partir de la decisión judicial, también lo es que el interesado debe atender la normativa procedimental y, por lo tanto, acatar los términos de caducidad y prescripción una vez finalizado el vínculo contractual.

5.1.1. La prescripción en el caso concreto.

Encuentra esta Subsección que en el *sub lite* no se presentó la figura de la prescripción en la que insistió la parte accionada al sustentar la apelación, pues en el presente caso la Sentencia tiene carácter constitutivo del derecho y, adicionalmente, la demandante elevó oportunamente la reclamación ante la administración una vez culminó el vínculo contractual. En efecto, el último contrato celebrado se ejecutó hasta el 15 de febrero de 2008 y la petición

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Expediente N° 11001-03-15-000-2014-01819-00.

⁴⁰ Sobre el particular, ver también la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia de 9 de abril de 2014, Radicación No. 2011-00142-01 (0131-13).

⁴¹ Sentencia de 27 de noviembre de 2014, Expediente N° 3222 de 2013, previamente citada.

prestacional se elevó el 16 de febrero siguiente⁴², esto es, dentro de los tres años siguientes.

En relación con el argumento de la demandada, la Sala advierte que en el presente caso el actor solicita el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales causados por el período comprendido entre el 1 de julio de 2003 hasta el 15 de febrero de 2008. Sin embargo, durante dicho lapso se advierten tres interrupciones así:

- a) Del 16 al 22 diciembre de 2004, es decir, 7 días.
- b) Del 1 al 27 de diciembre de 2005, es decir, 27 días, y
- c) Del 4 al 12 de diciembre de 2007, es decir 8 días.

Lo anterior no desvirtúa el hecho de que el actor prestó sus servicios en forma continua, si se considera que durante casi 5 años las partes suscribieron sucesivos contratos con el mismo objeto, siendo las interrupciones mínimas comparadas con el tiempo en el que el señor Gómez Serrano estuvo vinculado a la Entidad.

Así lo ha considerado al Sala en casos similares, como el resuelto mediante Sentencia de 11 de noviembre de 2009, en el que sostuvo lo siguiente⁴³:

*“(…)
Para la Sala queda claro que si el contrato realidad tiende a equiparar al Docente contratista con el Docente de Planta, es apenas lógico que si este último devenga sus prestaciones sociales durante todo el año sin solución de continuidad, **igual derecho tiene la actora quien***

⁴² Información extraída del acto administrativo demandado.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Sentencia de 11 de noviembre de 2009, Expediente No. 6800012315000200402350-01 (2486-2008).

quedó cesante durante las interrupciones contractuales aunque descontadas de las condenas, siempre y cuando sean razonables e indiquen que durante la terminación de una orden de servicio y el inicio de la siguiente transcurrió el tiempo necesario para proveer la asignación presupuestal; o bien las vacaciones o el receso escolar, tal como lo evidencia el sub-exámene.”. (Se destaca).

Siguiendo el anterior derrotero jurisprudencial y con un criterio de proporcionalidad, estima la Sala que para efectos del restablecimiento del derecho, la liquidación incluirá la sumatoria de las prestaciones sociales causadas desde el 1 de julio de 2003 al 15 de febrero de 2008, sin tener en cuenta los 42 días de interrupción de la actividad contractual.

5.2. El restablecimiento del derecho.

Habiéndose demostrado la existencia de un vínculo laboral y considerando que **i)** en el *sub-lite* apelaron ambas partes, y **ii)** que es deber del Juez administrar justicia, velar por los derechos de quienes actúan en el proceso y decidir con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, siempre dentro del imperio de la Ley; la Sala efectuará las siguientes precisiones en relación con el restablecimiento del derecho.

La Sala ha estimado que el reconocimiento de la relación laboral no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado la Sección, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado⁴⁴, toda vez que para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley,

⁴⁴ Ver, entre otras al Sentencia, ya citada en este fallo, dictada por la Subsección B de la Sección Segunda el 27 de noviembre de 2014, dentro del expediente 3222 de 2013, demandante: David Alejandro Jaramillo Arbeláez, C.P. Gerardo Arenas Monsalve que reiteró sobre el particular lo que la Sala consideró en la Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda.

que escapan del debate de la existencia de un contrato realidad, pues el interesado debería entonces demostrar la existencia jurídica del cargo, las funciones ejercidas irregularmente, que el cargo se haya ejercido en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente, así como el acto de nombramiento y su correspondiente posesión, situación que en el presente caso no se cumple.

Ello implica que los derechos económicos laborales deban reconocerse, no a título de restablecimiento del derecho, **sino a título de indemnización**⁴⁵, en tal sentido ha dicho la Sala que una vez acreditados los elementos propios de la relación laboral, surge el derecho al reconocimiento y pago, como reparación del daño, de los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad en la cual prestaron los servicios bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios temporales.

Valga aclarar, como lo hizo la Sala en la Sentencia de 27 de noviembre de 2014, ya citada, que en algunas ocasiones, se ha acudido al valor pactado en el contrato como referente para calcular los derechos prestacionales, sin embargo, *“(...) ello ha sido porque, a pesar de haberse desvirtuado el contrato de prestación de servicios, el empleo desempeñado por el contratista de servicios no existe en la entidad, siendo necesario acudir al valor pactado en el contrato (...)”*.⁴⁶

No obstante, en el presente caso, las funciones desarrolladas por el actor corresponden a las ejercidas por un médico ginecólogo, cargo existente en la planta de personal de la entidad, razón por la cual, para los efectos de la

⁴⁵ Ver sentencia de 27 de noviembre de 2014 que se acaba de citar.

⁴⁶ Fallo dictado dentro del proceso N° 3222 de 2013, demandante: David Alejandro Jaramillo Arbelaez, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

indemnización, se tendrá como referente los mismos emolumentos que percibían estos servidores públicos de la entidad.

De este modo, al verificarse que el *A-quo* dispuso el pago de las prestaciones sociales al actor con fundamento en los honorarios pactados en el contrato, se modificará la Sentencia aclarando que la condena es con base en lo devengado por un medico especializado en ginecología, perteneciente a la planta de personal de la Entidad, toda vez que de las pruebas recaudadas se advierte que en la planta de la extinta Empresa Social del Estado existía el cargo de médico ginecólogo.

Así mismo, para efectos de la condena debe tenerse en cuenta el Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993, el cual garantiza el cubrimiento de las contingencias, tales como pensión y salud.

Sobre el particular, se debe precisar que en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones sociales referentes a pensión y salud son cubiertas por las partes que integran la relación laboral, así por ejemplo, en materia pensional durante la ejecución de las órdenes de servicio de la actora, se destinaba el equivalente al 13.5% de la tasa de cotización, monto cubierto por el empleador con un 75% y el trabajador con un 25% (artículo 20 de Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003), y en materia de salud la base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es la misma contemplada en el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 (parágrafo primero art. 204).

Por tanto, al liquidar el valor de las condenas no se podrá tener en cuenta la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte de los aportes que le

correspondía a la Entidad siempre que el demandante demuestre haberla sufragado.

Con lo anterior, la Sala reitera lo que consideró en Sentencia de 29 de enero de 2015, proferida dentro del expediente N° 4149 de 2013⁴⁷, con ponencia de quien en esta oportunidad sustancia el proceso.

De otro lado, contrario a lo manifestado por el *A quo*, no hay lugar a ordenar la devolución de los descuentos realizados al actor por concepto de retención en la fuente, pues si bien es cierto se desnaturalizó la vinculación de origen contractual, también lo es que la declaración de la existencia de dicha relación no implica *per se* la devolución de sumas de dinero que se generaron en virtud de la celebración contractual, pues la finalidad del restablecimiento del derecho es el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con la relación laboral oculta más no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato.⁴⁸

5.3. Conclusión.-

De todo lo expuesto hasta aquí, se concluye que el proveído impugnado debe ser modificado en el sentido de indicar que la parte accionada deberá pagarle al demandante lo que le corresponda por concepto de prestaciones sociales tomando como base para la liquidación lo que devengaba un médico ginecólogo de planta; sufragar los porcentajes de cotización correspondientes a salud y pensiones pero sólo en la cuota parte que le corresponde a la Entidad, y siempre que el demandante acredite haberlas

⁴⁷ Demandante: Olga Liliana Gutiérrez Galvis, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁴⁸ Ver Sentencia de 17 de noviembre de 2011 proferida por esta Subsección, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Expediente N. 250002325000200800655 01 (1422-2011).

pagado, descontando en todo caso del valor de la condena los 42 días de interrupción de la relación contractual, sin que haya lugar a la devolución de los descuentos efectuados por retención en la fuente.

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

FALLA

Primero. CONFIRMAR PARCIALMENTE la Sentencia de 14 de noviembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en Descongestión – Sala de Asuntos Laborales, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por Antonio José Gómez Serrano contra la E.S.E. Francisco de Paula Santander en Liquidación.

Segundo. MODIFICAR el Fallo impugnado en lo que tiene que ver con el restablecimiento del derecho, en el siguiente sentido:

- a) Las prestaciones sociales a que tiene derecho el actor a título de indemnización, se liquidarán con base en lo que devengó un médico ginecólogo de la planta de personal de la Entidad, durante el tiempo que duró el vínculo contractual.
- b) No hay lugar a ordenar la devolución de los descuentos realizados al actor por concepto de retención en la fuente.

- c) Para efectos de la condena no se tendrán en cuenta las prestaciones sociales correspondientes a los períodos en que se verificó interrupción en la relación contractual, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta Sentencia.
- d) La demandada deberá pagar al actor la cuota parte correspondiente a los aportes de salud y pensión en tanto el demandante acredite haberla sufragado; sin tener en cuenta los 42 días de interrupción de la actividad contractual.

**Cópiese, notifíquese y devuélvase el Expediente al Tribunal de Origen.
Cúmplase.**

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

**GERARDO ARENAS MONSALVE
VÉLEZ**

SANDRA LISSET IBARRA

