



Implicaciones Jurídicas del Contrato de Prestación de Servicios, frente a la sentencia de Unificación CE-SUJ2-005-16 y CESUJ-025-CE-S2-2021 del Consejo de Estado, en las decisiones del Tribunal Administrativo de Caldas, frente a las actividades del sector Salud

Beatriz Eugenia Castañeda Romero

**Universidad de Caldas
Facultad Departamento de Ciencias Jurídicas y Sociales
Manizales – Caldas - Colombia
2022**

**Implicaciones Jurídicas del Contrato de Prestación de Servicios, frente a la
sentencia de Unificación CE-SUJ2-005-16 y CESUJ-025-CE-S2-2021 del Consejo
de Estado, en las decisiones del Tribunal Administrativo de Caldas, frente a las
actividades del sector Salud**

Beatriz Eugenia Castañeda Romero

**Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de Magister en
Derecho Público**

Director

Paulo Bernardo Arboleda Ramírez

**Universidad de Caldas
Facultad Departamento de Ciencias Jurídicas y Sociales
Manizales – Caldas - Colombia
2022**

Agradecimientos

Ofrezco agradecimientos a la Universidad de Caldas, por brindarme la oportunidad de formarme como Magister, con el fin de afianzar mis conocimientos en el Derecho Público. Igualmente, al director de la tesis doctor Paulo Arboleda Ramírez por su apoyo incondicional, paciencia y empeño en las asesorías brindadas que permitieron cumplir con el objetivo propuesto y terminar de la mejor manera el trabajo de tesis

Dedicatoria

Este trabajo lo dedico a mi familia y mi novio, quienes me apoyaron y aconsejaron en seguir adelante con mis estudios, además por la comprensión que tuvieron por el tiempo que consagró la culminación del mismo, el cual no pude compartirlo con ellos.

“Hay una fuerza motriz más poderosa que el vapor, la electricidad y la energía atómica: la voluntad”.

Albert Einstein

Resumen

En el presente trabajo se abordarán inicialmente temas normativos, doctrinales y jurisprudenciales acerca del contrato realidad que surge como consecuencia de la relación laboral de los empleados del sector público en algunas entidades del Departamento de Caldas, que prestan el servicio de salud contratados mediante órdenes de prestación de servicios.

En este sentido, se analizan las relaciones contractuales y laborales que surgen a partir de las contrataciones en contravía con las sentencias de unificación proferidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, que han abordado un desarrollo jurisprudencial a lo largo del tiempo, con el fin de definir los parámetros y las reglas que deben determinar la verdadera relación laboral, que es disfrazada a través de dichos contratos de prestación de servicios frente al personal de la salud que cumple las mismas funciones que el personal de planta.

A partir de las sentencias analizadas de las Altas Cortes, así como de los casos que ha abordado el Tribunal Administrativo de Caldas durante el transcurso del año 2018 a 2021, en el cual se desarrolla de manera específica las decisiones decantadas por el órgano colegiado, que permiten identificar la postura en cuanto a la declaración del contrato realidad en el personal de la salud. Y a partir de éste, propone soluciones a la problemática que se presenta no solo en el Departamento de Caldas, sino también a nivel nacional para evitar la presentación de las demandas que generan una carga laboral para los despachos judiciales.

Finalmente se proponen recomendaciones que beneficiarán el trámite y la resolución de los conflictos derivados de dichas relaciones laborales para los contratos que se han ejecutado, y lo que se pretenden contratar desde diversas perspectivas que se abordarán inicialmente desde las actuaciones administrativas que ofrecen solución a los peticionarios, así como desde el procedimiento administrativo que beneficiará a la

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para adelantar con mayor agilidad los procesos que se encuentran en trámite; y finalmente con el fin de evitar la contratación por parte de las entidades, una propuesta que va a permitir brindar vigilancia y control a dichas conductas.

Palabras Claves: Contrato de Prestación de Servicios, Contrato Realidad, Planeación, Supervisión, sentencia de unificación, vigilancia y control.

Abstract:

In the present work, normative, doctrinal and jurisprudential issues will be addressed initially about the reality contract that arises as a consequence of the employment relationship of public sector employees in some entities of the Department of Caldas, which provide the health service contracted through orders of provision of services.

In this, the contractual and labor relations that arise from the hiring are analyzed, contrary to the unification sentences issued by the Constitutional Court and the Council of State, which have addressed a jurisprudential development over time, in order to define the parameters and rules that must determine the true employment relationship, which is disguised through said contracts for the provision of services in front of health personnel who perform the same functions as permanent personnel.

Based on the sentences analyzed by the High Courts, as well as the cases that the Administrative Court of Caldas has dealt with during the course of the year 2018 to 2021, in which the decisions made by the Collegiate Body are specifically developed, which They allow to identify the position regarding the declaration of the reality contract, in the health personnel. And from this, propose solutions to the problems that arise not only in the Department of Caldas and at the national level to avoid the presentation of demands that generate a workload for judicial offices.

Finally, recommendations will be proposed that will benefit the processing and resolution

of the conflicts derived from said labor relations, for the contracts that have been executed, and what is intended to be contracted, from different perspectives that will be initially addressed from the administrative actions that give prompt solution to the petitioners, as well as from the administrative procedure that will benefit the Contentious-Administrative Jurisdiction, to advance with greater agility the processes that are in process, and finally in order to avoid contracting by the entities, a proposal that will allow to provide surveillance and control of said behaviors.

Keywords: Contract for the Provision of Services, Reality Contract, Planning, Supervision, judgment of unification, surveillance and control.

Índice de Contenidos

Introducción.....	9
Capítulo I	13
1. Aspectos doctrinales del Contrato Realidad.....	13
1.1. Indicios de subordinación, que conlleva a la declaración del contrato realidad.....	15
1.2. Aspectos sustanciales Prueba de la relación laboral – Subordinación.....	18
1.3. Indicios de la relación laboral o subordinación.....	21
1.4. Actividades de carácter misional y permanente.....	23
1.5. Aspectos constitucionales de la relación en el contrato de prestación de servicios en el ordenamiento jurídico.....	26
1.6. Aspectos normativos del contrato de prestación de servicios.....	28
1.7. Contrato de prestación de servicios en el sector salud	32

1.7.1. Prestación del servicio de salud entidades públicas.....	33
1.7.2. Contratación de Empresas Sociales del Estado.....	34
1.7.3. Celebración de contrato de prestación de servicios sector salud.....	35
1.7.4. Contrato prestación de servicios del personal del sector de salud entidades en el Departamento de Caldas.....	36
1.7.5. Contrato de prestación de servicios – servicio social obligatorio sector salud.....	37
Capítulo II	43
2. Línea Jurisprudencial.....	43
2.1. Elaboración análisis jurisprudencial.....	44
2.2. Análisis jurisprudencial Corte Constitucional.....	45
2.3. Sentencia hito y fundadora de línea C-154 de 1997.....	49
2.4. Análisis sentencia T-388 de 2020 Corte Constitucional y Consejo De Estado.....	51
2.5. Análisis cuantitativo y cualitativo sentencias Corte Constitucional.....	78
2.6. Análisis cuantitativo y cualitativo sentencias Corte Consejo de Estado.....	82
2.7. Pronunciamiento Jurisprudencial de Unificación CE-SUJ2-005-16, proferida por el Consejo de Estado, frente a la celebración de contrato de prestación de servicios.....	84
2.8. Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2-2021 Indicios Subordinación.....	92
2.9. El precedente Jurisprudencial como deber vinculante en las decisiones judiciales y administrativas doctrina y jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	95
2.10. Análisis jurisprudencial sentencias del sector salud Consejo de Estado.....	101
2.10.1. Sentencias Contrato de Prestación de servicios en actividades del sector salud.....	105
2.10.2. Sentencias Contratación servicios temporales en actividades del sector salud....	109

2.10.3. Jurisprudencia servicios auxiliares de enfermería	113
2.11. Extensión de Jurisprudencia contrato de prestación de servicios.....	115

Capítulo III

3. Lineamientos jurídicos de interpretación y optimización de los procedimientos administrativos y judiciales de los trabajadores que prestan el personal del servicio de salud por contrato de prestación de servicios.....	117
3.1. Indicadores de las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Caldas.....	117
3.2. Gráfica número 1.....	118
3.3. Gráfica número 2.....	119
3.4. Gráfica número 3.....	120
3.5. Gráfica número 4.....	121
3.6. Postura del Tribunal Administrativo de Caldas.....	122
3.7. Implicaciones de la celebración de contrato de prestación de servicios.....	132
4. Conclusiones.....	143
5. Recomendaciones.....	150
6. Referencias.....	156

Introducción

En el presente trabajo se pretende contextualizar el desarrollo de la figura del contrato realidad a partir del contrato de prestación de servicios desde la perspectiva doctrinal, normativa y jurisprudencial, la cual permite identificar las nociones básicas de dicha forma de contratación de personal en el sector público.

A su vez, se analizan los aspectos constitucionales establecidos en la Constitución Política de 1991, como el derecho al trabajo y a las garantías que implican las relaciones laborales en cuanto a las características de dicha prestación del servicio con las que se identifican los elementos de una relación laboral, como son la prestación personal, la subordinación y el pago de un salario de acuerdo a lo previsto en el Código Sustantivo de trabajo. Igualmente desde el aspecto internacional se abarcan temas directamente relacionados con el derecho al trabajo, como el reconocimiento al salario igual por trabajo igual y a la no discriminación respecto a las oportunidades del empleo y ocupación.

Respecto al tema de contratación estatal se trae a colación el contrato de prestación de servicios regulado en la Ley 80 de 1993, que trajo conceptos, definiciones y contenidos del anterior estatuto; además, las adiciones que trajo consigo a actividades de carácter personal con conocimientos especializados y específicos con el fin de no generar una relación laboral que desencadenara la cancelación de prestaciones sociales. Adicionalmente se explica el contenido específico de la Ley 1150 de 2007 que refirió a la clasificación de dicha contratación bajo la denominación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.

En igual sentido, se examina la regulación que rige para la prestación del servicio de salud, como es el personal del servicio médico general, especialistas, servicios de enfermería, odontología y servicios administrativos, que se han contratado como servicio especializado por órdenes de prestación de servicios; pese a que este servicio se ha considerado como una función pública a cargo del Estado.

Posteriormente, se presenta un análisis jurisprudencial partiendo de la sentencia proferida por la Corte Constitucional más reciente, denominada sentencia arquimédica, la cual identifica la tesis de la Alta Corporación frente a la celebración de contratos de prestación de servicios en el sector salud, que por sus características claramente se identifican con una relación laboral que trasciende todos los requisitos de la misma, para que ésta genere el derecho de salarios y prestaciones sociales.

De la misma manera, se hace una revisión de los pronunciamientos emitidos por el Honorable Consejo de Estado a partir de las sentencias de unificación CE-SUJ2-005-16 y CESUJ-025-CE-S2-2021, que fueron de gran importancia tanto para las entidades del sector público como para las decisiones judiciales a nivel nacional sobre la materia que rige el contrato de prestación de servicios y su transformación en contrato realidad donde se clarificaron diferentes ítems cuando se declara el contrato realidad, a partir de las relaciones entre contratante y contratista. Estas se abarcan desde la caducidad del medio de control, prescripción de los derechos subjetivos. Frente al tema de los indicios estas sentencias permiten identificar dónde se desborda la relación contractual por una relación laboral; evidenciándose la solución de continuidad entre contratos, atendiendo al lapso que se da entre la celebración de un contrato y otro, llevándolos a celebración de contratos sucesivos por un término indefinido

Es importante resaltar que se abarcará de manera teórica la relevancia de los precedentes jurisprudenciales emitidos por las Cortes y en especial por el Consejo de Estado, como directrices que deben aplicar las entidades públicas, por su trascendencia jurídica, económica y social ante la necesidad de sentar uniformidad en las decisiones judiciales que permitan en las actuaciones administrativas y judiciales adoptar posturas coincidentes ante casos de supuestos fácticos similares.

Para el desarrollo de la investigación se utilizará el método descriptivo analítico, por cuanto se hará una descripción de los temas y casos y se abarcarán las sentencias

específicamente de las decisiones que han ordenado declarar el contrato realidad respecto a la prestación del servicios de salud por parte de los contratistas que prestan dicho servicio y que cumplen idénticas funciones que el personal de planta.

De manera particular se evaluará las decisiones proferidas por el Tribunal Administrativo de Caldas en el período comprendido entre los años 2018 y 2021, en las que se ha decidido acceder o negar las pretensiones de la demandas contra diferentes entidades del orden nacional, departamental y del nivel descentralizado. En estas decisiones, se ha solicitado la declaración del contrato realidad por parte de accionantes que se han desempeñado en cargos con denominación de planta de personal, como es la situación de los administrativos, docentes – instructores, escoltas, secretarias, médicos, enfermeras, especialistas, servicio de odontología entre otros-.

Con el estudio de las sentencias en mención se extraerán datos que permitirá observar la postura que ha adoptado dicha Colegiatura judicial frente al trámite procesal y sustancial con el fin de evidenciar la realidad sobre las formas, esto es, la configuración del contrato realidad a partir de la celebración de contratos de prestación de servicios. A su vez, se determinará el grado de demandas presentadas durante dicho período en las cuales se ha declarado el contrato realidad, el cual arrojará las entidades que se distinguen por contratar servicios de carácter misional y permanente a través de contrato de prestación de servicios, a pesar que su labor o prestación está destinada a dicha tarea.

Finalmente se propondrán lineamientos jurídicos y procedimentales que permitan plantear una estrategia desde el campo judicial y contractual conforme a las herramientas normativas que se encuentran consagradas en la ley y que permiten aplicar a los casos que son decantados por la Altas Cortes sobre la configuración del contrato realidad, sobre casos que pueden ser debatidos de manera más ágil sin contar con la rigurosidad y la exigencia probatoria. Esto conllevará a resolver las solicitudes de manera uniforme

con la reclamación ante las entidades públicas y, en el caso particular, interponer los recursos procedentes ante el Consejo de Estado.

De la misma forma, se examinará la posibilidad de realizar propuestas desde la óptica del modelo de contratación estatal, que permita identificar desde el proceso precontractual atendiendo a los principios de planeación, transparencia y responsabilidad, qué actividades deben contratarse mediante contrato de prestación de servicios y cuáles deben contratarse a través de contrato de trabajo o en su defecto solicitar la creación de cargos en carrera administrativa con el fin de privilegiar la efectividad de la prestación de servicios.

1. Aspectos Doctrinales del Contrato de Prestación de Servicios

Desde las fuentes normativas y doctrinales, cuando se ha considerado que la vinculación de particulares en las entidades estatales a través del contrato de prestación de servicios, se puede distinguir este contrato frente a otros porque se desarrolla en función de la administración relacionado con la funciones de las entidades, pero siendo contratadas con el fin de colaborar con la administración en aquellas funciones que no son de su misión, pero se requieren para su funcionamiento, como es del caso en cargos especializados y actividades de vigilancia, aseo, mantenimiento de equipos (Dávila, 2016, p. 856).

A su vez, en cuanto a las características del contrato de prestación de servicios, éstas se encuentran clasificadas inicialmente por **la prestación de servicios**, que versa sobre la obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, teniendo en cuenta el objeto contractual. También se encuentra clasificada por **la autonomía e independencia** del contratista desde el punto de vista técnico y científico, lo cual constituye el elemento esencial del contrato, lo que se considera que el contratista posee margen de discrecionalidad en la ejecución del contrato de trabajo. De este modo, la vigencia del contrato es temporal, su duración debe ser de tiempo limitado, y en caso de demandar una mayor permanencia, es responsabilidad de la entidad tomar medidas necesarias para los efectos presupuestales a que haya lugar (Moreno, 2013, p. 48).

Adicionalmente, también se han integrado como características de dicho contrato, conforme a los postulados constitucionales, los siguientes: Se puede celebrar por cualquier entidad estatal, pueden suscribirse tanto con personas naturales como con personas jurídicas y su objeto se circunscribe a desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones a cargo de la entidad (Rodríguez, 2013, p.496).

De otro lado, también se ha concebido el contrato de prestación de servicios desde un acto jurídico, en el entendido que no se puede identificar el acto jurídico con la declaración de voluntad. Si dos personas celebran un contrato de prestación de servicios, la concepción que resulta insuficiente en la mera voluntad de producir consecuencias jurídicas, lo que impide a los sujetos del contrato obligarse con mayor precisión; por ello, el acto jurídico interviene la voluntad en la celebración pero no en el plazo, quedando las obligaciones de la partes y la remuneración sometidas al negocio jurídico. Luego, si el negocio jurídico es la manifestación de la voluntad de una de las partes con la finalidad de surtir efecto jurídico concerniente a la modificación de un derecho subjetivo o, bien, su garantía o su extinción frente al contrato de prestación de servicios, se entiende que hay negocio jurídico cuando existe la conformación de voluntades y la regulación legislativa que otorga el contrato para determinados efectos (Bohórquez, 2009, p.75-77).

También se ha cuestionado por la doctrina frente a la legalidad del contrato de prestación de servicios, pues si bien, se ha identificado el derecho al trabajo como un mínimo vital en materia laboral, se debe consignar la realidad prevalente frente a las formas, y no como se ha generalizado deformando su procedimiento, al deber acreditar a partir de una contratación directa, bajo la modalidad de prestación de servicios, el surgimiento de relaciones laborales (Villegas, 2008, p. 179).

Asimismo, se ha alcanzado afirmar que este estilo de contratación contraría el ordenamiento legal, pues en muchos casos se ha presentado nóminas paralelas que han surgido en virtud de beneficios burocráticos; y que conllevan a efectos secundarios en la prestación del servicio ante la administración, esto en cuanto a la pauperización de la fuerza laboral, atendiendo a la carga impuesta al contratista (Puerta, 2008, p. 370).

De esta forma, se ha arribado a la discusión sobre la modalidad de contratación de prestación de servicios, que sí, su origen surge como una relación contractual para el cumplimiento de los propósitos de la entidad atendiendo a la imposibilidad de contar con personal especializado o cualificado, pero atendiendo a su desnaturalización; lo que hace que nazcan otros efectos, como ha sido estudiado desde la óptica del beneficio o enriquecimiento sin causa del Estado, en relación a las prestaciones que por ley le

corresponde, y sobre los impuestos recaudados a los contratistas cuando deben cancelar algún rubro para hacer el perfeccionamiento del contrato, en el caso de estampillas, renta, industria y comercio y otros rubros; puesto que los mismos, deben ser presentados en la renta al Estado como honorarios que deriva del vínculo laboral realidad, y con ello, implica una justificación del por qué estos impuestos deben tratarse como parte de la reparación integral de la declaratoria del contrato realidad (Sanjuelo, 2015, p. 26).

1.1. Indicios de subordinación, que conlleva a la declaración del contrato realidad.

De otro lado, en torno a estos elementos, en Colombia se ha dado relevancia fundamental a la relación laboral y de la subordinación, propuesta como la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador. Esta subordinación es jurídica, porque quien presta el servicio no lo hace en virtud de una potestad política, señorial, tributaria o puramente material, sino que la parte que se encuentra en esta situación la ha aceptado contribuyendo en ella libremente con su voluntad a crear en perjuicio de su libertad “una relación jurídica de poder”.

Así se diferencia de otras formas de subordinación como, por ejemplo, la subordinación económica (que resulta de las desigualdades sociales y, eventualmente, de la necesidad de ajustar el contrato y posteriormente de cumplirlo) o la subordinación técnica (que resulta de las necesidades propias de la empresa como organización o de la posesión de ciertos conocimientos), o incluso la subordinación jerárquica. (Quintanilla, 2002).

La noción de subordinación jurídica ha sido motivo de controversia, ya que no necesariamente el trabajador dependiente tiene insuficiencia social, económica, técnica o hasta científica.

Además, la fuga del derecho laboral ha generado nuevas formas de trabajo, que se presentan como subcontratación, externalización, descentralización, deslaboralización de la relación del trabajo, contratos de arrendamiento civiles o comerciales, constitución de empresas reales o ficticiamente autónomas con trabajadores hasta ese momento

dependientes de la principal, contratación con cooperativas, declaración legal de que determinados trabajadores pasan a ser trabajadores independientes si se inscriben como tales en un determinado registro, presunción legal de que determinados trabajadores son autónomos o aun empresas (unipersonales).

Se suma la reducción del tiempo de trabajo, las nuevas formas de organización del trabajo (teletrabajo) y las organizaciones flexibles de producción. Se han creado mecanismos sofisticados: el *staff-leasing* y el *pay-rolling* (se coloca a los trabajadores en la planilla de una empresa cuya única función es pagar salarios y prestaciones), el contrato de distribución o flete para externalizar el trabajo de conductores y repartidores, el contrato de franquicia, la división de la empresa en unidades coordinadas de consorcios modulares o condominios industriales que trabajan todas en el mismo sitio (Álvarez, 2003, p. 269-297).

Por ello se han propuesto diversos criterios alternos para determinar la relación de trabajo, en relación a los elementos del contrato desde otras perspectivas, esto en cuanto a la ajenidad, que refiere esto que el trabajador presta sus servicios por cuenta del patrono, es decir, por cuenta ajena; desde el énfasis de la inserción de la organización empresarial, concerniente con el hecho que otorga al trabajador, no sólo su condición de tal, sino que le proporciona la titularidad de los deberes y derechos que dentro de esta organización corresponde a los trabajadores y que, además, le hace sujeto de la especial tutela proporcionada por el derecho del trabajo.

Adicionalmente también se plantea diferentes clases de subordinación como es la económica y la para- subordinación; la primera refiere, en caso de dificultarse la existencia, que el asunto se resuelve fácilmente hallando la dependencia económica, siempre que la remuneración que la determina se perciba como contraprestación de una típica y simple prestación personal de servicios.

En la medida en que todas las modalidades de fuga tienden a desdibujar la subordinación jurídica o a enmascararla bajo formalidades de diverso tipo, la dependencia económica es más difícil de ocultar. De hecho, la hipótesis clásica de un trabajador jurídicamente subordinado más rico que su empleador nunca dejó de ser un caso de laboratorio utilizado como recurso pedagógico. Por lo demás, este replanteamiento de la subordinación económica tiene la ventaja de coincidir con recientes evoluciones del derecho civil, tendientes a la protección del contratante débil, como en España el trabajador autónomo dependiente.

Y por su parte, la Para-subordinación, consiste en la existencia de personas que sin estar sujetas a una relación de trabajo subordinado prestan una colaboración continua y coordinada a la empresa y que, por razones fácticas y de desnivel económico, contratan sus servicios con ésta en condiciones de inferioridad.

Por su parte, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-086 de 2000 ha referido en cuanto al elemento de subordinación como el distintivo de la relación laboral, dado que tiene un poder de permanencia, para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.

Así mismo, ha destacado que en dicho elemento confluyen el poder de dirección y el poder disciplinario que condicionan la actividad del trabajador y el comportamiento con que definen los lineamientos de una organización.

En este sentido, tanto de parte de los preceptos doctrinales, normativos y jurisprudenciales se ha dado prevalencia a los elementos del contrato, al de subordinación dado que éste refleja la verdadera relación que existe entre el empleador y el empleado, teniendo en cuenta la vinculación, además de las circunstancias en que

se han desenvuelto al desarrollo de la actividad que se puede identificar claramente desde una perspectiva económica, social, comportamental, que existe en una relación de dependencia que conlleva a una subordinación laboral.

1.2. Aspectos sustanciales - Prueba de la relación laboral o de la subordinación

Dadas las formas actuales de enmascaramiento de la relación laboral o de la subordinación, se propuso en la Recomendación 198 de 2005 de la OIT que se estudiara considerar indicios de la existencia de relación de trabajo –no de subordinación-; en este sentido, para determinar la existencia de una relación laboral se acogió la figura de los indicios, para parámetros como:

(a) el hecho de que el trabajo, se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo.

Que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo.

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

En Colombia, la jurisprudencia enfáticamente exige la demostración de los elementos de la relación laboral: en sentencia de la Sección Segunda Subsección “B” del Honorable Consejo de Estado, con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve con radicación

número: 50001-23-31-000-2005-10518-02(1094-10), precisó que para demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere de la comprobación de los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago; y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además, de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y a la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta; requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia para desentrañar la apariencia del contrato de prestación de servicios en una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

Por ende, se demuestra que conforme a los planteamientos del Consejo de Estado, es claro que para determinar la primacía de la realidad sobre las formas que requiere el demandante se necesita de la comprobación de manera precisa de los elementos de la relación laboral, que están claramente identificados por diferentes sucesos o acciones, como lo ha descrito la sentencia que conllevan a identificar claramente cada uno de estos elementos.

Dicha postura fue reitera en sentencia del 23 de junio de 2005, proferida por la corporación administrativa con ponencia del Doctor Jesús Lemus Bustamante, en la cual se reitera la necesidad que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

En materia de relación laboral, el aspecto más problemático es la evidencia de subordinación jurídica, sin embargo, hay diferentes factores de comportamiento que permiten identificarlo, que se convierten en indicios, que le permiten al Juez, tener conocimiento en el cual se presentó este elemento. Es así como en sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado con ponencia de la Doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00653-01(2696-11), expuso que la subordinación se podía identificar de forma directa bajo los siguientes actos:

“ (...) dentro del plenario no existen pruebas documentales que demuestren claramente el elemento de subordinación, Vr.gr., llamados de atención, memorandos, sanciones, felicitaciones, investigaciones disciplinarias etcétera, que permitan afirmar que dependía del superior jerárquico, recibiendo órdenes continuas y realmente **subordinadas, también lo es, que tal elemento debe ser apreciado con el conjunto de las pruebas obrantes (testimonios y documental) como uno de los indicios que contribuyen a la convicción del Juez sobre la situación fáctica materia de conocimiento.** –sft-

Bajo este aspecto la Honorable Corporación ha dado importancia a las relaciones entre la relación de los superiores jerárquicos con el personal, dado que en diversas situaciones permiten percibir que se actuó a través de órdenes, y que ello conllevó a una subordinación.

1.3. Indicios de la relación laboral o subordinación

Se ha indicado doctrinalmente el indicio como un hecho (Echandía, p. 601 a 620); el indicio es un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógico-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos.

El argumento probatorio permite inferir del primer hecho el carácter de prueba del segundo, con mayor o menor seguridad. La operación está basada en los principios de causalidad e identidad y en las reglas generales o técnicas de la experiencia. No es posible fijarlo de antemano. Es una prueba crítica, lógica e indirecta. El hecho indicador debe ser plenamente probado y no derivar de pruebas imperfectas o incompletas.

Ese poder indicativo se fundamenta, por su parte, en la experiencia humana o en los conocimientos técnicos o científicos especializados, según sean indicios ordinarios o técnicos; en el primer caso, se trata de esas máximas o reglas generales de la experiencia, que le enseñan la manera normal, constante o sólo ordinaria, como se suceden los hechos físicos o síquicos, y le sirven al juez de guía segura para la valoración de toda clase de pruebas y en especial de la indiciaria.

Al juez le basta aplicar a los hechos indiciarios debidamente probados y que conoce con certeza, esas máximas comunes o las técnicas especiales que conozca o que le hayan suministrado unos expertos, para obtener con ayuda de la lógica su conclusión acerca de si de aquéllos se concluye o no la existencia o inexistencia del hecho investigado y si esa conclusión es cierta o únicamente probable. Es por ello que la operación lógica se basa en una máxima general de la experiencia. El resultado depende de la calidad de necesario o contingente del indicio único y de la coherencia, concurrencia, convergencia y condiciones de los varios indicios contingentes.

Los indicios deben despojarse de ánimo subjetivo, son hechos de los cuales se infiere la producción de otros hechos. Y los hechos son pura objetividad, existencias, independientes de las ideaciones, los quereres y las ilusiones. Adicionalmente, deben considerarse los contraindicios, que son los hechos que desvirtúan el hecho base y la inferencia del indicio.

Respecto a los indicios en el contrato realidad, encontramos varios casos en la Jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, M.P. Jaime Moreno

García Radicación: 540012331000200000020 01, y expediente radicación: 0245 y 2161 de 2005, en las cuales se desprende de las cláusulas del contrato, evidencias de la subordinación en el contrato mismo, dado que se desprendía que las labores encomendadas se llevaron a cabo mediante instrucciones por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad.” (Consejo de Estado Sección Segunda Expediente 0245 y 2161 de 2005).

En cuanto a los indicios de un conjunto de aspectos de índole administrativo, se ha indicado por dicha Alta Corporación, en sentencia de radicación número: 73001-23-31-000-2008-00081-01(1618-09); que en cuanto a las funciones correspondiente a la medicina general y preventiva, que eran desempeñadas por el personal de planta, sin que se hubiera descartado su autonomía e independencia que ostenta el personal médico para aplicar sus conocimientos científicos específicamente a cada caso, no descarta la existencia de una relación de subordinación y dependencia, en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, como el cumplimiento de horario, la recepción de órdenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, el cumplimiento de las labores bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta.

1.4. Actividades de carácter misional y permanente

Al respecto, el artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993, indica los límites en que la administración pública puede contratar bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios; en dicho precepto señala que su celebración se hará para desarrollar actividades que se encuentran relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.

Lo anterior, determinaría que el contrato sería lícito cuando se contrata en actividades cotidianas de la administración, lo que podría dar a entender que el acuerdo de voluntades aún con funciones, conduciría en principio a la vinculación de carácter laboral; éstas integran las plantas de personal de las entidades conforme a la asignación del

empleo público cuya función es de cumplir con la misión institucional (Rincón, 2009, p. 369-371). Sin embargo, la disposición limita la contratación bajo modelo de prestación de servicios, bajo los supuestos que las actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, no pueden realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados.

Por ello, la misma definición delimita su aplicación, esto es, en la necesidad de aplicar conocimientos de carácter especializado, se justificaría los servicios externos e independientes y que se refleja en la autonomía del contratista. En consecuencia, la utilización del contrato de prestación de servicios solo puede darse de manera temporal, sin embargo, si la necesidad del contratista se convierte en permanente para la administración, surge la necesidad de recurrir a lo previsto en el artículo 122 de la Constitución Política, esto es, crear el empleo público conforme al ordenamiento jurídico.

Entonces la temporalidad, no es la parte accidental de un contrato sino presupuesto de existencia del negocio jurídico (Rincón, 2009, p. 372), en cuanto a su validez y existencia. Luego, se deriva una desviación de poder de la administración al celebrar durante años contrato de prestación de servicios, excusándose en el carácter técnico.

En este sentido, es procedente citar algunos casos que se presentan en diferentes sectores de actividades laborales, donde las entidades públicas en consideración a su objeto social y misional han celebrado contratos de prestación de servicios, de temporalidad permanente en el tiempo, a través de órdenes de prestación de servicios, justificando su contratación en el carácter técnico o especializado.

Sobre este aspecto es plausible traer a colación significativos ejemplos, que conciernen a diferentes actividades del sector público, que se caracterizan por emplear a personas, que ejercen una función misional, contratadas bajo órdenes de prestación de servicios, sobre el particular el precedente mencionar algunos casos, así:

- Labor docente

Inicialmente el más reconocido es la labor docente atendiendo a su particular situación, en cuanto la labor de subordinación y dependencia se encuentran ínsitas en labor que desarrollan y requieren de una permanencia y no se despliega de manera independiente, en este sentido se ha indicado por el Consejo de Estado en sentencia del 11 de marzo de 2010, al precisar:

“No es entonces la labor docente independiente y siempre corresponde a aquella que de ordinario desarrolla la administración pública a través de sus autoridades educativas, pues no de otra manera puede ejercerse la enseñanza en los establecimientos públicos educativos, sino por medio de los maestros”

De lo anterior podemos concluir, que el desarrollo de la actividad docente supone la configuración de los elementos de subordinación y prestación personal del servicio como factores que están ínsitos en la actividad docente, por tanto, para determinar la existencia de una relación laboral disfrazada, o lo que es lo mismo, la existencia de un contrato realidad; basta con que se demuestre la suscripción de contratos de prestación de servicios para el desarrollo de los servicios de docencia y que se demuestre que efectivamente se prestó el servicio.

- Labor de servicios generales - Aseo

En este sentido, también se ha pronunciado el Consejo de estado Sección Segunda Subsección b Consejero Ponente: Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila expediente 250002325000200608185 01, sobre la naturaleza de las funciones que se desarrollan en el ejercicio de una actividad de carácter permanente sujeta a la subordinación, lo que genera para la administración la creación de un de crear el empleo público correspondiente y de asignar el respectivo titular, de acuerdo con las competencias y requisitos establecidos en la Constitución y en la Ley.

Así mismo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa, en cuanto a las funciones que son desarrolladas por auxiliares en general, secretarías y operativas con dedicación de carácter administrativo al servicio de la administración que requieren para el funcionamiento adecuado y normal de la entidad, la necesidad de tener dicho personal, ejerciendo funciones permanentes (20120322, Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección “A” consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón radicación número: 05001-23-31-000-2003-03063-01(1788-10)).

A su vez, en los contratos de prestación de servicios, donde se contratan profesionales y asistenciales del sector salud, por parte de entidades que tiene como misión prestar servicios asistenciales y especializados en el área de la salud, se ha caracterizado por la contratación de dicho personal por órdenes de prestación de servicios. Sin embargo, conforme al principio de la primacía de la realidad, a pesar que estos se desarrollan conforme a las estipulaciones de la Ley 80 de 1993, donde presuntamente su origen indica que dichas estipulaciones se aplican cuando dichas funciones no pueden desarrollarse por personal de planta, dichas funciones si las practica este personal donde se encuentran similares o idénticas funciones. No obstante lo anterior ante dicha similitud, no se puede indicar lo mismo frente a la clase de contrato que ostentan, dado que cierto personal está vinculado directamente por la entidad, ya sea por vinculación conforme lo señala el Código sustantivo del trabajo para las empresas privadas o trabajadores oficiales, o por relación legal y reglamentaria para los servidores públicos; sino que se tratan por órdenes de prestación de servicios.

Atendiendo que el tema de investigación está centrado en la celebración de contratos de prestación de servicios en el área de la salud, en el capítulo dispuesto para ello, se analizará en forma específica sobre el mismo.

1.5. Aspectos Constitucionales de la relación laboral en el contrato de Prestación de Servicios en el ordenamiento jurídico colombiano.

Desde la Constitución Política en el artículo 53 se dispuso sobre las garantías de las relaciones laborales en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, y en esa misma línea, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo pregonaba la existencia del contrato, cuando existe la prestación personal, el pago o contraprestación económica y la subordinación.

En Colombia se ha entendido como un elemento fundamental de la relación laboral, la subordinación como la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador; es una subordinación jurídica, no obedece a potestades políticas, señoriales, tributarias, económicas, técnicas, jerárquicas o materiales, sino que la persona acepta consentir en ella libremente para “una relación jurídica de poder”, en perjuicio de su libertad (Quintana, 2002, p. 13).

En materia internacional con la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se dio con la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en noviembre de 1969, aunque tal Convención entró en vigencia hasta 1978. Es interesante señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no conceptualizó directamente el derecho al trabajo, pero su Art. 6 expresamente formuló una prohibición respecto de la esclavitud, la servidumbre y del trabajo forzoso.

La Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) expresamente consagró en su Preámbulo el reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor» premisa que se desarrolló en el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT al señalar que: *“todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”*.

A través de la Ley 22 de 1967 se aprobó el Convenio Internacional del Trabajo, atinente a la igualdad de los derechos de los trabajadores evitando toda clase de discriminación

en la ocupación del empleo, en armonía con las fuentes normativas previstas en el artículo 53 de la Constitución Política y a la interpretación brindada a los derechos constitucionales establecidos en el artículo 93 de la Carta.

En el marco constitucional establecido en el artículo 122, consagra la prohibición de “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”; en este sentido, el dispositivo normativo ordena que las funciones que se desempeñen con ocasión del empleo público deben estar establecidas normativamente así como la su remuneración y descripciones de la planta de personal.

La Ley 909 de 2004, reguló el empleo público, para quienes prestan el servicio personal con vinculación legal o reglamentaria, en aras de dar cumplimiento a los principios de función pública, en desarrollo de los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficiencia, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad, con el fin de lograr la satisfacción de los intereses generales y la efectiva prestación de servicio.

En este orden, de ideas después de estudiar los fundamentos jurídicos constitucionales y convencionales del derecho al trabajo, se pasará a revisar la normativa de contrato de prestación de servicios en Colombia.

En sentencia C-154 de 1997 la Corte Constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la Ley 80 en su artículo 32, 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).

1.6. Aspectos normativos del Contrato de Prestación de Servicios

Inicialmente el Decreto Ley 222 de 1983 denominó como contrato de prestación de servicios, el que es realizado por persona natural o jurídica, con el fin de desarrollar actividades administrativas, además que dichas funciones no podrían cumplirse por personal de planta.

A su vez, determinó las clases de contratos de prestación de servicios, clasificándolos como de asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de conceptos, servicios de salud distintos de los que celebren las entidades de previsión social, edición, publicidad, sistemas de información y servicios de procesamiento de datos, agenciamiento de aduanas, vigilancia, aseo, mantenimiento y reparación de maquinaria, equipos, instalaciones y similares.

Posteriormente, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que definió el objeto de contrato de prestación de servicios relacionado con las actividades concernientes con el funcionamiento y administración de la entidad celebrado con personas naturales; este artículo dispuso como lo indicado por la anterior normativa, que dichas actividades no podrían desarrollarse por personal de planta y que dicha actividad se podía contratar con dicho personal que requiera conocimientos especializados; además especificó que dichos contratos no general relación laboral ni prestaciones sociales.

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”.

Ahora bien, el Decreto 2170 de 2002, reguló el contrato de prestación de servicios profesionales teniendo en cuenta la capacidad para ejecutar el objeto del contrato, esto es bajo la demostración de idoneidad y experiencia relacionada y de manera complementaria la prestación de los referidos contratos de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, en cuanto estos atañen a los fines específicos de la entidad o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar.

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, la 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

De otro lado, 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, previó en su artículo 17, estructuró la planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional.

Además, señaló que 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, y 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.

En aras de promover la formalización laboral se expidió la Ley 909 de 2004, en la cual se determinó funciones, tareas, responsabilidades y competencias, con el fin de cumplir los fines del empleo público y la carrera administrativa, en ella se estipuló, 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.

Por su parte, el literal h numeral 4 de artículo 2 de la Ley 1150 de 2007; dispuso la modalidad de contratación directa para la contratación de la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales. Que se caracterizan por celebrarse para el desarrollo de actividades operativas, logísticas o asistenciales, vinculadas a la realización de las tareas propias de la entidad, caracterizadas por corresponder a actividades predominantemente materiales y no calificadas.

A su vez, el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, en el artículo 2.2.1.2.1.4.9, señaló que el contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, solo a determinadas personas naturales, que solo puede ser contratada bajo la modalidad de contratación directa, siempre y cuando cumpla con la idoneidad o experiencia requerida en el área.

El Decreto 1083 de 2015, reglamentario único del sector de la función pública en su artículo 2.2.5.17, señaló la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones permanentes, y en su defecto indicó que se crearán empleos correspondientes. Adicionalmente aclaró que la función pública no puede ser objeto de

contrato de prestación de servicios ni delegarse en el personal vinculado mediante dicha modalidad.

De esta manera, el contrato de apoyo a la gestión, implica el desempeño de actividades de apoyo, operacionales, entre otras, relacionado con la gestión administrativa, sin necesidad de conocimientos profesionales o especializados para su ejecución, y su suscripción depende del interés que surja a las necesidades de la Administración Pública, conforme a la planeación efectuada por la entidad (Dávila, 2016, p. 868).

Así mismo, es preciso indicar que la modalidad de selección para este tipo de contratos se encuentra establecida en el literal h) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, la cual refiere a contratación directa.

1.7. Contrato de prestación de servicios: Sector Salud.

1.7.1. Prestación del Servicio de Salud entidades Públicas

Antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, en nuestro país se regía el sistema del sector salud por la Ley 10 de 1990, misma que determinó la necesidad de mayor acceso a los servicios de salud a nivel nacional; por ello, otorgó mayor acceso a diferentes niveles de complejidad a través de enfocar la responsabilidad a los hospitales en la atención de materia especializada.

Posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por disposición legal se convirtieron a los hospitales públicos y se denominaron como Empresas Sociales del Estado - ESE -, para prestar el servicio de salud en desarrollo de los principios de eficiencia y celeridad en aplicación del régimen jurídico previsto en el artículo 194 y siguientes de la Ley 100 de 1993, respecto a la naturaleza jurídica de entidades públicas descentralizadas con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera. Al respecto la norma definió:

La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo. (Ley 100, 1993. Artículo 194)

Por otro lado, el artículo 2° del Decreto 1876 de 1.994 habla que el principal objetivo de las empresas sociales del estado, no es otro que el de la prestación de servicio de salud, entendido éste, como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud. Así mismo, contempló los objetivos para garantizar el servicio de salud de manera eficiente.

Igual conclusión se extrae del párrafo del artículo 6° de la Ley 10 de 1990 y del artículo 2° del Decreto 2309 de 2002, que expresamente autorizan la suscripción de contratos de prestación de servicios profesionales en salud con personas naturales.

Sobre la naturaleza de las Empresas Sociales del Estado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia C- 665 de 2000, constitucional ha sintetizado que éstas:

“son una nueva categoría dentro del catálogo de entidades administrativas del orden descentralizado, que tienen naturaleza, características y especificidades propias, lo cual impide confundirlas con otro tipo de entidades públicas”. Así mismo, ha explicado la naturaleza jurídica particular, la regulación especial y la competencia en cabeza del Legislador para determinar la estructura orgánica de estas entidades, en razón a que “las empresas sociales del Estado tienen una naturaleza jurídica diversa de la que corresponde a los establecimientos públicos, y su función primordial, a diferencia de éstos, no consiste en el cumplimiento de tareas administrativas en un sentido general, sino que radica

ante todo en la atención de salud. Por ello, las disposiciones que las rigen son también distintas y, en el caso de las empresas sociales, que por su naturaleza de entidades descentralizadas públicas debían ser creadas por ley, como en efecto lo fueron, el legislador estaba facultado para establecer su estructura orgánica”

1.7.2. Contratación de Empresas Sociales del Estado

En cuanto al régimen jurídico de las Empresas Sociales del Estado, el carácter de las personas vinculadas a estas empresas y el régimen contractual, es de señalar que el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 estipula que i) las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990, y ii) que en materia contractual se regirá por el derecho privado pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, previsión que debe concordarse con el literal a) del artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

En lo que respecta al régimen laboral de los servidores públicos vinculados a las Empresas Sociales del Estado, el artículo en mención advierte que aquél será el previsto en la Ley 10 de 1990. A este respecto, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 señala, que la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado estará conformada por funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción, según el caso, a lo cual agrega en su párrafo que “son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones”. Así mismo, es de mencionar que la Ley 1122 de 2007 introdujo algunas modificaciones a la regulación de las ESE.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-599 de 2004, en cuanto a la contratación de las Empresas Sociales del Estado, y que contraten en prestación de servicios por fuera de la planta de personal precisó:

“i) nada obsta para que en el caso de las Empresas Sociales del Estado dentro del marco de las normas contractuales se puedan llegar a contratar los servicios de un revisor fiscal que no haga parte de la planta de personal de la entidad, y que ii) dada la naturaleza de la función que cumple el revisor fiscal y la independencia que debe garantizársele para el efecto, precisamente resulta razonable que éste no haga parte de dicha planta”

En este sentido, ha sido clara la Corte en precisar que, si bien las Empresas Sociales del Estado tienen competencia para contratar servicios, estos deben obedecer a funciones que no estén dentro de la planta de personal y de se cumpla de manera independiente la labor, esto es, dentro de los parámetros establecido en el contrato.

1.7.3. Celebración de Contrato de Prestación de servicios de Salud

De otro lado, en cuanto a la celebración de contrato de prestación de servicios **en el área de la salud**, como es el personal de servicios médicos generales, especialistas, servicios de enfermería, odontología y servicios asistenciales, se ha indicado por la jurisprudencia, que inicialmente puede ser válida la suscripción de órdenes de prestación de servicios de salud conforme lo prever el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, siempre y cuando no pueda ser realizada por el personal de planta de la entidad o se requiera de servicios especializados, que deban ejecutarse con autonomía e independencia.

Sin embargo, visto desde esta óptica en cuanto a la celebración del contrato por personal de la salud, debe caracterizarse por las limitaciones establecidas en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en caso de surgir como una actividad de carácter permanente dentro de la entidad, y que cumpla con los elementos de una relación laboral, que se puede establecer mediante los diferentes indicios del que se ha venido señalando. No se excluye de la posibilidad de empleo público, atendiendo a la prestación de servicio de salud, lo cual constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las Entidades Estatales prestadoras del mismo. Lo anterior, en concordancia con los

pronunciamentos del Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "A" Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00270-01(0350-10).

Es por ello, el servicio médico en concreto, debe precisarse que en sus diferentes modalidades y especialidades se encuentra previsto como un empleo público del nivel profesional dentro del Sistema Nacional de Salud y la organización del Subsector Oficial de Salud de las Entidades Territoriales y sus entes descentralizados, con denominación y funciones detalladas en la Ley, más exactamente en el artículo 3° del Decreto 1335 de 1990, por medio del cual el Gobierno expidió el Manual General de Funciones y Requisitos de los empleos pertenecientes al Subsector Oficial del Sector Salud y los artículos 21 y 27 del Decreto Ley 1569 de 1998, que establecen el sistema de nomenclatura y la clasificación de los empleos de las Entidades Públicas que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud.

En cuanto a la demostración del contrato realidad por parte del personal del servicio de la salud, el Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección a Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren radicación número: 73001-23-31-000-2008-00081-01(1618-09), ha señalado:

Por ende, aun cuando el objeto del contrato haya sido la prestación de servicios de Medicina Especializada, no puede utilizarse la preceptiva arriba señalada como argumento in limine para descartar la posible existencia de una relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, pues descartadas la autonomía e independencia características del mismo, desvirtuada su temporalidad -es decir, demostrada la permanencia y continuidad del servicio- y probados los elementos de una relación laboral en los términos inicialmente esbozados, se posibilita el reconocimiento del contrato realidad.

1.7.4. Contrato prestación de servicios del personal del sector de salud entidades en el Departamento de Caldas

El tema de la prestación de servicios a través de órdenes de prestación de servicios por parte del personal de servicios asistenciales y profesionales del sector de la salud, no ha sido pacífica en la jurisdicción, atendiendo a la presentación de diversas demandas en contra de entidades que prestan el servicio de salud, como en instituciones prestadores de servicio de salud (IPS), Empresas sociales del Estado (Ese), Clínica de la Policía y Fuerzas Militares, entre otras, que celebran contrato de prestación de servicios con el personal médico y asistencial. Sin embargo, las actividades que realizan por obedecer a la misión de la entidad, presentan una relación laboral por las características de la labor en el empleo, que coinciden con los elementos de dicha relación que permiten inferir que la tal relación se encuentra desdibujada en una relación laboral.

Al respecto, es preciso identificar desde las controversias que se suscitan en la Corporación Administrativa, los diferentes casos en donde se ha determinado que el personal médico ha sido contratado por las entidades de manera inapropiada, dado que las decisiones judiciales, permiten acreditar que el desempeño de sus actividades al caracterizarse por ser un servicio público esencial como es el servicio de salud, requiere de la prestación del servicio de una manera permanente que satisfaga las necesidades del servicio de salud, a todos los usuarios, afiliados al sistema de salud del Departamento de Caldas, a través de las entidades que prestan el servicio. Y por ello, de requerir de personal médico que por la naturaleza del servicio debe realizarse de manera permanente.

En este sentido, es el Tribunal Administrativo de Caldas, se ha pronunciado en cuanto a la declaratoria de realidad frente a las contrataciones por órdenes de prestación de servicios del personal que presta el servicio de salud, que se han presentado por parte de estas entidades, mismas que será analizadas en esta investigación dentro de la oportunidad pertinente.

1.7.5. Contrato de Prestación de Servicios - Servicio Social Obligatorio – Sector Salud

Se ha podido percibir que algunas entidades han vulnerado los derechos laborales del personal médico, no solo cuando se ejerce como profesional, sino cuando el servicio se presta para acceder a uno de los requisitos que se requieren para acreditar para ser titulado como profesional de la salud. En efecto, dicho hecho ha ocurrido, cuando se presta el servicio social obligatorio, en las entidades que prestan el servicio de salud de los municipios del Departamento de Caldas.

Sobre este aspecto tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Administrativo han precisado que conforme a la normatividad que lo regula el servicio social obligatorio constituye la primera experiencia laboral de la mayoría de los egresados en las áreas de la salud. Los que presten este servicio tienen derecho al salario y las prestaciones sociales que percibe un empleado público nombrado de manera ordinaria en la entidad que los vincula.

El servicio social obligatorio para los egresados de los programas de educación del área de la salud se regula por el artículo 33 de la Ley 1164 de 2007. La duración del servicio es entre seis meses y un año. Además, este servicio es un requisito para la inscripción en el Registro Único Nacional.

Aunado a lo anterior, el Decreto 785 de 2005 establece la nomenclatura de los empleos de las entidades territoriales, y define los cargos públicos de: 085 Gerente Empresa Social del Estado y 217 Profesional Servicio Social Obligatorio – equivalente al de Médico Servicio Social Obligatorio (arts. 16 y 18).

En el caso específico de las Empresas Sociales del Estado- ESE, los trabajadores oficiales son “...quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales en las mismas instituciones.” (Ley 10/90, por

remisión art. 195.5 Ley 100/93) 1 En sentido contrario, quienes no se desempeñan en el mantenimiento o servicios generales de las E.S.E., son empleados públicos. Como es el caso del empleo de médico.

Los médicos generales y los médicos que prestan el seguro social obligatorio tienen funciones similares. Efectivamente, el Decreto 1335 de 1990 fija las funciones de los empleos del subsector oficial de la salud. Su numeral 2.15 del artículo 3º prevé los cargos y las funciones de: Médico Servicio Social Obligatorio y Médico General. Al estudiar esta norma, el Consejo de Estado concluyó que estos dos cargos son los mismos, las funciones son similares, y envuelven una relación laboral:

En cuanto a la vinculación que deben tener con la Administración, está visto que estos cargos [médico general y médico servicio social obligatorio] se enmarcan dentro de la Estructura del Sector Oficial de Salud Territorial, asignándoseles el Nivel 3220, cuya denominación es Médico de Servicio Social Obligatorio, según el Decreto 1921 de 1994, por lo que en principio se puede afirmar que se trata de una relación laboral por el término de duración del servicio (1 año).

De conformidad con el Manual de Funciones y Requisitos, es posible inferir que para desempeñar el cargo de Médico General de Planta y Médico de Servicio de Salud Obligatorio, son los mismos y las funciones son ampliamente similares...2-sft-

Igualmente, el personal médico que presta servicio social obligatorio tiene derecho al pago de prestaciones sociales, conforme se ha dispuesto en las siguientes normas que ilustran de manera taxativa dichos emolumentos, como lo son la Resolución 1058 de

¹ “Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990”

² C.E. sent. feb- 16/12. M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Rad. 13001-23-31-000-2001-01766-01(1708-11)

[http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/101/S2/13001-23-31-000-2001-01766-01\(1708-11\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/101/S2/13001-23-31-000-2001-01766-01(1708-11).pdf)

2010 del Ministerio de Protección Social reglamenta la prestación del servicio social obligatorio. Su derogado artículo 153 precisaba que se debía garantizar "...una remuneración equivalente a la de cargos desempeñados por profesionales similares en la misma institución."

Ante la falta de norma expresa acerca de la remuneración del servicio social obligatorio, es preciso hacer un sucinto recuento histórico.

La Ley 50 de 1981 regulaba este servicio. Su artículo 6º señalaba: "Las tasas remunerativas y el régimen prestacional al cual serán sometidos quienes presten el Servicio Social Obligatorio serán los propios de la institución a la cual se vincule el personal para cumplimiento de dicho servicio...".

El artículo 6 del Decreto 2396 de 1981 disponía: "Las personas que deban cumplir con el Servicio Social Obligatorio quedarán sujetas a las disposiciones que en materia de personal rijan en las entidades a las cuales se vinculen."

La Resolución 795 de 1995 del Ministerio de Salud⁴ protegía las garantías laborales de los integrantes del servicio social obligatorio, de esta forma:

ARTÍCULO 1.

(...)

7. La vinculación de los Profesionales deberá contar con la disponibilidad presupuestal respectiva y en ningún caso su remuneración será inferior a los cargos de planta de las instituciones en la cual presten sus servicios.

8. El profesional que presta el Servicio Social Obligatorio gozará de las mismas garantías del personal de planta, en cuanto a honorarios, compensatorios, etc.

³ Derogado por el artículo 16 de la Resolución 2358 de 2014 del Ministerio de Salud y Protección Social.

⁴ Resolución 795 de 22 de marzo de 1995, Por la cual se establecen los Criterios Técnicos Administrativos para la Prestación del Servicio Social Obligatorio.

(...)

ARTÍCULO 12. Los profesionales que cumplan con el Servicio Social Obligatorio estarán sujetos a las disposiciones vigentes que en materia de administración de personal, salarios y prestaciones sociales rijan en las entidades donde presten dicho servicio.-sft-

Estas normas derogadas fueron expedidas en vigencia del actual Sistema de Seguridad Social Integral. Y en la vigencia del actual sistema de salud, el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 31 de mayo de 2012⁵ afirmó que el profesional vinculado al servicio social obligatorio tiene derecho a que se le reconozca el mismo salario y demás prestaciones sociales que percibe un empleado público nombrado de manera ordinaria en la misma entidad:

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta aquí y, particularmente, las disposiciones que regulan la materia, específicamente las contenidas en la Resolución No. 795 de 1995 “por la cual se establecen los criterios técnico administrativos para la prestación del Servicio Social Obligatorio” es claro que las entidades al vincular profesionales para prestar el Servicio Social Obligatorio, deben contar con la disponibilidad presupuestal respectiva y en ningún caso la remuneración de éstos puede ser inferior a la de los cargos de planta.

(...) el personal vinculado a una entidad pública bajo esta modalidad, tiene derecho a que se le reconozca y pague el mismo salario y demás prestaciones sociales que percibe un empleado público nombrado de manera ordinaria en la misma entidad...

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia del 31 de mayo de 2012, proceso con radicado 13001-23-31-000-2001-01792-01 y número interno 2329-11

En este aspecto, se puede colegir que el contrato de prestación regido por las normas precitadas tiene un claro objetivo, respecto a los fines y objetivos con que se vincula al personal frente a las entidades públicas que realizan este tipo de contrataciones, que obedecen a suplir los servicios especializadas con los que no cuenta la entidad, y tampoco tiene una función pública.

Sin embargo, como se ha observado en el desarrollo de este capítulo las entidades han contratado por prestación de servicios, servicio que por su naturaleza no lo son, como es el ejemplo de la prestación del servicio docente, aseo, administrativo y de salud.

En este contexto, es especial en los servicios que se prestan por el servicio desde asistencial, técnico y profesional del sector salud, por entidades que prestan este servicio, se ha desnaturalizado su origen, al acreditarse por las pruebas que conducen a los indicios al efectos de desarrollar las actividades, claramente que no cumple con los requisitos de un contrato de prestación de servicios, pero si de un contrato laboral, que se rige por las premisas normativas básicas o elementos que se traducen en cumplir personalmente la labor, recibir remuneración y acreditar la subordinación.

Para el caso del personal de servicios de la salud, hay diversas jurisprudencias que han analizado los supuestos normativos y fácticos que se han presentado en dichas actividades, y han adoptado criterios relevantes, en cual han sentado unas posturas que permite identificar una relación laboral; como es el hecho de que la entidad tenga una misión precisa como es la prestación de servicio de salud, y por ende este debe ser contrato por gran parte de personal de la salud. Mismo que está supeditado al cumplimiento de horarios, y de subordinación, porque deben estar condicionadas a unas directrices por parte del personal de mayor categoría por parte de la Coordinación Administrativa.

Entonces, no se podría flexibilizar dicho servicio como el profesional lo quiera prestar, a horas indeterminadas y el horario que el prefiera. Pues al referirse al servicio de la salud, debe cumplir con un objetivo social, en beneficio del bien común, que debe ser prestado

por el Estado, inherente a una función pública y por las entidades que por ley ha dispuesto esta función social. Así mismo, el derecho a la salud es un derecho fundamental que debe prestarse de manera oportuna, permanente y oportuna para los afiliados. Por tanto, la prestación del servicio por el personal que se contrató debe contar con todas las garantías laborales y prestaciones, por asumir roles relevantes en la sociedad. Y en este sentido, su contratación por órdenes de prestación de servicios, es desnaturalizar la verdadera relación laboral que existe entre el contratante, que en realidad es el patrono.

Capítulo II

2. Línea Jurisprudencial

2.1. Elaboración análisis Jurisprudencial

Con el fin de realizar la línea jurisprudencial inicialmente de la Corte Constitucional, se parte de la sentencia más reciente catalogada como sentencia arquimédica de apoyo, conforme al tratadista Diego López Medina (López, 2000, p.171-173), la cual fija una metodología que se debe seguir para elaborar una línea jurisprudencial que comprende tres pasos i) el punto arquimédica de apoyo; ii) ingeniería inversa y la telaraña y los puntos nodales de jurisprudencia.

Sobre la sentencia arquimédica el tratadista destaca que en un primer paso, se debe hallar el punto arquimédico o de referencia, del cual hace alusión a Arquímedes (Dadme un punto de apoyo y moveré el mudo). Entonces explica que el investigador debe hallar esa sentencia, que debe cumplir con ciertas características entre ellas: i) que sea la más reciente posible, y ii) que sus hechos relevantes tenga el mismo patrón fáctico o al menos el más cercano posible que permitirá resolver el problema jurídico.

A su vez, se debe trazar una metodología denominada la triada de López Medina (Pérez, 2018, p. 1), de lo cual se infiere a partir de la sentencia arquimédica, ingeniería inversa, y un nicho citacional. Esto refiere a un proceso de selección de sentencias partiendo de la más reciente sobre el tema en cuestión; y posteriormente se relacionan las citas que se extrae de dicha sentencia y a su vez, se realiza el mismo proceso con las demás

sentencias de acuerdo a las citas referidas denominado sentencia inversa. Una vez se realiza este ejercicio se obtiene el nicho citacional.

A partir de la sentencia arquimédica se cita un primer nivel de sentencias proferidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, que pasan analizarse con el fin de construir el nicho citacional.

Los temas que se abordan son analogizables dentro del escenario constitucional que abarca el tema del contrato realidad desde diversas perspectivas de los derechos fundamentales.

En suma, sobre el tema que nos interesa se realiza un análisis profundo sobre la tesis de la Corte respecto a las características básicas de cada uno de los contratos, esto es cuando se presta un servicio requerido por la entidad sin que este converja en una relación laboral dado el carácter de especializado, autónomo e independiente que no alude a las actividades misionales de la entidad contratante. Y por su parte, a los contratos laborales que por ley son de carácter obligatorio atendiendo la naturaleza del mismo que no permite por las cualidades del empleo que se desarrollen con total independencia o coordinación, sino que requerirá conforme al objeto del contrato que este sea desempeñado de manera subordinada atendiendo el objeto misional de la entidad.

Por ello, a partir de la sentencia arquimédica la cual se identifica para el caso de estudio en la T-388 de 2020 expedida por la Corte Constitucional, que abordó el caso de la accionante que reclama sus derechos laborales y prestacionales a raíz de la contratación realizada por el Hospital Comunal Las Malvinas – Empresa Social del Estado – ESE, a través de contratos sucesivos en el cual se desempeñaba en un cargo asistencia de enfermera. No obstante, al identificarse como una labor misional fue contratada a través de contratos de prestación de servicios.

Entonces a partir de dicha sentencia, se extrajeron 9 providencias entre ellas de constitucionalidad, tutela, unificación de jurisprudencial y que remiten a sentencias del

Consejo de Estado; éstas inicialmente se ponen en un primer nivel, y ésta a su vez conforman el segundo nivel con otras sentencias que de manera específica señalan los diferentes casos que se han presentado a partir de las diversas relaciones laborales. Y también permiten reflejar reiterados pronunciamientos, conforme a la normatividad surgida a lo largo de la historia referente al tema, que permite adoptar líneas que siguen el precedente, partiendo de diferentes relaciones laborales.

Bajo este contexto, se analiza la situación fáctica y jurídica de acuerdo a las sentencias extraídas de la sentencia arquimédica y que nos permite identificar la sentencia fundadora. Igualmente se abarcará cada una de las situaciones planteadas dentro de las relaciones entre los contratistas que indudablemente generan una verdadera relación laboral.

2.2. Análisis jurisprudencial sentencias de la Corte Constitucional sobre contrato de prestación de servicios de salud a partir de la sentencia más reciente en la materia.

Sentencia arquimédica T-388 de 2020. MP. Diana Fajardo Rivera.

Inicialmente es plausible indicar la importancia de indagar en el campo del objeto de la investigación, donde se plantea abordar los problemas jurídicos, fundados en la sentencia arquimédica que para nuestro caso es la sentencia T- 388 de 2020.

Por ello, dicha sentencia es la base para realizar el análisis jurisprudencial, toda vez que de ella se desprende no solo los diversos casos que se han presentado en diferentes sectores tanto público y privado, sino también en los que se ha demostrado la configuración del contrato de prestación de servicios en contrato realidad con el personal asistencial en el sector de la salud como es la actividad de enfermería.

Entonces, la sentencia plantea aspectos constitucionales de derechos a la estabilidad laboral reforzada por verse vulnerado los derechos fundamentales al trabajo y al mínimo

vital, en cabeza de la accionante al describirse como madre cabeza de familia, la cual persigue el reconocimiento de salarios, prestaciones sociales y demás acreencias laborales. Así mismo, al reintegro del cargo que venía ocupando; atendiendo a la no renovación del contrato de prestación de servicios.

Lo anterior, dado que laboró a través de diferentes contratos de prestación de servicios en los periodos comprendidos entre el 1 de junio de 2013 y hasta el 30 de junio de 2019, al servicio del Hospital Comunal Las Malvinas – Empresa Social del Estado – ESE.

En efecto, la Corte Constitucional abordó temas como: el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada por salud; contrato de prestación de servicios que no cumplen con temporalidad y suscripción sucesiva de contratos de prestación de servicios que demuestran funciones permanentes de auxiliar de enfermería.

Por ello, sobre el tema específico de contrato realidad señaló sobre los parámetros jurisprudenciales con apoyo en el artículo 53 de la Constitución Política, según la primacía de la realidad sobre las formalidades sobre los sujetos de las relaciones laborales en cuanto al cumplimiento de los siguientes presupuestos: (i) prestación personal del servicio, (ii) que se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado, y (iii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.

A su vez, estimó conveniente referirse a la prueba indiciaria para la estructuración de la existencia de la verdadera relación laboral, que debe ser analizados por los funcionarios judiciales para establecer una verdadera relación. Por consiguiente, consideró como el contrato de prestación de servicios perdía su esencia cuando se encontraba demostrado:

1. Que no se cumple el carácter temporal de clase de contratos.
2. Cuando se han suscrito de manera sucesiva y por varios años y
3. Cuando se desarrollan labores permanentes de auxiliar de enfermería.

Aunado a lo anterior, consideró la jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto a las características que conforman el presupuesto de subordinación y dependencia que debe ser desvirtuada por la parte accionada. Específicamente, en cuanto a la autonomía

referente a las actividades que desarrolla el personal de enfermería, en entidades que prestan servicios de salud indicó:

63. Esto con fundamento en que no es posible hablar de autonomía cuando una auxiliar de enfermería, por lo general, “no puede definir en qué lugar presta sus servicios ni en que horario, es más, su labor de coordinación de las demás enfermeras y la obligación de suministro de medicación y vigilancia de los pacientes no puede ser suspendida sino por justa causa, previamente informada, pues pondría en riesgo la prestación del servicio de salud, o sea, que existe una relación de subordinación.”

En este sentido, concluyó la Corte que las funciones de enfermería no pueden desempeñarse de forma autónoma, pues dicha labor no es dable definir ni el lugar ni el horario en que se pueden prestar los servicios, además que la actividad no se puede suspender sin justificación dado que se pone en riesgo el servicio de salud.

Aunado a lo anterior, consideró que al demostrarse la relación laboral al evidenciar la continuada subordinación o dependencia, y al quedar acreditado la falta de temporalidad en los contratos atendiendo a la prolongación en el tiempo del mismo y que las funciones de la accionante requería de cubrir la necesidad de un cargo permanente, la entidad debió adoptar las medidas necesarias para proveer la planta de personal de acuerdo a las necesidades reales de ente de salud.

Es preciso destacar que en la providencia se hace un llamado de atención y advierte sobre el abuso de este tipo de contrataciones, que por lo general son por términos inferiores a un año; causando una gran incertidumbre en el campo de estabilidad laboral toda vez que en la entidad contratante puede terminar la relación de manera intempestiva lo que genera la afectación al mínimo vital.

En este orden, ha considerado la Corte de acuerdo a los preceptos jurisprudenciales del Consejo de Estado, en los contratos de prestación de servicios suscritos por auxiliares

de enfermería con entidades de salud del Estado, por regla general se presume el cumplimiento del presupuesto de subordinación. Y este sentido, recalcó la importancia de la labor de los auxiliares de enfermería para el funcionamiento de los hospitales y la prestación del servicio público. Adicionalmente, instó al reconocimiento de los derechos laborales con la vinculación contractual y la coherencia con la necesidad permanente del servicio.

Sobre el particular, se trae a colación apartes de la sentencia en la cual pone de relevancia la función de los auxiliares de enfermería y la necesidad que su trabajo sea digno, conforme a lo señalado por la Organización Mundial de la Salud, aún más en el caso que actualmente vive el mundo relacionado con la atención de pacientes por casos de pandemias como es virus de Covid-19, por ello expuso:

Al respecto afirmó que “el personal de enfermería representa más de la mitad del personal de salud que hay en el mundo, y presta servicios esenciales en el conjunto del sistema sanitario. A lo largo de la historia el personal de enfermería ha estado en primera línea de la lucha contra las epidemias y pandemias que amenazan la salud a nivel mundial, igual que sucede hoy. En todos los lugares del mundo están demostrando su compasión, valentía y coraje en la respuesta a la pandemia de COVID-19: nunca antes se había puesto más claramente de relieve su valía. ‘Los profesionales de enfermería son la columna vertebral de cualquier sistema de salud’”.

En consecuencia, el precepto constitucional abordado es de suma importancia para el tema de investigación y de estudio, atendiendo que su análisis refleja la postura que ha desarrollado la Corte Constitucional respecto a la línea sobre la naturaleza, características y diferencias entre una relación y el contrato de prestación de servicios.

A su vez, enfatiza sobre las pruebas e indicios que se deben analizar por parte de los operadores judiciales, para establecer una verdadera relación laboral disfrazada de contrataciones a través del contrato de prestación de servicios, atiendo a diversas

situaciones fácticas que se estudian en la sentencia y en diversas que ponen de relieve situaciones de relaciones laborales donde se acredita la vulneración de los derechos fundamentales y por ende, la demostración del contrato realidad vía acción de tutela.

Bajo este contexto, es posible advertir conforme al análisis que hace la Corte respecto de los auxiliares de enfermería que, de acuerdo a sus funciones y actividades respecto al servicio de salud, es admisible indicar que cuando prestan un servicio con entidades del Estado, se presume la relación de subordinación.

Luego, es factible advertir que las entidades que prestan servicios de salud como las EPS-S; IPS y ESE, deben contratar dichos servicios a través de una vinculación laboral.

2.3. Sentencia hito y fundadora de línea C-154 de 1997

La sentencia C-154 de 1997, se estableció como sentencia fundadora pues de acuerdo a las características de ella, son las decisiones de la Corte Constitucional en la cual se distancia de la sentencia arquimédica, además analiza con argumentos sobre la desigualdad que se alegó cuando los llamados colaboradores de la administración se encontraban bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios en ningún caso generaba relación laboral ni prestaciones sociales. Sin embargo, en la sentencia expuso que la violación del derecho a la igualdad se produce cuando se otorga un tratamiento diferenciado entre iguales sin justificación alguna objetiva y razonable. Además, del tratamiento diferenciado y no es proporcional a las circunstancias de hecho y finalidad.

En la sentencia se declaró exequibles las expresiones “no pueden realizarse con personal de planta”, “y en ningún caso” generan relación laboral ni prestaciones sociales” contenidas en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, salvo que se acredita la existencia de una relación laboral subordinada”.

En la referida sentencia delimitó las características de los contratos de prestación de servicios y las diferencias con el contrato de trabajo, en ella se advirtió que los contratos

que se celebran con entidades del Estado, en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados. Y en este sentido refirió a las siguientes características:

- a. La prestación como obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, y se acuerdan las labores profesionales. Así como la actividad temporal de la actividad, y con el objeto de funciones administrativas de conformidad en los términos establecidos en el artículo 210 de la Constitución Política.
- b. La autonomía e independencia el contratista desde el punto de vista técnico y científico, que constituyen el elemento esencial del contrato. Lo que implicaría que el contratista tiene un amplio margen discrecionalidad en cuanto a la ejecución del objeto del contrato.
- c. A la temporalidad y duración respecto a la limitación del tiempo, en caso que las actividades demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, se deberá adoptar las medidas por parte de la entidad, se cree en la respectiva planta de personal y se provea en el presupuesto correspondiente.

En este sentido, se abordó un análisis comparativo de las modalidades contractuales entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, atendiendo que cada uno de ellos reviste características propias y disimiles en cuanto a la naturaleza y objeto.

Y en efecto como una característica diferenciadora, tomó el elemento de subordinación o dependencia, pues de acuerdo a la norma analizada, no puede tener sino la calidad de contratista frente a la administración sin derecho a prestaciones sociales, y por el contrario, en caso de que acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente

en la actitud de la entidad en impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica como un contrato de trabajo (Moreno, 2013).

Conforme a lo lineamientos a que se refiere la sentencia, se considera como fundadora de línea, al decidir sobre el exequibilidad del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y abarcar las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo, con el fin de identificar en la celebración de los contratos de servicios con la administración pública, si realmente cumple con las características de un contrato de prestación de servicios o por el contrario conforme a la especificación de la sentencia se puede vislumbrar en este la figura del contrato de trabajo disfrazado.

2.4. Análisis de las jurisprudencias citadas en la sentencia T-388 de 2020 emitidas por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado

Con el fin de identificar las tesis que se han adoptado en las diferentes sentencias de las Corte Constitucional referente a los derechos fundamentales en cuanto a relaciones labores y prestacionales que están relacionadas entre las entidades públicas en la contratación del personal a través del contrato de prestación de servicios, se realizará un análisis desde la sentencia arquimédica y la sentencia hito sobre la evolución que ha tenido la jurisprudencia en diversas situaciones que se han presentado respecto a dichas relaciones, hasta llegar a pronunciamientos de unificación donde la jurisprudencia ha reglado situaciones laborales con el fin salvaguardar los derechos de los trabajadores y sentar parámetros respecto a la contratación del Estado.

En este orden de ideas, se revisarán las siguientes sentencias hito y desarrolladoras:

Sentencia	C-154 de 1997
M.P	Hernando Herrera Vergara

Temas	<ul style="list-style-type: none"> - Violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, ya que se “permite, motiva e induce” a la administración pública a contratar por prestación de servicios a personas para que desarrollen las mismas actividades o funciones públicas que desempeñan trabajadores oficiales y empleados públicos, vinculados a las plantas de cargos, con lo cual se genera un trato desigual y discriminatorio entre contratistas y servidores públicos, en materia de garantías y derechos laborales, a pesar de que la base fáctica entre todos es idéntica. - Diferencias del Contrato de Trabajo y Contrato de Prestación de Servicios. - Demostración de la relación laboral subordinada en el Contrato de Prestación de Servicios - Primacía de la realidad sobre las formalidades – contratista convertido en trabajador.
Resumen	<p>Se demanda el numeral 3 -parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 "por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa". Los demandantes consideran la vulneración de los derechos fundamentales, ya que el artículo induce a contratar por prestación de servicios a personas que desarrollen las mismas actividades y desempeñen trabajadores públicos vinculados a las plantas de cargos, con idénticas obligaciones y deberes lo que genera un trato desigual.</p>
Fundamentos	<p>La entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.</p>

Consideraciones de la Corte	<p>Ante lo señalado por los accionantes que cada vez que una entidad presente una insuficiencia de personal en su planta, pueda acudir como remedio expedito de la misma al contrato de prestación de servicios a fin de solventar la crisis que se pueda generar; la contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes, únicamente, opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden.</p> <p>Y desde luego que si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la justicia del trabajo, si se trata de un trabajador oficial o ante la jurisdicción contencioso administrativa, con respecto al empleado público.</p>
Parte resolutive	Se declaran la constitucionalidad del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Como ya se indicó, esta es la sentencia hito y configuradora de línea. Se resalta el análisis que se realiza la Corte respecto a temas importantes como los elementos diferenciadores del contrato de trabajo y contrato de prestación de servicios, con el fin de identificar cuando está en presencia de alguno de ellos, y en caso de que se desnaturalice el objeto del contrato de prestación de servicios en una verdadera relación laboral. Entre ellos destaca como elemento diferenciador la subordinación que se presenta en el contrato de prestación de servicios y la realidad sobre las formalidades.

Sentencia	C – 614 de 2009
M.P	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
Temas	Garantía y protección de los derechos laborales, y motivar la creación de empleo público prohibiendo las funciones de carácter permanente a través de contratos de prestación de servicios.
Resumen	Se demandan los artículos 2 del Decreto Ley 2400 de 1968 modificado por el artículo 1 del Decreto Ley 3074 de 1968, por el cual se consideran las personas que prestan servicios ocasionales al servicio del estado considerados como auxiliares de la Administración Pública, y se prohíbe celebrar contrato de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes, con el fin de crearse empleos.
Fundamentos	Se discute la violación de los derechos fundamentales al derecho al trabajo, a la calidad y estabilidad del empleo por considerar que al prohibir la celebración de contratos de prestación de servicio para ejercicio de funciones permanentes se limita las formas de acceso al trabajo de las entidades del Estado. Además, que existe la necesidad en que ciertas funciones que son temporales y en desarrollo de las actividades se conviertan en permanentes. A su vez, la vinculación a través de contrato de prestación de servicios es más expedita y no requiere de agotamiento de etapas formales como las de nombramiento de vacantes. Y se restringe la suscripción de contratos de prestaciones servicios.
Consideraciones de la Corte	En síntesis, precisó la Corte que una de las condiciones que permite diferenciar un contrato laboral de un contrato de prestación de servicios es el ejercicio de la labor contratada, pues

	<p>sólo si no hace parte de las funciones propias de la entidad, o haciendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios. De lo contrario, la administración debe recurrir a la ampliación de la planta de personal para celebrar contratos laborales.</p> <p>Expresó que la prohibición legal que aduce la norma constituye una medida de protección a la relación laboral, pues no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal. En efecto, la norma impugnada conserva como regla general de acceso a la función pública el empleo, pues simplemente reitera que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional y se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.</p>
Parte resolutive	Se declara exequible la disposición

En esta sentencia se realiza un análisis acerca de las diferencias entre contrato de prestación de servicios y contrato realidad, desdee cuando se dan los supuestos fácticos para que concurra la desnaturalización del contrato laboral. Y reitera que no se puede celebrar contrato de prestación de servicios para funciones permanentes y que tengan como objeto laboral de la entidad. Además, hace un llamado a los organismos de control para que ejerzan funciones de vigilancia y control de las entidades para evitar la vulneración de los derechos de los trabajadores y protección del patrimonio público.

Sentencia	T-1109 de 2005
M.P	Humberto Antonio Sierra Porto
Temas	<ul style="list-style-type: none"> - Contrato de Trabajo primacía de la realidad sobre la formalidad. - Elemento del Contrato de Trabajo - Diferencias del Contrato de Trabajo y Contrato de Prestación de servicios.
Resumen	<p>La parte actora considera vulnerado los derechos por parte de la Secretaría de Educación del Municipio de Pereira, al desempeñarse como Celador del Instituto Docente Normal Superior, pese a sufrir quebrantos de salud, y estar incapacitado, se le obligó a suscribir contratos de prestación de servicios. Sin embargo, al requerir los servicios de salud se le informó que se encontraba terminada la afiliación.</p>
Fundamentos	<p>Consideró que la parte actora se le vulneraron los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud, al estar prestando el servicio a través de contratos de prestación de servicios, la entidad se exonera de cubrir gastos correspondientes a salud, pensión y riesgos profesionales. Por tanto, solicitó la nulidad del contrato de prestación de servicios y se prolonguen los efectos, en tanto el primer contrato la entidad corría con el pago de la seguridad social y con el contrato de prestación de servicios le corresponde pagar dichos rubros a él.</p>
Consideraciones de la Corte	<p>Precisó que conforme a las circunstancias fácticas existió la figura de los contratos u órdenes de prestación de servicios y se pretende ocultar la existencia de una verdadera relación laboral,</p>

	<p>a existir los elementos esenciales como son el salario como contraprestación, la labor y el elemento de subordinación. Indicó que el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente a la prestación de servicios. Expuso cuando se está en presencia de contrato de prestación de servicios no puede tener sino frente a la administración sino calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales, por el contrario; por su parte si se está en presencia de impartir órdenes a quien ejecuta la labor y se fija un horario se tipifica un contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales.</p> <p>Encontró demostrado la relación laboral atendiendo las características del cargo de celador no posee discrecionalidad, no existió temporalidad y por tanto ordenó al pago de los aportes a seguridad social.</p>
<p>Parte resolutive</p>	<p>Tuteló los derechos fundamentales y ordenó al municipio de Pereira a cancelar los aportes a la seguridad social, y ordenó en plazo de cuatro meses la presentación del medio de control ante la jurisdicción competente.</p>

Del análisis realizado por la Corte respecto a la situación particular del actor, se funda en antecedentes jurisprudenciales en los cuales se ha diferenciado el contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios; entre ellos alude como una característica importante la subordinación, indicando que en el contrato de prestación de servicios se tiene liberalidad, y no se acoge órdenes. En el caso particular por la especialidad del cargo de celador no se llegó a la conclusión que estaba sujeto a estrictas directrices y

al cumplimiento de un horario laboral. Por tanto, se acredita las características del contrato de trabajo.

Sentencia	T-345 de 2015
M.P	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
Temas	<ul style="list-style-type: none"> - Parámetros Jurisprudenciales respecto del contrato realidad - Sujetos de especial protección – Estabilidad laboral reforzada de las madres cabeza de hogar.
Resumen	La accionante en representación de su hijo menor solicitó se amparen los derechos fundamentales y solicita se reintegre al cargo que desempeñaba o en mejores condiciones laborales, al laborar en la entidad Colpensiones por más de 20 años a través de contrato de prestación de servicios. Y su contrato fue cedido a otro administrador de RPM. Que su hijo se encuentra declarado interdicto por padecer síndrome de espectro autista, parálisis cerebral y trastorno de sueño.
Fundamentos	El principio de anualidad del presupuesto se impone de conformidad con distintas disposiciones de la Carta (CP arts. 354, 346, 347, 388 y 349)
Consideraciones de la Corte	La Corte verifica si es viable declarar la existencia real y efectiva de una relación laboral conforme a: i) la actividad personal del trabajador, (ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo y (iii) un salario como retribución del servicio. Como se afirmó con antelación, en estos casos los indicios permiten demostrar la existencia o no de la relación laboral cuya declaración se invoca. Advirtió que el requisito de temporalidad de los contratos de prestación de servicios no se cumplió. Pues advierte que si bien una entidad estatal puede contratar

	<p>los servicios de un particular para una actividad específica, cuando las actividades para las cuales se contrata no pueden ser ejercidas por un funcionario de planta, dichos contratos solo pueden celebrarse por el tiempo estrictamente necesario para desarrollar la actividad contratada, lo que en principio no genera relación laboral. sí se ejecutaron actividades por parte de la accionante, las cuales pertenecen al giro ordinario de los negocios llevados a cabo por la accionada, no podía actuar de manera independiente al laborar como abogada de la entidad Colpensiones y tener a cargo 240 procesos judiciales.</p>
<p>Parte resolutive</p>	<p>Declaró la existencia de contrato realidad y ordenó a reintegrar a la accionante en un cargo equivalente al de la relación contractual que venía desarrollando, o a uno de superior jerarquía. Igualmente, advierte a la accionada que en caso de no ser posible la anterior medida, debe prorrogar la oferta contractual hasta tanto la entidad logre ubicarla en un cargo equivalente.</p>

La jurisprudencia de la Corte ha extendido los derechos laborales no solo a declarar el contrato de prestación de servicios, sino a analizar los presupuestos fácticos que indican que existe otros derechos fundamentales que a la vez son vulnerados por las entidades que celebran contrato de prestación de servicios por un lapso considerable de tiempo. Sin embargo, sin ninguna consideración no son renovados lo que genera para las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, como es el caso de los sujetos de especial protección catalogados por la Corte, como personas que se encuentran en indefensión y requieren de un trato diferencial.

En el caso analizado, se vulneraron los derechos fundamentales a la estabilidad laboral de una madre cabeza de hogar que había suscrito diversos contratos de prestación de servicios con una entidad por un tiempo prolongado y el mismo tenía las características de un contrato de trabajo. Luego el Tribunal Constitucional ordenó directrices tendientes

a cesar la vulneración que condujo al reintegro al cargo que desempeñaba en mejores condiciones laborales.

Sentencia	SU-448 de 2016
M.P	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
Temas	<ul style="list-style-type: none"> - Naturaleza del contrato de prestación de servicios – contrato realidad. - Naturaleza del contrato de prestación de servicios y condenas en los contratos realidad la vinculación de la demandante. - Sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.
Resumen	<p>La accionante solicitó ante la Nación Ministerio de Minas y Energía- Comisión de regulación de Energía y Gas (CREG), que se reconociera la existencia de una relación personal permanente, subordinada y dependiente, originada en desnaturalización de los contratos de prestación de servicios, (ii) que se reconociera y pagara las prestaciones sociales a las que como funcionaria al servicio de la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG en calidad de asesora tiene derecho, incluidas las primas, vacaciones, cesantías y demás, así como las indemnizaciones por su no pago conforme a lo dispuesto por el Decreto 797 de 1949, en concordancia con el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, (iii) que se ordenara la sanción moratoria por el no pago de prestaciones sociales y la no consignación oportuna de las cesantías, (iv) que se reconociera y pagara la indemnización por no afiliación al Sistema General de Seguridad Social.</p> <p>La accionante presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho la cual correspondió a la Sección Segunda Sección Segunda, Subsección F en descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, consideró que se desvirtuó la autonomía y la</p>

	<p>independencia en la prestación de servicio solicitaba permisos, reportaba horarios y justificaba la ausencia al trabajo con certificados. Igualmente, sostuvo que se le asignaron actividades distintas a las que constaban en los órdenes de prestación de servicios. Y negó el reconocimiento de la indemnización moratoria por la sentencia constitutiva de derechos y a partir de ella nació las prestaciones en cabeza de la parte actora. Y en restablecimiento del derecho al pago de prestaciones sociales y de porcentajes de cotización en salud y pensión para trasladar a los fondos y a título de indemnización las cotizaciones a la caja de compensación.</p> <p>La Sección Segunda del Consejo de Estado, conoció el recurso de apelación, consideró la existencia del contrato realidad en cuanto a la remuneración, subordinación y dependencia, y que las actividades no son de aquellas de relación de coordinación entre las partes contractuales.</p>
Fundamentos	<p>Contrato de prestación de servicios, la Ley 80 de 1993, artículo 32, numeral 2º; artículo 7 del Decreto 1950 de 1973, Legislador en el artículo 17 de la Ley 790 de 2002. artículo 53 de la Constitución Política.</p>
Consideraciones de la Corte	<p>La Corte estableció parámetros jurisprudenciales respecto del contrato realidad, además precisó que una vez demostrarse el contrato realidad no implica que se constituye un vínculo legal y reglamentario entre las partes por no darse los presupuestos del acto de nombramiento o elección y posesión. Así tampoco, provoca el reintegro ni el pago de emolumentos dejados de percibir, surgiendo una sanción a la entidad Estatal que se traduce en el pago de prestaciones sociales y seguridad social a la persona cuyo contrato de prestación de servicios le fue desdibujado y convertido en un contrato de trabajo. Luego lo que conlleva es a una reparación de daños, consecuencia del reconocimiento de</p>

	<p>emolumentos dejados de percibir, siendo una sentencia constitutiva de derechos.</p> <p>En este sentido, se acogió a los parámetros abordados en la sentencia proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado del 2 de marzo de 2010, que diferencia las sentencias declarativas y constitutivas.</p> <p>Por ende, consideró que le asistió razón al Consejo de Estado con base en el artículo 138 del CPACA, respecto al restablecimiento del derecho esto es, devolver las cosas en su estado anterior y la reparación del daño. Así las cosas, cuando se demanda en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho el reconocimiento de un contrato realidad y se logre demostrar la existencia, no es viable ordenar como restablecimiento del derecho que la situación del contratista vuelva a su estado anterior o que se constituya en el estado anterior o en empleado público; dado que se constituye el derecho a través de una sentencia.</p>
Parte Resolutiva	<p>Consideró como acertada y debidamente justificada la decisión adoptada por el Consejo de Estado en la sentencia de fecha dos (2) de octubre de dos mil catorce (2014), en cuanto a negar la mora por el pago tardío de las prestaciones sociales y cesantías reconocidas producto de la declaratoria de existencia de un contrato realidad.</p>

En sentencia de unificación la Corte sentó posición jurisprudencial, no solo sobre las características y de la naturaleza del contrato de prestación de servicios, sino sobre las condenas que se derivan de la declaración del contrato realidad. Lo anterior, basado en relaciones de trabajadores vinculadas a entidades del Estado, donde el Consejo de Estado, ha diferenciados que prestaciones y salarios deben ser liquidados tomando como base los salarios devengados por empleados que cumplen las mismas funciones que los contratistas contratos.

Sin embargo, ante la posición del Alto Tribunal Administrativo, en negar el reconocimiento de la sanción por mora, partiendo de la base que con la sentencia es a

partir del momento en que se declara la relación laboral, y condena a título de restablecimiento del derecho al pago de emolumentos salariales debidos. Decisión que es avala por la Corte en sentencia de unificación.

Sentencia	T-389 de 2018.
M.P	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
Temas	<ul style="list-style-type: none"> - Protección Laboral reforzada de mujer embarazada periodo de lactancia - Declarar ineficaz la terminación del contrato de trabajo oculto bajo el de prestación de servicios existente entre la accionante y los accionados - Orden de pagar a la accionante los salarios y prestaciones dejadas de percibir, la licencia de maternidad y la indemnización prevista en el artículo 239 del Código Sustantivo de Trabajo.
Resumen	<p>La accionante consideró vulnerado los derechos fundamentales al ser despedida en estado de embarazo teniendo en cuenta que se encontraba vinculada como enfermera de adulto mayor con un horario de 6 a.m. a 6 p.m., mediante contrato verbal de prestación de servicios, a órdenes de particulares. Por tanto, solicitó el pago de salarios y prestaciones sociales el pago de la licencia de maternidad y el reintegro; así como la indemnización del artículo 239 del CST.</p> <p>El juez de primera instancia protegió el derecho de petición de la accionante y ordenó a los accionados responder la petición de la actora, y declaró improcedente los demás derechos reclamados. posteriormente ante la impugnación de la tutela el juez de segunda instancia confirmó el fallo impugnado.</p> <p>La Corte señaló sobre la procedencia de la acción de tutela cuando se prueba la relación laboral o de prestación que es terminada sin justa causa mientras se encuentra en embarazo o en el periodo de lactancia,</p>

	<p>donde se deriva el derecho constitucional a la estabilidad laboral reforzada. Conforme a las reglas jurisprudenciales contenidas en la sentencia SU-070 de 2013, señaló que para el caso de mujer gestante o lactante se encuentre vinculada por medio de contrato de prestación de servicios y su mínimo vital se encuentre en riesgo el juez debe evaluar si tal contrato oculta la existencia de una relación laboral.</p>
Fundamentos	<p>Contrato de prestación de servicios, la Ley 80 de 1993, artículo 32, numeral 2º; artículos 24, 239 Código Sustantivo de Trabajo, artículo 53 de la Constitución</p>
Consideraciones de la Corte	<p>Concluyó la que la acción de tutela es un mecanismo idóneo y eficaz cuando quien solicita la protección de sus derechos fundamentales es una mujer embarazada o lactante cuya relación laboral o contractual ha sido terminada, y esta circunstancia pone en riesgo su mínimo vital y el de su hijo(a).</p> <p>Dicha Alta Corporación, ha defendido este entendimiento, pues ha estimado que la terminación del vínculo laboral o contractual de la mujer embarazada o lactante amenaza sus derechos al mínimo vital, a la no discriminación y a la estabilidad laboral reforzada, y adicionalmente, las garantías fundamentales del que está por nacer o del recién nacido, según los hechos de cada caso., además ha sostenido, en este mismo sentido, que factores tales como el despido y el no pago de la licencia de maternidad permiten presumir una afectación al mínimo vital de la mujer embarazada o lactante y al de sus hijos</p> <p>La Sala observa que en el caso estudiado se configuran los tres elementos esenciales del contrato de trabajo: (i) prestación personal del servicio; (ii) subordinación del trabajador frente al empleador; y (iii) salario como retribución del servicio.</p>

	<p>Consideró que, al demostrarse los elementos del contrato de trabajo de un contrato laboral, procedió aplicar las reglas de protección de las mujeres en estado de embarazo. Aplicó la presunción contenida en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, se concluye que el despido respondió al estado de gestación de la demandante y que fue, por lo tanto, discriminatorio.</p> <p>Ordenó a los empleadores a pagar (i) los salarios y prestaciones sociales que dejó de percibir desde la fecha de terminación del contrato hasta la fecha en que habría comenzado a disfrutar la licencia de maternidad; (ii) la licencia de maternidad de dieciocho (18) semanas a que tenía derecho; y (iii) la indemnización prevista en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, que equivale a sesenta (60) días de salario.</p>
Parte Resolutiva	<p>Consideró ordenar a los demandados pagar a la accionante (i) los salarios y prestaciones sociales que dejó de percibir desde la fecha de terminación del contrato hasta la fecha en que habría comenzado a disfrutar la licencia de maternidad; (ii) la licencia de maternidad de dieciocho (18) semanas a que tenía derecho; y (iii) la indemnización prevista en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, que equivale a sesenta (60) días de salario.</p>

Reiteradamente la Corte ha ordenado el pago de acreencias labores debidas como restablecimiento de los derechos; así mismo, como se ha citado en precedencia, la extensión a otras órdenes encaminadas a la protección laboral, específicamente a mujeres en estado de embarazo. En tal sentido, acatando las posturas decantadas en la sentencia de unificación, la cual avala el análisis no solo de la realidad sobre las formas para declarar el contrato realidad, sino que también entra en defensa del mínimo vital de sujeto de especial protección, que debe ser indemnizada no solo con los salarios y prestaciones dejadas de devengar, sino sobre el derecho a la estabilidad laboral reforzada y las garantías fundamentales del recién nacido. Y en efecto, dicha protección se denota en las

órdenes concernientes al pago de la licencia de maternidad y en la indemnización consagrada en el artículo 60 del artículo 239 el CST.

Sentencia	SU-040 de 2018
M.P	Cristina Pardo Schlesinger
Temas	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho a la estabilidad laboral reforzada de persona en condición de discapacidad o disminución física - Protección Constitucional de los derechos laborales - Principio de Primacía de la Realidad sobre las formalidades en relaciones laborales en materia laboral - Protección Legal y medidas afirmativas en planes desarrollo distritales o municipales para lograr inclusión social, real y efectiva de las personas en situación de discapacidad.
Resumen	<p>La accionante consideró vulnerado los derechos fundamentales por parte de la Alcaldía Mayor de Bogotá, al terminar unilateralmente el contrato de trabajo donde se desempeñaba de vinculación para trabajadores con discapacidad desempeñando la labor de operador de recepción en la línea de emergencias 1, 2, 3". Sin tener en cuenta la pérdida de capacidad laboral del 62.30%. Afirma que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta. Solicitó el reintegro laboral.</p> <p>Por su parte, la Alcaldía Mayor de Bogotá, contestó frente a los hechos que no hace parte de la planta de personal de la Secretaría de Gobierno, y la vinculación correspondió a un contrato de prestación de servicios celebrado entre el contratista y el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá. Indicó que no existe relación laboral, y en consecuencia no existe obligación de cancelar indemnización.</p> <p>El Juzgado Ochenta y Seis Civil Municipal de Bogotá, resuelve negar la protección de los derechos fundamentales invocados por la actora y desvincular de la presente acción a la Secretaría Distrital de Bogotá.</p>

	<p>La Sala Séptima de Revisión en sentencia T-723 de 2013 concedió amparo de los derechos fundamentales de la salud, al mínimo vital, a una vida digna, al trabajo y a la igualdad de la actora. declaró la existencia del contrato realidad, ordenó a la entidad del reintegro al cargo que venía desempeñando, al pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir y la indemnización prevista en la Ley 361 de 1997 equivalente a los 180 días de salario. Por auto del 263 del 7 de junio de 2017, indicó que el reintegro debe atender la situación jurídica de la entidad, ya sea por contrato laboral o en cargo de carrera en provisionalidad.</p> <p>Mediante Auto 478 del 13 de septiembre de 2017, la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró la nulidad de la sentencia T-723 de 2016. Consideró que en esta oportunidad prosperaba el cargo formulado por la Secretaría Jurídica Distrital relacionado con la existencia de órdenes, en la sentencia cuestionada, a la Alcaldía Distrital, sin ser vinculada al proceso y sin tener la oportunidad procesal para intervenir en su defensa. Y por auto ordenó la vinculación y ordenó requerir al Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá. Así mismo, requirió al Colpensiones sobre la mesada que recibe la accionante por concepto de pensión de invalidez.</p>
Fundamentos	Artículo 13, 53 de la Constitución Política, Ley 361 de 1997; Ley 1145 de 2007; Ley 1618 de 2013;
Consideraciones de la Corte	<p>Concluyó la que la acción de tutela es un mecanismo idóneo y eficaz cuando quien solicita la protección de sus derechos fundamentales es una persona en situación de debilidad manifiesta en razón de su estado de salud y cumple con el requisito de inmediatez respecto a la terminación de contrato de prestación de servicios.</p> <p>Aludió a la jurisprudencia reiterada de los derechos laborales y de la estabilidad reforzada de las personas con discapacidad en contratos de prestación de servicios</p>

Precisó sobre la protección de las personas con discapacidad y medidas afirmativas en los planes de desarrollo distritales o municipales para lograr la inclusión social real y efectiva de estas personas, con base en ello, señaló sobre los fundamentos normativos que buscan propiciar la inclusión social real y efectiva de las personas con discapacidad, la cual se ve materializada a través de diversas alternativas de política pública propias de cada gobierno nacional o territorial de turno que gocen de temporalidad y flexibilidad para permitir el acceso a estos beneficios a otros en la misma condición de vulnerabilidad, en virtud de los principios constitucionales de igualdad y solidaridad. Por ello, destacó que las medidas de protección e inclusión por parte de las autoridades locales deben estar contenidas en los planes de desarrollo distrital o municipal.

Esbozó que la entidad tenía conocimiento de la contratación se ejecutó con conocimiento de la discapacidad y teniendo en cuenta los parámetros jurisprudenciales sobre la prohibición de la discriminación de las personas trabajadores en situación de discapacidad, situación que perse no es obstáculo para la continuidad de la relación laboral y de evitar su integración social, al estar en espera de reconocimiento de la pensión de invalidez. Sin embargo, en eventos de contratación de las administradoras locales en aras de ejecutar las políticas públicas gozan de temporalidad y flexibilidad equivalente al periodo de mandatario de turno, sin perjuicio del cumplimiento de los mínimos legales.

Explicó que en atención de las especificaciones de la contratación de la accionante en virtud de programas de gobierno dentro del plan de desarrollo con el fin de atender a la población con discapacidad y se dio en relación a políticas públicas con inclusión específica y temporalidad. Luego no se configura una estabilidad laboral y se debe contraer la cuestión a la configuración del contrato realidad.

Estimó que conforme a las labores desarrolladas por la accionante como operador de recepción en la línea de emergencias 1,2,3, al ser

	<p>desempeñados con elementos y equipos asignados por la entidad en los turnos asignados por el supervisor del contrato. En efecto, las actividades mencionadas son claramente acciones que se deben llevar a cabo día tras día en la entidad y con los implementos físicos y tecnológicos suministrados y, por tratarse de un cargo de operador de recepción en la línea de emergencia y seguridad, las mismas no se ejecutaban de manera independiente y sin encontrarse bajo la subordinación de algún superior. Por ello, encontró que al no realizar las labores de manera independiente, ni fuera del horario y que existía un contraprestación denominado contrato de prestación de servicios, en realidad se trataba de un contrato realidad.</p>
<p>Parte Resolutiva</p>	<p>Consideró conceder parcialmente el amparo del derecho al trabajo de la accionante y declarará la existencia de un “contrato realidad” a término fijo entre ella y el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, hoy Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia de Bogotá. En consecuencia, dio el término de 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, y al pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir durante el término de ejecución de su contrato.</p>

Se resalta las órdenes que se imparten en la sentencia de unificación proferida por la Corte Constitucional, respecto a la estabilidad laboral reforzada de persona en situación de discapacidad o disminución física, en relación con los derechos laborales, teniendo en cuenta la afectación de los derechos fundamentales de personas que sufren alguna minusvalía. Sobre el caso en cuestión, la persona al encontrarse laborando en una entidad del orden territorial, a pesar que el cargo no se encontraba asignado a la planta de personal, se ordenó su reintegro a un cargo en provisionalidad al acreditarse la relación laboral y el pago de prestaciones sociales. A su vez, emite una orden a las entidades territoriales sobre la protección de las personas en discapacidad incluido en los planes de desarrollo distritales y municipales.

<p>Sentencia</p>	<p>CE - 13001-23-31-000-2012-00233-01(2820-14)</p>
-------------------------	---

M.P	Gabriel Valbuena Hernández – Sección Segunda- Subsección A
Temas	<ul style="list-style-type: none"> - Contrato de Prestación de Servicios – Características – Temporalidad e independencia del contratista – carácter excepcional de dicha contratación. - Elementos de la Relación Laboral - Efectos del reconocimiento Judicial del contrato realidad - Labor de enfermera Presunción de subordinación
Resumen	<p>La accionante solicitó la nulidad del acto administrativo proferido por el Jefe del Área de Sanidad Bolívar de Sanidad Bolívar de la Policía Nacional que negó el reconocimiento y pago de la prestaciones sociales y demás emolumentos. A título de restablecimiento solicitó que se condene al pago de prestaciones sociales y demás devengados por los empleados públicos, así como prestaciones de salud y pensiones, subsidio familiar, caja de compensación familiar, reintegro de sumas descontadas de retención en la fuente y las desembolsadas como pólizas de cumplimiento y de responsabilidad extracontractual.</p> <p>Las peticiones se fundamentan en la relación laboral que la señora Luz Elvira Montes Díaz tuvo entre el año 1999 y 2011, cuando se desempeñó como enfermera en el área de sanidad de la Policía Nacional, donde desempeñó idénticas funciones en dicha área de sanidad.</p> <p>El Tribunal de Bolívar encontró demostrado los elementos de la relación laboral en aplicación al principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas. Toda vez que se suscribieron 16 órdenes de prestación de servicios, lo que inducía a que el trabajo era permanente y continuado, lo que desnaturalizó el vínculo ocasional o esporádico y transitorio del contrato de prestación de servicios.</p> <p>Por lo anterior condenó al pago de prestaciones sociales que devenga un empleado público en un cargo similar con base en los honorarios contractuales y en relación a los aportes de salud y pensiones condenó</p>

	<p>al porcentaje que le corresponde al empleador. Negó la indemnización prevista en la Ley 6 de 1945, a la sanción por mora, al subsidio familiar, y a la devolución de retención en la fuente y pólizas de responsabilidad por ser contratos celebrados válidamente.</p>
Fundamentos	<p>Artículo 13, 53 de la Constitución Política, Ley 80 de 1993;</p>
Consideraciones del Consejo de Estado	<p>El problema jurídico se contrajo a determinar si hubo relación laboral en virtud del principio de la realidad y si hay derecho al pago de prestaciones sociales solicitadas.</p> <p>Inicialmente la Corporación judicial respecto a la relación contractual entre la enfermera y la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional definió la diferencia entre contrato de prestación de servicios y el contrato laboral conforme a la sentencia C-154 de 1997.</p> <p>En este sentido, concluyó que existe la excepcionalidad a la posibilidad de dicha contratación cuando (porque se permite solo cuando la entidad no puede cumplir con las labores con personal de planta o porque se requieren determinados conocimientos especializados que ameritan la contratación con determinadas personas naturales o jurídicas).</p> <p>Entonces, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación, caso en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.</p> <p>Con respecto a la subordinación para el caso de las enfermeras, con apoyo en pronunciamientos de dicha Corporación Judicial del año 2010, expuso que la labor de enfermería no puede desempeñarse de forma autónoma, pues dicha profesión requiere de definición de horario</p>

	<p>en que prestan los servicios y no se puede suspender pues se pone en riesgo la prestación del servicio de salud.</p> <p>En efecto, las órdenes que son impartidas por los médicos para asistirlos en los procedimientos médicos, no se puede catalogar como una relación de coordinación y pasa a ser de subordinación.</p> <p>Por lo anterior, conforme las declaraciones surtidas se acredita que la accionante se encontraba sometida a horarios de trabajo, conforme a la atención que debía suministrar el médico de la especialidad.</p> <p>En este sentido, confirmó la sentencia de primera instancia, en cuanto a la condena de la entidad al pago de acreencias laborales y prestaciones sociales, y denegó las demás pretensiones.</p>
Parte Resolutiva	Consideró confirmar la sentencia de 21 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar.

La Corte ha tenido una posición unánime acerca de la acreditación del contrato realidad frente a los empleados que prestan el servicio de salud, como en el caso de auxiliares de enfermería; por tanto, ha sentado jurisprudencia frente a labor que presta dicho personal de manera continua y presunción subordinación, aún más cuando se presta en entidades de carácter misional como en el caso particular al servicio de la Dirección de sanidad de la Policía Nacional. A su vez, en cuanto a las pretensiones se hacen improcedentes las relacionadas con el pago de sanción moratoria, devolución de pago de pólizas, subsidio familiar y devoluciones en retención en la fuente. Solo se concede por salarios conforme a los honorarios basados al salario que devenga un empleado de planta.

Sentencia	CE – 23001-23-33-000-2013-00300-01(2396-16) del 5 de julio del 2018
M.P	William Hernández Gómez – Sección Segunda- Subsección A.
Temas	<ul style="list-style-type: none"> - Contrato de Prestación de Servicios. - Obligaciones contractuales de naturaleza o carácter permanente. - Subordinación cumplimiento de horario y jornadas de capacitación. - Relación laboral – Demostración – liquidación de Prestaciones – Prescripción – Prestaciones- Responsabilidad Solidaria – Cotización a pensión.
Resumen	<p>La accionante solicitó la nulidad del acto ficto, derivado del silencio administrativo negativo de la petición que solicitó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales salarios e indemnizaciones laborales generadas de la relación laboral entre la demandante y la ESE CAMUT Tomás Cipriano Diz de San Antero. A título de restablecimiento solicitó que se declare la existencia del contrato realidad del año 2003 al 2012. Además, se condene solidariamente a las Cooperativas Multiactiva de Córdoba, Coosalud Ltda y Copsalusinú S.A., al pago de prestaciones sociales y salarios desde el año 2003 y 2012, así como al pago por concepto de aportes a la seguridad social, la indemnización por falta de pago contemplada en el artículo 65 del CST y sanción moratoria.</p> <p>Las peticiones se fundamentan en la relación laboral que la señora Yadira Morales Morelo tuvo entre el año 2003 y 2012, cuando se desempeñó como enfermera en el centro de salud del corregimiento el Porvenir de la Ese Camu Tomás Cipriano siendo vinculada a bolsas de empleo cooperativas. Que laboró de manera subordinada pues recibía órdenes directas del coordinador médico en un horario de 8 horas laborales. Que no le cancelaron los salarios de octubre a diciembre de</p>

	<p>2010, dominicales, festivos y recargos nocturnos. Así como aportes a la seguridad social.</p> <p>El Tribunal Administrativo de Córdoba, consideró que en el proceso existen elementos suficientes que permiten develar la “deslaboralización”, en el caso de la señora Morales Morelo, en tanto que las cooperativas de trabajo a través de las cuales fue vinculada con la empresa social del Estado cambiaban su razón social pero conservaban su representante legal, es decir, que por vía indiciaria se podía colegir que las personas encargadas de la intermediación laboral eran las mismas y que sólo cambiaba el nombre, así mismo, que había permanencia en la vinculación de la demandante a través de diversas cooperativas.</p> <p>En cuanto a la prescripción solo tomó el tiempo laborado desde el 1 de enero de 2009 a enero de 2012, por considerar que los tiempos anteriores prescribieron, al superar los tres años siguientes al fenecimiento de la relación laboral.</p> <p>Por lo anterior, condenó al pago de salarios y prestaciones sociales a las entidades Ese Camu Tomás y a la Cooperativa Multiactiva Coosalud Ltda. y Coosalud Ltda. y Coosalud SAS., al pago de prestaciones sociales descontando los periodos en que existió interrupción en la prestación del servicio. Así mismo, ordenó pagar los porcentajes de cotizaciones a salud y a pensión durante el periodo comprendido entre enero de 2009 al 31 de enero de 2012, siempre que se haya hecho en el fondo respectivo y en caso contrario efectuar el aporte a la entidad que se encuentre afiliada.</p>
Fundamentos	Artículo 13, 53 de la Constitución Política, numeral 32 de la Ley 80 de 1993.

<p>Consideraciones del Consejo de Estado</p>	<p>Los problemas jurídicos se contrajeron a determinar si se demostró los elementos de la relación laboral como remuneración y la subordinación continuada. Y en consecuencia establecer cuáles son los extremos laborales respecto de los contratos, órdenes y contratos de prestación de servicios suscritos. Adicional sobre quien debe asumir las condenas como restablecimiento de derecho.</p> <p>Se pronunció acerca de los medios probatorios que se deben acreditar para la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo. Expuso conforme a los lineamientos de la Corte sobre la posibilidad de la vinculación a través de un tercero por efecto de la tercerización o de la intermediación laboral. Sin embargo, para el caso de las Empresas Sociales del Estado, solo puede llevarse a cabo cuando estas no puedan ejecutarse por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados.</p> <p>En el caso concreto, se acreditó de acuerdo a los diferentes medios de prueba allegados a la actuación como son comunicados, memorandos, contratos suscritos con las empresas intermediadoras, en el cual se informaba el horario de debía desempeñar. Se analizó el Manual de funciones del cargo, que no fueron consideradas como actividades esporádicas sino de carácter permanente para la prestación eficiente del servicio de salud. Adicionalmente de las declaraciones se colige que las funciones eran misionales dado la prestación del servicio de salud, que cumplían un horario determinado. Por ello, se demostró la subordinación.</p> <p>En cuanto a los extremos de la relación laboral la parte actora acreditó la misma desde el 1 de marzo de 2003 y se extendió con interrupciones hasta el 31 de enero de 2012.</p> <p>En cuanto a la condena de forma solidaria advirtió que ninguna de las cooperativas tenía como objeto social intermediación laboral, ni en el área de salud o afines, sin embargo, actuaron como intermediarios de</p>
--	---

la relación laboral. Por tanto, consideró que las tres entidades son solidariamente responsables para el pago de las prestaciones sociales.

Respecto a la excepción de prescripción con apoyo en la sentencia de unificación CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, indicó que se debe tener en cuenta los tres años entre la finalización de los vínculos contractuales y la reclamación del derecho. De conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969. Y en cuanto a la interrupción entre contratos de prestación de servicios debe analizarse frente a cada uno la fecha de finalización de cada uno.

Además, indicó que, conforme a la sentencia de unificación, la prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión deben realizar el empleador con fundamento en la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales y el principio in dubio pro operario. Y por lo anterior, la administración debe determinar mes a mes si existe la obligación si se debieron efectuar la diferencia entre lo cotizado por el contratista y lo que debe cancelar la entidad al fondo de pensiones sobre la suma faltante en porcentaje correspondiente.

Lo anterior supeditado acreditar las cotizaciones realizadas por el contratista al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante los periodos contractuales.

Inicialmente la Corporación judicial respecto a la relación contractual entre la enfermera y la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional definió la diferencia entre contrato de prestación de servicios y el contrato laboral conforme a la sentencia C-154 de 1997.

En este sentido, concluyó que existe la excepcionalidad a la posibilidad de dicha contratación cuando (porque se permite solo cuando la entidad no puede cumplir con las labores con personal de planta o porque se requieren determinados conocimientos especializados que ameritan la contratación con determinadas personas naturales o jurídicas).

	<p>Entonces, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación, caso en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.</p> <p>Con respecto a la subordinación para el caso de las enfermeras, con apoyo en pronunciamientos de dicha Corporación Judicial del año 2010, expuso que la labor de enfermería no puede desempeñarse de forma autónoma, pues dicha profesión requiere de definición de horario en que prestan los servicios y no se puede suspender pues se pone en riesgo la prestación del servicio de salud.</p> <p>En efecto, las órdenes que son impartidas por los médicos para asistirlos en los procedimientos médicos, no se puede catalogar como una relación de coordinación y pasa a ser de subordinación.</p> <p>Por lo anterior, conforme a las declaraciones surtidas se acreditó que la accionante se encontraba sometidas a horarios de trabajo, conforme a la atención que debía suministrar el médico de la especialidad.</p> <p>En este sentido, confirmó la sentencia de primera instancia, en cuanto a la condena de la entidad al pago de acreencias laborales y prestaciones sociales, y denegó las demás pretensiones.</p>
<p>Parte Resolutiva</p>	<p>Consideró confirmar la sentencia de 21 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar.</p>

El Consejo de Estado en su jurisprudencia también ha defendido los derechos de las personas que por sus condiciones especiales no solo pretenden la declaración del contrato realidad, sino las implicaciones jurídicas pensionales, que tal decisión conlleva. Lo anterior basado en que si la declaración del derecho implica la cotización tanto al sistema de salud y pensión en iguales condiciones que el trabajador lo hace por contrato laboral, también se debe ordenar al empleador o entidad contratante a pagar esas

diferencias en las cotizaciones, en especial de la de pensión, atendiendo que el contratista cotiza en una proporción muy superior por ser independiente. A diferencia del de una vinculación laboral donde el empleador cotiza un porcentaje relevante. Entonces, dichas cotizaciones marcan la diferencia a la hora de acceder a una pensión al ajustar las semanas o tiempos requeridos en virtud de una decisión judicial que no solo reconozca los salarios dejados de percibir y prestaciones en virtud de la relación laboral disfrazada de una contractual. Sino la posibilidad de acceder al reconocimiento pensional.

2.5. Análisis cuantitativo y cualitativo sentencias de la Corte Constitucional

Inicialmente es dable señalar que el objeto de estudio se base en la sentencia arquimédica T-388 de 2020 proferida por el Alto Tribunal Constitucional, de la cual se parte el sentido de la investigación y del problema jurídico planteado, misma donde se estudió un caso de prestación de servicios de personal de la salud e instó sobre la de los contratos por prestación de servicios para el talento humano en salud.

Se ha referido que con dicha decisión beneficia específicamente a los auxiliares de enfermería, quienes actualmente representan el 70% del personal en salud en Colombia y que laboran bajo este tipo de contratación.

En las sentencias que se han puesto de presente, en las cuales se ha configurado la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional a partir de la sentencia arquimédica, se ha podido colegir que, desde pronunciamientos del año 2005, el alto tribunal constitucional ha creado pronunciamientos uniformes respecto de la configuración de la verdadera relación laboral, partiendo de las garantía y protección de los derechos laborales, con el fin de motivar la creación de empleo público.

Por ello, las innumerables sentencias que han desarrollado la línea jurisprudencial respecto a la configuración del contrato realidad a partir de la celebración contrato de

prestación de servicios ha sido unánime, pues ella se ha concretado a analizar cuando se presentan actividades que tiene características semejantes en sus funciones, esto es, al desarrollar una actividad de carácter permanente, que hagan parte de las funciones propias de la entidad, como son las actividades misionales.

Es plausible indicar que las sentencias de constitucionalidad que se exponen por lo general crean unas reglas idénticas frente a los elementos del contrato de trabajo a diferencia con el de prestación de servicios. Por consiguiente, las sentencias de tutela que se abordan en el epígrafe, basan las decisiones en dichas providencias, dado con base en el análisis de los casos que se presentan en el día a día, y de manera continuada por parte de las entidades del sector público y privado, atendiendo la actualidad de la contratación a través de contrato de prestación de servicios.

Entonces a partir de la sentencia de unificación, para la prestación del servicio de salud, la Corte ha sido enfática en crear una línea en la cual define los criterios en que se debe prestar los servicios en las Empresas Sociales del Estado, que su misión se funda en la prestación de servicios de salud como servicio esencial y fundamental dentro del Estado Social de Derecho.

Como se ha referido en precedencia, al caracterizarse por ser un servicio esencial para la ciudadanía que requiere los servicios para la atención en salud en las diferentes especialidades, no se puede pretender que éste carezca de subordinación, y mucho menos de independencia que se traduce en coordinación del servicio.

Pues al requerir los servicios del personal de la salud, como son médicos, auxiliares, enfermeras entre otros, debe caracterizarse por la continuidad del servicio de acuerdo a los principios contemplados en la Ley 1751 de 2015. Sin embargo, las entidades del Estado, continúan vulnerando los derechos de los trabajadores de la salud, dado que, al contratarse por prestación de servicios, se vulneran los derechos fundamentales como el derecho al trabajo, a la seguridad social al mínimo vital. Al desconocer que cumplen

plenamente con las características del contrato laboral, el cual contempla todas las prestaciones sociales, primas legales y extralegales. Además, que sean reconocidos el derecho a la seguridad social, esto es a una expectativa de pensión justa e igualitaria frente a las demás personas vinculadas en el servicio de planta de las entidades.

Entonces, a partir de dicha sentencia, la Corte alude a diversos casos que son expuestos en las sentencias de tutela, en la cual se puede observar la magnitud del problema y las implicaciones que han surgido en cada uno de los ciudadanos, para acceder al servicio de salud, de educación; en mayor medida a los sujetos de especial protección que ven truncado sus derechos fundamentales.

En efecto, se abordan casos en sentencia de tutela apoyadas en las sentencias de constitucionalidad donde la Corte ha tutelado los derechos fundamentales tal es el caso del derecho a la salud, cuando a los trabajadores que han laborado por órdenes de prestación de servicios, son incapacitados por temporadas al sufrir quebrantos de salud. A pesar de prestar sus servicios las entidades han recurrido a no renovar el contrato de prestación de servicios lo que conlleva a impedir que accedan a los servicios de salud, y el contratista queda desamparado pues al no ejecutar la labor contratada, no se encuentra en la posibilidad de cotizar al sistema de seguridad social para que le sean prestados sus servicios como cotizante y recurrir a otro tipo de afiliaciones en el sistema de seguridad social como el sistema del régimen subsidiado que desmejoraría la atención.

De esta manera la Corte ha tutelado los derechos al demostrar la primacía de la realidad sobre las formas, y ha ordenado el reintegro al cargo o a uno similar; así como al pago de salario y prestaciones sociales.

De la misma manera, el alto tribunal ha decidido amparar los derechos fundamentales de los sujetos que tienen carácter de especial protección como es el caso de las madres cabeza de hogar, y a su estabilidad laboral. Dichos casos han surgido como

consecuencia de la no suscripción o renovación de los contratos, pese a llevar un periodo continuo. Entonces proteger los derechos de las mujeres que son madres cabeza de hogar se ha pronunciado de manera coetáneo de los derechos laborales, pronunciándose sobre los derechos laborales al realizar el estudio de los elementos de la relación laboral como de los derechos como sujeto de especial protección.

A partir de los reiterados casos en que la Corte se ha pronunciado sobre los elementos de la relación laboral que generan una relación a diferencia entre los de contrato de prestación de servicios, la Corporación en sentencia de unificación SU-448 de 2016, reiteró sobre la naturaleza de las relaciones contractuales y las laborales y las implicaciones que conlleva declarar el contrato realidad a través de una sentencia judicial. En efecto, al estudiar la viabilidad de reconocimientos prestacionales, también sentó precedente análogo a los pronunciamientos del Consejo de Estado, a partir del momento en que se declaran los derechos es a partir de una sentencia judicial, por ello, no da el carácter de empleado público y en efecto, tampoco de ordenar un reintegro, ni que los emolumentos dejados de percibir generen una sanción por mora, o la aplicación de indemnización por mora.

De manera similar la Corte se refiere dentro de la línea jurisprudencial a la protección laboral reforzada de la mujer embarazada de donde ha surgido el derecho de las mujeres que han sido contratadas por órdenes de prestación de servicio. Sin embargo, se acredita una relación laboral y en consecuencia, surgen los derechos laborales y prestacionales derivados de la misma. Luego, a raíz del estado de gravidez, también tiene derechos a que se salvaguarden las garantías que por ley debe ser reconocidas como las licencias de maternidad y demás indemnizaciones.

De la misma manera, se han violentado los derechos por la suscripción de dichos órdenes de prestación de servicios y por la terminación de éstos a personas que se encuentran en estado de invalidez o con discapacidad donde la Corte ha avocado por su inclusión social real y efectiva debido a su condición de vulnerabilidad. Por ello dicho

tribunal ha instado a los mandatarios locales y departamentales la inclusión en los planes de desarrollo.

En suma, la Corte unificó jurisprudencia respecto al tema en sentencia SU-040 DE 2018, al citar un caso de vulneración de los derechos a una persona en condición de discapacidad o disminución física con el fin de ejecutar la inclusión social y el derecho a la estabilidad laboral.

Entonces la Corte en estos pronunciamientos se ha pronunciado más allá de la relación laboral que se demuestra a partir de los contratos de prestación de servicios celebrados, en donde no solo existe vulneración de los derechos laborales sino de los demás derechos fundamentales relacionados con la vida, dignidad humana, a la seguridad social, salud, a la no discriminación y a las indemnizaciones por despido injusto previsto en el Código Sustantivo de Trabajo.

2.6. Análisis cuantitativo y cualitativo de las sentencias del Consejo de Estado

Las sentencias proferidas por el Honorable Consejo de Estado, a partir de la línea jurisprudencial mencionada y se ha citado en la sentencia arquimédica, la cual alude a un caso analizado donde se alude a la contratación que se realiza a los trabajadores del sector salud específicamente a los que desarrollan funciones de enfermería.

Por su parte, dicho Alto Tribunal como máxima autoridad de la Jurisdicción Contenciosa y que tiene a su cargo, el conocimiento de las demandas que se presentan frente a las entidades del sector público, ha creado una línea jurisprudencial respecto a los diferentes temas de carácter laboral y prestacional en donde se ve avocado relaciones de particulares con entidades del Estado.

Referente al tema de contrato realidad, la Corporación Judicial, se ha referido en innumerables sentencias a partir de las providencias de la Corte Constitucional, que han sido tomadas como referente jurisprudencial; al momento de analizar los elementos de la relación laboral que configuran contrato realidad, la diferencia de las contrataciones mediante órdenes de prestación de servicios y contrato laboral.

Que dicha fuente jurisprudencial a pesar de ser acogida por el Consejo de Estado, también ha referido su línea adoptando sentencias de unificación como es el caso de la sentencia CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, donde se ha salvaguardado los derechos de los trabajadores, al pronunciarse acerca a las implicaciones derivadas de ésta en cuanto a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales, prescripción de derechos entre otros. Y sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021, que han zanjado el tema del término de interrupción de los contratos, a efectos de ser liquidados; y que conllevó a un debate en cuanto a la temporalidad para contratar a través de órdenes de prestación de servicios y condujo a que el máximo tribunal aclarara su propia providencia.

En suma, estos pronunciamientos citados se abordarán de una manera más precisa dentro de la presente investigación, en cuanto a las implicaciones que han surgido como consecuencia de la declaración de contrato realidad frente a los efectos salariales, prestacionales respecto al empleador; y en la debida celebración de los contratos por parte de las entidades públicas.

En este sentido, en las sentencias proferidas del Consejo de Estado, que se han referenciado en la sentencia arquimédica objeto de estudio, no solo ha aludido a las diferentes presunciones que se analizan para identificar la existencia de subordinación como uno de los elementos de la relación laboral; sino en cuanto realizar actividades que conllevan a la prestación del servicio, donde “se rompe con el carácter temporal y eventual del contrato de prestación de servicios cuando el servicio se presta de forma permanente”.

En esta medida, la Corporación no ha sido unánime en cuanto a las decisiones que ha adoptado respecto a las actividades que desarrollan los empleados de la salud al servicio de entidades públicas que prestan dicho servicio, dado que se ha asumido como un indicio la prestación del servicio en el área de la salud, pero ha sido riguroso en la demostración de los elementos de la relación laboral que deben estar sometidos a un proceso probatorio, en el cual la carga de la prueba está en cabeza del interesado.

Por lo anterior, se analizarán las sentencias de unificación y las que se han proferido con posterioridad específicamente de los empleados que prestan servicios en el sector salud que siguen siendo contratos a través de contratos de prestación de servicios. Atendiendo que prestan una labor misional con características de permanencia.

2.7. Pronunciamiento Jurisprudencial de Unificación CE-SUJ2-005-16, proferida por el Consejo de Estado, frente a la celebración de contrato de prestación de servicios

Ante la necesidad de proferir una decisión unificada ante las diferentes situaciones de carácter indemnizatorio y prestacional, como consecuencia de las sentencias que ordenaban la relación laboral derivada de la celebración de contratos realidad, la Sección Segunda del Consejo de Estado en virtud del artículo 271 del CPACA, en razón a la importancia jurídica, económica y social, sentó jurisprudencia de unificación CE-SUJ2-005-16, al analizar un caso de un docente que fue contratado a través de contrato de prestación de servicios, donde se demostró la relación laboral que se llevaba a cabo por la calidad de permanencia, en razón a la función de educador y a la misión enseñanza de la institución.

Entonces, a partir de dicha decisión judicial, se adoptaron diferentes lineamientos que conciernen al derecho a la seguridad social de los trabajadores, y que estos no se vean vulnerados por el paso del tiempo; adoptar un parámetro unánime en cuanto a la

prescripción de los derechos laborales a partir de la terminación de vínculo contractual y de la devolución de dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista; la garantía procesal de incoar el medio de control en cualquier tiempo por tratarse de un derechos de carácter imprescriptible y por referirse prestaciones periódicas, de no exigibilidad del agotamiento de requisito de conciliación extrajudicial previo para demandar; al poder oficioso del juez de pronunciarse sobre los aportes al sistema de seguridad social y pensiones, y el ingreso base de cotización sobre el cual deben calcularse las prestaciones sociales, corresponder a los honorarios pactados.

En este sentido, es preciso citar la jurisprudencia, respeto a las reglas jurisprudenciales, ordenadas, así:

- 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 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, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas

de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados.

En este sentido, se puede colegir que el pronunciamiento de unificación amplió desde la óptica procesal y sustancial diferentes garantías laborales y prestacionales, de las actividades que se contratan por órdenes de prestación de servicios, ello, porque como se indicó en la sentencia precitada, permite unificar criterios en torno al lapso de tiempo en que se puede formular la demanda en la que se pretenda la declaratoria del contrato realidad la cual no puede ser inferior de tres años; sin embargo, este periodo no aplica para la reclamación de los derechos prestacionales, en torno a las cotizaciones que al sistema de seguridad social en pensión se deban cotizar, dado que la sentencia ordena que al ser un derecho imprescriptible, irrenunciable y en pro de los principios laborales de no regresividad y progresividad, no prescribe.

Se infiere que está decisión conlleva a un gran logro en materia de defender los derechos laborales de las personas que acuden a la administración de justicia. Dado que permite no solo presentar la demanda el cualquier momento, a pesar de la haber prescrito el derecho a reclamar los derechos salariales y prestacionales; además de las indemnizaciones a que haya lugar, sino que le ofrece la garantía que en la demanda, el juez de oficio se vea obligado en pronunciarse acerca de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión, lo que implica la oportunidad de acceder al sistema pensional, no solo con un ingreso base de cotización más alto para mejorar el ingreso base de liquidación sobre la base pensional, que impactará en la liquidación de la pensión. Lo anterior, permite garantizar el derecho a la igualdad y a la seguridad social; y en efecto, cotizar al sistema en el porcentaje que por ley se encuentra, establecido entre el trabajador y el empleador; y no la situación de desventaja que tiene el contratista en realizar una cotización mayor y sobre un porcentaje del contrato.

➤ En efecto, en sentencia reciente del 21 de octubre de 2021 de radicado 2190686, el Consejo de Estado, al estudiar el recurso de apelación donde el *a quo*, negó las pretensiones de la demanda sobre el vínculo laboral surgido por el contrato de prestación

de servicios celebrado desde el 1 de enero de 2008 al 31 de enero de 2015., en actividades de vigilancia epidemiológica, promoción, prevención y control de eventos de Salud Pública Distrital en los diferentes Barrios y Clínicas de Barranquilla y Soledad (Terminal de transporte y Aeropuerto) y realizó turnos en el centro de regulación de urgencias y emergencias (CRUE) donde desempeñó la labor de asistencia en llamadas a las diferentes clínicas y hospitales distritales.

El Alto Tribunal consideró, constató que la prestación de servicios personales se dio de manera continuada propios de la actividad misional de la entidad para ejecutarlos en sus propios 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 contratista autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.

De allí, que para dicho caso aludió a los criterios jurisprudenciales recientes estimados por la Subsección B de la Corporación, entorno a la configuración de la relación laboral a partir de relaciones contractuales, en el siguiente sentido:

“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 presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto sub examine.”

Es preciso señalar que para el caso en concreto el elemento de subordinación se examinó las funciones desempeñadas por el actor frente a la naturaleza jurídica de la entidad contratante, esto es del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, al ser un ente territorial del Estado, que corresponde prestar servicios públicos que determine la ley, en la construcción de obras, promoción y la participación comunitaria el mejoramiento social y cultural de sus habitantes.

Por consiguiente, las labores de apoyo a la gestión en el programa de vigilancia epidemiológica de la secretaría de salud eran inherentes a la materialización de la misión, siendo una actividad necesaria y conexa; mismas labores que no fueron temporales.

A su vez, instó que sobre la actividad no se desarrolló bajo el principio de coordinación, que se caracteriza en la sincronización de las actividades en el cual deben existir una concertación contractual e independencia; sino que se presentó una subordinación, donde se presenta una sujeción del trabajador hacia su empleador. Y se impone las condiciones de modo, tiempo y lugar, con sus propios elementos o instrumentos para desarrollar el trabajo, sin independencia.

Aunado a ello, en aplicación a la jurisprudencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021, que refirió al tiempo que debe transcurrir de interrupción entre la celebración de contratos para efectos de prescripción. En la misma se estableció:

“como regla, «un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente”

Entonces con este nuevo pronunciamiento a efectos de la prescripción se deben tomar los períodos que hubo interrupciones los cuales no puede superar entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente un periodo de más de treinta días como término de la no solución de continuidad (no interrupción de falta de relación laboral).

Adicionalmente, se dio aplicación a la sentencia unificación CE-SUJ25 del 25 de Agosto de 2016, en cuanto a las implicaciones de la declaración del contrato realidad a efectos de las liquidaciones salariales, prestacionales. Además, en la imprescriptibilidad de los derechos para las cotizaciones al sistema de seguridad social.

En cuanto al derecho a las vacaciones como prestación social en principio del derecho a las garantías al Descanso, consistente en la concesión de 15 días laborales, expuso que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos del Decreto Ley 1045 de 1978. Por ello, que al declararse la relación laboral tiene derecho al pago de ellas, de manera remunerada.

Por consiguiente, en los casos que se han debatido sobre el contrato realidad, el Consejo de Estado ha identificado que para que se demuestre el contrato realidad, este debe someterse a una estricta valoración probatorio que permita identificar una verdadera relación laboral, no solo a partir de indicios sino de elementos que permitan demostrar los elementos de la relación laboral.

Por ende, algunos casos se han accedido a las pretensiones de la demanda y con ello al restablecimiento del derecho, y por otro lado, también ha denegado los derechos a no contar con la carga probatorio que permita identificar la relación. Lo anterior teniendo presente que la subordinación como elemento esencial debe estar identificado, pues en algunas ocasiones se ha generado una relación de coordinación.

Por tanto, se presentan los siguientes casos:

➤ **En sentencia del 14 de octubre de 2021 con radicación 1688-17**, denegó las pretensiones de la demanda que se solicitaban por parte de la actora la cual aducía haber laborado al servicio de la Policía Nacional prestando los servicios de lavandería de ropa,

en las Escuelas Carlos Holguín y Carlos E Restrepo en la ciudad de Medellín. Sin embargo, se consideró que no se aportaron las pruebas necesarias en virtud del artículo 365 del CGP, por remisión expresa del CPACA, que demostró los elementos propios del contrato realidad. Esto es, el cumplimiento de horario, la forma de remuneración o las condiciones en las que desarrollaba las actividades endilgadas.

➤ **En sentencia del 25 de noviembre de 2021, con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez, de radicación 08001-23-33-000-2016-00829-01(4626-18),** se analiza el contrato de prestación de servicios suscrito por un docente de lenguas extranjeras en una institución universitaria, en el cual el Alto Tribunal considera que el contrato realidad se encuentra demostrado cuando se constata la continuidad de prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ser ejecutados en las propias dependencias o instalaciones bajo sujeción y órdenes que desbordan la coordinación para configurar la dependencia y subordinación.

En lo atinente a la subordinación consideró que aunque la actividad de la docente de lenguas no fuera continua, pues se circunscribía a los períodos académicos no quiere decir que no fuera permanente, dado que laboró por el periodo de 10 años, que genera un indicio importante para demostrar la subordinación. Al respecto la Corporación señaló:

[L]a labor realizada por la demandante se circunscribió a una verdadera relación de carácter laboral subordinada, esto es, en tanto que su actividad no podía desarrollarse por fuera del marco determinado por la universidad, esto es, bajo las condiciones de modo, tiempo y lugar que dispusiera la entidad demandada, con elementos propios de la institución (como papelería, recursos tecnológicos) y en sus instalaciones, aspectos que aunados a la permanencia del servicio, permiten a esta Sala concluir que, en el caso de la señora Fontalvo Loreo sí se demostró la existencia de una relación laboral subordinada. (...) En ese orden de ideas, para la Sala las funciones contratadas eran las de un docente de

lenguas, las cuales son similares a las de aquellos que laboran para la institución por tiempo completo o medio tiempo, distintas únicamente en cuanto al tiempo de dedicación, pero que guardan identidad en cuanto que prestan un servicio personal, obtienen a cambio una remuneración y existe una continua y notoria subordinación lo que entraña una verdadera relación laboral.

2.8. Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021 – Indicios de Subordinación

Posteriormente, en sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021, la Corporación Judicial estimó, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia, por tanto, se analizó diferentes circunstancias que permiten identificar la relación laboral dentro del marco de una relación laboral, como son el lugar del trabajo, horario de labores, la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar y las actividades a desarrollar. En este sentido en dicha providencia se indicó:

(i) El lugar de trabajo. Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. El juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

ii) El horario de labores. Por lo general, el restablecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Sin embargo, hay ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser

indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar. Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del ius variandi, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral: El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente.

A su vez, en adición a la sentencia unificadora en mención fijó las siguientes reglas en torno a la forma en que opera la prescripción cuando se presentan sucedáneas vinculaciones contractuales y existen intervalos entre una y otra, de cara al concepto de «solución de continuidad», en los siguientes términos:

- **Primera:** cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en

forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.

- **Segunda:** en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse.

- **La tercera:** determina que frente a la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.

Posteriormente ante la solicitud de aclaración de la sentencia que fijó los parámetros en mención, la Corporación debió emitir una sentencia señalando que si bien la referida decisión propende por evitar contrataciones para disimular contrataciones laborales, no permitía evitar la contratación de prestación de servicios cuando el contrato se celebraba con la misma persona, por el término de 30 días hábiles a alude la sentencia, se debe entender a efectos de prescripción de los derechos laborales como indicador temporal para inferir que no hay solución de continuidad.

2.9. El precedente Jurisprudencial como deber vinculante en las decisiones judiciales y administrativas - Doctrina y jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Antes de abordar el tema sobre el precedente jurisprudencial, es precedente traer advertir que la Corte Constitucional, ha indicado sobre la protección constitucional de los derechos laborales, tanto que en reiterada jurisprudencia ha protegido relaciones jurídicas que involucran derechos constitucionales laborales.

Por ello, ha tutelado los derechos en contratos de carácter laboral, reconocidos como contrato realidad, como bien se ha analizada en apartes anteriores, en diferentes tipos de contratos denominados contratos de prestación de servicios y órdenes de prestación de servicios. Por lo anterior, la Corte no solo ha defendido la noción de la Constitución, de acuerdo lo ha planteado en la sentencia C-614 de 2019, donde se defiende las garantías constitucionales en el ejercicio del trabajo autónomo. Sino que además, ha reconocido que éstas relaciones en donde se desconoce lo derechos laborales y garantías de los trabajadores, independientemente que las prácticas que se utilicen por parte de los empleadores.

En vista de lo anterior, el Alto Tribunal Constitucional, ha advertido en innumerables pronunciamientos, las garantías de los trabajadores exteriorizados por los órganos competentes en los diversos ámbitos que se pueden suscitar. A su vez, y como se ha reiterada existen planteamientos que explican los casos en que se configura una relación laboral con apoyo en lo previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales debe aplicarse en las relaciones laborales entre particulares y en las celebradas por el Estado.

Bajo este contexto, atendiendo los multiplex pronunciamientos de la Corte y del Consejo de Estado sobre los presupuestos fácticos y jurídicos, que deben ser analizados por las autoridades judiciales competentes y administrativas, para evidenciar desde la

contratación estatal, cuando se celebran contrataciones a través de la modalidad de contratación directa, a través del contrato de prestación de servicios u órdenes de prestación de servicios.

Entonces para efectos de análisis del presente capítulo se depondrá sobre la importancia del precedente judicial en las actuaciones administrativas y judiciales, que dan un margen de interpretación sobre casos análogos que en atención a las situaciones fácticas ya han sido motivo de estudio de las altas cortes, y por ende, ya ha surtido un debate judicial y consideraciones pertinentes.

Luego, se han acogido presupuestos jurisprudenciales, con el fin de que sean aplicados y evitar que se sigan realizando contrataciones que por su naturaleza requieren de un contrato de trabajo o en su defecto de un acto administrativo que lo vincule a una entidad pública bajo las modalidades, esto es, de libre nombramiento y remoción, con cargos de propiedad con nombramiento en provisionalidad entre otro.

Así pues el artículo 10 de CPACA, dispone el deber de aplicar de manera uniforme las normas y la jurisprudencia por parte de las autoridades así como las situaciones fácticas similares resueltas a través de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado.

Referente al tema de los precedentes jurisprudenciales en el Estatuto de Procedimiento Administrativo regulado en el artículo 102 ibídem, prescribió:

Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Este mecanismo normativo que posibilita a los ciudadanos que acudan ante la administración a fin de que se les reconozca una situación jurídica que ya fue resuelta

mediante una sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado. Adicional prescribe los requisitos para solicitudes de extensión de jurisprudencia que refieren conforme a lo señalado por la corporación judicial así:

- Copia o referencia de una sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado en la que se haya reconocido un derecho;
- Justificación razonada en la que se evidencie la identidad fáctica y jurídica entre la situación del solicitante y la del demandante al que se le reconoció un derecho mediante la sentencia de unificación que se invoca y
- Pruebas que tenga el solicitante en su poder, que le permitan demostrar la relación descrita.

El procedimiento de la extensión y unificación de la jurisprudencia fue regulado en el artículo 269 del CPACA, el cual permite al administrado en caso de denegar la extensión de los efectos de una sentencia de unificación ante la autoridad administrativa acudir al Consejo de Estado, acompañado de los documentos pertinentes para tal efecto.

A su vez en el artículo 270 *ibidem*, se estipuló las sentencias de unificación con el fin de jerarquizar las sentencias del Alto Tribunal, con el fin de establecer mecanismos para la unidad y brindar mayor seguridad jurídica posible, con el fin de aplicar el principio de igualdad, dicha preceptiva previó:

«Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión».

En particular, las sentencias de unificación se adoptaron como una medida necesaria para tomar decisiones que contengan similitud fáctica y jurídica de manera unánime, esto es, que puedan decidirse de una misma forma. Atendiendo a los principios de colaboración de la administración, y al acceso a la justicia por parte de los administrados, donde las decisiones aludidas puedan ser decididas por parte de la primera autoridad jurídica donde acuden los ciudadanos; y ésta de manera más ágil, célere y contundente; puede resolver las situaciones administrativas de las personas, atendiendo a los pronunciamientos del Consejo de Estado, donde se encuentre dicha similitud.

De otro lado, como mecanismo para hacer efectivo las sentencias de unificación como ya se ha advertido, para la aplicación de la jurisprudencia objeto de la extensión no esté en abierta controversia con actuales sentencias de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, ya que este mecanismo comporta la existencia de una jurisprudencia clara, pacífica y estable.

Se ha indicado por los tratadistas (Beltrán, 2018, p.12), partiendo de la base que el mecanismo fortalece la cooperación de la Administración en su función judicial, al trazarse una regla en beneficio del ciudadano sin que deba promover el medio el control correspondiente.

De este modo, al ser considerado como un mecanismo de tutela efectiva, en aras de efectivizar los derechos constitucionales, pues a partir de las sentencias de unificación se infiere reglas judiciales entre la administración y los ciudadanos y así evitar largos procesos judiciales ante la justicia administrativa.

Adicionalmente, se ha indicado (Palacio, 2021, p. 952) que dicho mecanismo procesal, si bien permite evitar la existencia de conflictos judiciales, la misma por no ser aplicada por la administración la sentencia de unificación se convierta en un vicio de ilegalidad del

acto administrativo. No obstante, estas fueron creadas para evitar acudir a diversas interpretaciones en las decisiones judiciales.

De la misma manera se ha arribado a esbozar que la figura procesal (Moreno, 2016, p. 401) es un desarrollo de los propósitos constitucionales, como la igualdad, la buena fe y el debido proceso.

A su turno, se ha sido enfático en reiterar que partir de la fuerza vinculante que se le ha dado a la doctrina y jurisprudencia se le otorga el precedente judicial un procedimiento sui generis para hacerlo efectivo ante una autoridad administrativa, el cual pretende el cúmulo de asunto reiterativos que llegan a estudio del Consejo de Estado; y que tiene una solución acorde con la jurisprudencia de las altas cortes. (Gamboa, 2017, p. 464).

Por tanto, se ha concebido como un mecanismo que persigue brindar celeridad a la resolución de los asuntos que son de conocimiento cotidiano por las autoridades administrativas; siendo un avance en protección y garantía de derechos al empoderar al ciudadano con instrumentos para hacerlos valer ante las autoridades.

De la misma manera, se le ha arrogado como un mecanismo tan eficiente que permite al ciudadano de una manera oportuna que permite al administrado acceder a las garantías constitucionales, y tal vez considerando que la jurisdicción podría tener una solución residual. Y se obtiene un ideal de justicia pronta y cumplida.

Desde esta óptica, se ha referido que se cumple con el principio de colaboración armónica entre la administración y el poder judicial porque en el trámite de impartir justicia también participa la administración con el fin que la solicitud elevada por el ciudadano no vaya ante la jurisdicción atendiendo que la litis ya fue dirimida por el Consejo de Estado.

Sin embargo, en caso de no soportar los elementos probatorios que fundamenten el derecho deprecado la administración tiene el deber de denegar la solicitud para que la

litis sea definida por el Consejo de Estado, en un tiempo de treinta (30) días a la petición para que resuelva la solicitud, que una vez vencido el término el ciudadano podrá acudir ante el alto tribunal administrativo, entonces el procedimiento es menos riguroso atendiendo que no requiere las formalidades del proceso ordinario.(Beltrán, 2018, p1).

Es preciso indicar que el artículo 102 del CPACA, fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011, se indicó “las autoridades al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten normas constitucionales”

A su vez es relevante la introducción de las audiencias públicas potestativas para unificar jurisprudencia contemplada en el artículo 43 de la Ley 2080 de 2021, que previó las audiencias análogas a las que realiza la Corte Constitucional, con el fin de salvaguardar intereses generales. Esto es, audiencias en donde las entidades del Estado, organizaciones privadas o expertos sobre temas asunto de debate, para efectuar unificación de jurisprudencia.

No obstante, a pesar de destacar las bondades que trajo la herramienta de descongestión extensión de jurisprudencia; para algunos autores no se ha cumplido la finalidad del legislador como un dispositivo de descongestión administrativa y judicial; este no ha cumplido su objetivo de manera total pues si bien la preceptiva normativa que regula el procedimiento imprime términos perentorios también se sigue presentado congestión en la resolución de las solicitudes de extensión de jurisprudencia ante el Consejo de Estado.

2.10. Análisis jurisprudencial sentencias del sector Salud del Honorable Consejo de Estado – Indicios como indicadores que definen lo misional y lo permanente

que constituyen el contrato realidad a partir del contrato de prestación de servicios

Inicialmente es procedente abordar en parte el tema de los indicios que se pueden presentar en cualquier relación de tipo contractual que generen indicadores que se está bajo la figura de una verdadera relación laboral denominado contrato realidad.

Entonces, antes de abordar el análisis jurisprudencial del Honorable Consejo de Estado, en los cuales ha declarado el contrato realidad con sus posteriores implicaciones, como consecuencia de una relación contractual, es preciso arribar a los planteamientos doctrinales con apoyo en casos analizados por la Altas Cortes, como indicadores de una relación laboral.

Sobre el particular, sobre el concepto de función misional permanente con apoyo en las sentencias C-614 de 2009 proferida por la Corte Constitucional que estudió la constitucionalidad del inciso 4 del artículo 2 del Decreto Ley 2400 de 1968, aludió a la prohibición de celebración de contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública. Entonces, a partir de este pronunciamiento y demás pronunciamientos, se han abordado sobre los indicadores que permiten identificar si se está en presencia de los mismos, para constatar si se presenta la ejecución de estas funciones.

En otro aspecto, de manera indirecta se ha implicado las contrataciones a través de órdenes de servicios, es en el fenómeno de la externalización, el cual ha sido definido por los tratadistas (Farrás, Pérez, 2014.p. 45), por transición de modelos de empresa y tejido productivo a otro, que consiste en externalizar o sacar las actividades realizadas internamente, el cual se ha desenvuelto de manera universal.

Estos fenómenos de flexibilización laboral, que han generado en temas de externalización de actividades e intermediación laboral; ésta última en Colombia se ha

desarrollado a través de cooperativas de trabajo y asociado, sindicatos, a través del contrato sindical, hacen intermediación laboral.

En este sentido, se ha indicado que dichas contrataciones generan situación de subcontratación; lo que ha generado unos riesgos en materia de derechos laborales conforme a las recomendaciones indicadas en escritos de la OIT. Entre estos se encuentran: 1) deslaboralización o informalización laboral; 2) ingresos laborales inferiores, 3) desprotección social; 4) discriminación laboral; 5) insolvencia del empleador formal; 6) desempleo recurrente; 7) no oportunidad de ejercicio de derechos colectivos.

Así mismo, dicha organización ha referido a las relaciones de trabajo triangular en las cuales se desdibuja la relación laboral, y donde se genera desprotección de los derechos laborales, así mismos los trabajadores que prestan los servicios a personas en el marco de un contrato civil o comercial. Sin embargo, son relaciones dependientes a la entidad o empresa generando relaciones de trabajo disfrazadas o fraudulentas, en este sentido de ha ejemplificado las agencias de empleo temporal que operan bajo las apariencias de cooperativas para evadir contribuciones impositivas o de seguridad social. (Farrás, Pérez, 2014.p. 57).

En tal sentido, se ha advertido de indicadores con base en pronunciamientos de las Altas Cortes, para determinar la existencia de la relación laboral, solidaridad o unidad siendo funcionales en la elaboración de pautas para fundamentar el carácter misional y permanente de la labor para cada caso. Y desde luego, se ha detectado estas relaciones en situaciones de intermediación o externalización laboral ilegal.

Sobre el tema, se han identificado diversos indicadores (Farrás, Pérez, 2014, p.68), como son: indicadores funcionales, de igualdad, temporalidad o habitualidad, excepcionalidad, continuidad, indicador de control por el objeto, de injerencia en la selección del personal, de conexidad, función de dirección, beneficiario del servicio, entre otros.

Para nuestro estudio, solo abordaremos los indicadores más destacados para el servicio en el sector salud, que nos permitan identificar similitudes en cuando a los indicadores de una verdadera relación laboral. Entre ellos se apunta al indicador funcional que refiere si la actividad consta como propia de la entidad pública en el reglamento, la ley o a constitución o en la plataforma corporativa que se caracteriza por una misional permanente. (Farrás, Pérez, 2014, p.69).

Y en cuanto al objeto de análisis en el sector público se ha indicado por la ha expresado por parte del Consejo de Estado que *“no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o en reglamento, por mandato constitucional y que el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios”*.

Por su parte, el indicador de igualdad, alude a si una actividad externalizada es desarrollada en sus mismas características por empleados directamente vinculados con el ente público o privado, que se caracteriza por una función misional permanente.

A su vez, el indicador de temporalidad o habitualidad que refiere a la actividad continuada o habitual por parte del ente público o privado; contrario a las características de temporalidad y transitoriedad. Por tal motivo, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha referido a la suscripción sucesiva de órdenes por parte del empleador, y cuando esto se presenta, en al contrato de prestación de servicios, siendo actividades propias del personal de planta y no requieren de conocimientos especializados pueden constituir nóminas paralelas.

De otro lado, en cuanto al indicador de excepcionalidad, se tiene que refiere que si la actividad externalizada no es nueva o de carácter excepcional para la entidad pública o privada, es misional o permanente.

En efecto la Corte Constitucional en sentencia C-614 de 2009, en cuanto al indicador de excepcionalidad para el sector público expuso que la misma se prevé en la siguiente circunstancia:

“Opera en las que una tarea no puede ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública”

Entonces, si la labor corresponde al giro normal de los negocios, tal debe corresponder a una relación laboral. En consonancia con lo anterior, el Consejo de Estado en sentencia del 21 de febrero de 2002, precisó que solo se debe acudirse a la contratación pública bajo las circunstancias en las cuales la tarea a desarrollar corresponde a actividades nuevas, que no pueden ser realizadas por el personal de planta o resultaría en excesivo recargo laboral o de tal manera transitoria resultare necesario redistribuir, así como aquellas que requieran conocimientos especializados.

En efecto, corresponderse la actividad contratada con el giro normal de los negocios, deberá pues existir una relación laboral y no puramente contractual. A su vez, de conformidad con la Ley 1429 de 2010 el indicador de excepcionalidad es aplicable a la empresa privada y pública, y solo puede ser externa su actividad si no es misional permanente, esto es, sólo actividades entendidas como excepcionales.

Por su parte, el indicar de continuidad se caracteriza por hacer uso de la contratación sucesiva, en tanto es misional permanente en tanto se demuestre su requerimiento continuo.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-614 de 2009, ya referida, expresó:

Si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la

administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.

Corolario de lo anterior, se colige que una actividad que es contratada para desempeñar las funciones que desempeña la entidad dentro de su giro ordinario, y contrata servicios de manera sucesiva, se entiende que tiene carácter de permanencia y debe ser contratada a través de vinculación laboral.

Abordados de manera específica los indicios como indicadores que permiten identificar la permanencia de una actividad que genera una relación laboral y no contractual. Y en efecto, se demuestra claramente en la prestación de los servicios de salud, resulta necesario arribar los casos en que el Consejo de Estado ha ordenado la declaratoria del contrato realidad, a partir de las actividades contratadas en el campo de la prestación del servicio de salud, donde se han acudido a estos indicadores para demostrar la verdadera relación.

2.10.1. Sentencias Contrato de Prestación de servicios en actividades del sector salud

Respecto al personal que presta el servicio de salud en las diferentes Empresas del Estado, y entidades de salud directamente vinculadas a éstas, como EPS e IPS, en el país, el Consejo de Estado se ha pronunciado en cuanto a los diferentes casos donde se ha desvirtuado la realidad sobre las formas, y por ende declarado el contrato realidad, por ello, se expondrán los siguientes casos, así:

- **En sentencia del 14 de octubre de 2021 radicado 1294 -18, la Corporación,** declaró el contrato realidad, respecto de los servicios en salud prestados por el médico general al servicio entre los años 2007 y 2012 a la Empresa Social del Estado ESE Salud Pereira, donde pretendió el pago de salarios y prestaciones sociales, liquidados a los empleados de planta como fueron: “ las vacaciones,

prima de vacaciones, compensación de vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, y navidad, auxilio de transporte, dotación de vestido y calzado para la labor, subsidio de alimentación, bonificación por recreación, por servicios prestados y por antigüedad, conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, junto con el trabajo suplementario, los porcentajes de aportes al sistema integral de seguridad social, las cotizaciones a la caja de compensación familiar dejadas de realizar, el reajuste salarial, la sanción moratoria y las demás que se reconocen a un empleado de planta de la entidad. De igual modo, se disponga la devolución del pago de las pólizas de seguro de cumplimiento canceladas.

El Alto Tribunal, abordó temas concernientes a las diferencias entre el contrato de prestaciones de servicios y el de carácter laboral expuestos en la sentencia C-154 de 1997; criterios de permanencia en el servicio señalados en sentencia C-614 de 2019. Luego, como medios de prueba se basó en las planillas de turnos, en las declaraciones rendidas, comprobantes de pago al sistema de seguridad social en salud y pensiones.

Aplicó la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 de 9 de septiembre de 2021, dictada por esta sección, la que fijó, entre otras, la regla de “un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad”. Adicionalmente, consideró demostrado los elementos de la relación laboral (subordinación, prestación personal y remuneración), como factor de subordinación entre los otros, analizó la misión de la ESE, como fueron los de consulta externa, urgencias, cirugía programada, internacional, atención de partos de bajo riesgo, entre otros. Concluyendo que las funciones no fueron temporales sino permanentes y directamente relacionadas con la misión, sumado al servicio prestado por 5 años, cumplía horario y turnos fijos.

A su vez, en dicha providencia aclaró sobre el principio de coordinación, el cual consiste en la sincronización de las actividades que ejerce el contratista con las directrices por parte del contratante, cumpliéndose de manera independiente. Diferente a la subordinación donde existe sujeción del trabajador hacia su empleador que impone condiciones de tiempo, modo y lugar.

Sobre el particular, expresó:

Por consiguiente, en el presente caso no puede hablarse de coordinación, habida cuenta de que el desempeño de las funciones por parte del actor estaba sujeto a medidas y/o órdenes de la demandada, tales como: un horario prácticamente inmodificable debido al funcionamiento de la institución, imposibilidad en la prestación del servicio por otras personas, sino de manera directa por el contratista, y, además, la situación referente a que debía cumplir diferentes labores relaciones con la entidad, lo que denota sin lugar a dudas que la accionada, en su condición de empleadora, tenía la posibilidad de disponer del trabajo del demandante, lo que demuestra la existencia de una verdadera subordinación.

Ese sentido, consideró que al tener las características de vínculos de permanencia y continuidad se demostró la subordinación. Por lo anterior, dio aplicación a la sentencia de unificación CE-SUJ25 del 25 de agosto de 2016, en cuanto al reconocimiento de las prestaciones sociales, y el término de la prescripción dentro del término de tres años. A su vez, al término de solución de continuidad (un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente), contenido en la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 de 9 de septiembre de 2021. Y consideró compensarle las vacaciones de manera remunerada, porque el daño de impedirle el goce se encuentra consumado. Y denegó las prestaciones de carácter extralegal por no otorgársele la calidad de empleado público.

En aplicación a la sentencia SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021, considero que no es posible la devolución recursos del sistema integral de seguridad social, por no constituir crédito a favor del contratista, y es únicamente es dable consignar al sistema de seguridad social en salud y pensiones.

- **En sentencia del 25 de noviembre de 2021 con ponencia el Magistrado William Hernández Gómez, respecto al contrato de prestación de servicios suscrito por un médico en ginecología y obstetricia que prestaba los servicios en la ESE Hospital San Andrés de Chiriguana, considero que no se cumplió con todos los requisitos para declarar el contrato realidad. Uno de los motivos para denegar las pretensiones de la demanda se basó en el elemento de la relación laboral como es la subordinación, el cual no lo considero cumplido pues en efecto el alto tribunal considero que para acreditarse debe demostrarse lo siguiente:**

“pero esta Sala si ha considerado que para acreditar este elemento de la relación laboral deben aportarse aquellas que permitan demostrar fehacientemente que el contratista no ejercía su actividad para la cual fue contratado, en forma autónoma e independiente, sino que debía someterse ineludiblemente a las órdenes e instrucciones de funcionarios de la entidad, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que estos impusieran. Lo anterior a través de, por ejemplo, los oficios, llamados de atención, memorandos de los cuales se advierta la imposición de órdenes e instrucciones sobre la forma de prestar el servicio más allá de lo que razonablemente debe realizar el contratista en virtud de la actividad, contratada; las que demuestren las sanciones o el uso del poder disciplinario del nominador por el incumplimiento de las funciones contratadas, el incumplimiento de un horario fijado exclusivamente por la entidad; las que acrediten el deber de disponibilidad permanente como los

registros de llamadas y comunicaciones en ese sentido, y que superen lo contratado en caso de que por la actividad requerida así se necesitase; y en materia de testimonios, la asertividad, razonabilidad y completitud de los dichos de estos que permitan inferir la forma en que se exigía el cumplimiento de un horario no convenido con el contratista, la forma en que se daban las órdenes e instrucciones, las consecuencias de su incumplimiento, entre otras.”

De las sentencias precitadas es plausible establecer que no existe un criterio unánime por parte del Consejo de Estado, si bien se aplican los pronunciamientos de unificación en cuanto a las consecuencias jurídicas al declararse judicialmente el contrato realidad, este debe acreditarse por todos los medios probatorios idóneos, para conllevar al funcionario judicial de manera inequívoca a la constatación de los elementos de la relación laboral, sin importar la actividad que ejecute el personal de la salud el cual es considerado por la Corte Constitucional de carácter misional.

2.10.2. Sentencias Contratación servicios temporales en actividades del sector salud

Respecto a la contratación por empresas de servicios temporales en actividades del sector salud, es preciso señalar que el Consejo se ha pronunciado en sentencia del 25 de noviembre de 2021 radicado 1066-20. La Corporación, declaró el contrato realidad respecto de los servicios en salud prestados por el médico general al servicio entre los años 2008 y 2011 servidos al Hospital San Rafael de Albania, servicios prestados como empleado en misión por medio de la empresa TEMPOCOLBA Ltda.; como pretensión solicitó el pago de salarios y prestaciones sociales, así como el pago de salud, pensión y aportes parafiscales.

A su vez, el alto tribunal al estudiar las diferentes relaciones entre ellas la contractual como parámetro para inferir el contrato de prestación de servicios; determinó que los

estudios previos del contrato que conforme con el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, último, bajo la figura denominada «maduración de proyectos», dispuso la exigencia de elaborar estudios, diseños y proyectos, y los pliegos de condiciones, según corresponda, con anterioridad a la apertura de un proceso de selección o a la firma de un contrato si la modalidad de contratación es la directa. En la práctica, al conjunto de estas exigencias se le ha designado «estudios previos». Entonces consideró que para demostrar el contrato realidad deben demostrar lo siguiente:

Los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente.

A su vez en la precitada jurisprudencia aludió a factores como lugar de trabajo, horario de labores en donde se puede presentar en el sector salud servicio de urgencias donde se incorpore jornadas laborales y de turnos para realizar la atención. Así mismo también estimó sobre el factor de dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar (en cuanto al modo, tiempo y cantidad de trabajo, imposición de reglamentos internos o el ejercicio del poder disciplinario de *ius variandi*, con el fin definir el elemento de subordinación. A su vez otro factor es de actividades o tareas desarrolladas corresponden a las asignadas a servidores de planta siempre que reúnan los requisitos de la relación laboral.

En esta decisión se dio aplicación a la sentencia de unificación Rad. SUJ-025-CE-S2-2021, respecto a la interrupción de contratos estatales de bajo el entendido de un término de 30 días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios y la prescripción.

Finalmente, en dicho caso concluyó que las actividades asignadas a los demandantes no eran ocasionales, accidentales o transitorias, pues consideró el servicio médico general era desarrollado de manera habitual y permanente.

➤ **En pronunciamiento jurisprudencial del 8 de julio de 2021, la Subsección B, de la Sección Segunda**, accedió a las pretensiones de la demanda en el caso de prestación de servicios de médico general en las instalaciones de la Ese Municipio de Villavicencio con las cooperativas de trabajo asociado Servicol y Coostcom, por los servicios realizados de carácter permanente y continuo, teniendo en cuenta la excesiva y prolongada vinculación laboral.

➤ **En pronunciamiento jurisprudencial del 10 de septiembre de 2020 la subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado**, declaró el contrato realidad respecto de las actividades que desarrollaba un médico en la Empresa Social del Estado Federico Lleras Acosta de Ibagué y la Cooperativa de Trabajo Asociado Promedis Ltda, en la providencia se reiteró sobre la demostración de los elementos de la relación laboral. Frente a la función que cumplen los coordinadores médicos de la cooperativa, consideró que se demostró los elementos de subordinación al demostrarse que la institución imponía el cumplimiento de turnos asignados en igual de condiciones de los empleados de planta. Entonces, indicó que con dichas asociaciones se encubrió el desarrollo de la relación laboral surgida entre la Ese Hospital y el demandante; como quiera que al prestar los servicios ejerciendo funciones propias de la entidad prestadora de salud. por tanto, ordenó la responsabilidad solidaria de la Cooperativa.

- **En pronunciamiento jurisprudencial del 21 de agosto de 2020 de la Subsección “B” Sección Segunda.** En el presente caso se accedió a las pretensiones de la demanda declarando el contrato realidad de la accionante que prestó los servicios como Médica General en la Escuela de Suboficiales de la Naval de Barranquilla. Se demostró que las funciones desarrolladas hacen parte de giro ordinario de la entidad, que debían realizar por funcionarios de la entidad; además se demostró el poder disciplinario, conforme a órdenes impartidas (memorandos, llamados de atención con amenazas de anotación hoja de vida), quedando acreditada la subordinación. Así mismo, se destacó el derecho a la estabilidad reforzada por madre gestante, toda vez que fue despedida en estado de gravidez.

- **En pronunciamiento jurisprudencial del 19 de junio de 2020 de la Subsección “B” Sección Segunda.** Se accede a las pretensiones de la demanda y se declara el contrato realidad teniendo en cuenta los servicios prestados como médico general en la ESE Metrosalud ESE, acreditando conforme a las pruebas documentales y testimoniales, los cuadros de turnos en igualdad de condiciones a los otros médicos, conforme a los protocolos procedimientos y guías de atención.

- **En pronunciamiento jurisprudencial del 18 de octubre del 2018 de la Subsección “B” Sección Segunda.** Se accedió parcialmente a las pretensiones declarando el contrato realidad, en atención a las actividades del demandante como médico asistencial en el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, quien estuvo vinculado a través de contrato de prestación de servicios por más de 20 años, donde se indicó que sus funciones son de carácter permanente propias de empleo de carácter público, si bien, las labores no hacen parte del objeto principal de la entidad, el servicio prestado es legal, permanente, reglamentado y obligatorio. Se aplicó sentencia de unificación SUJ2 Número 005/16 respecto al pago de prestaciones sociales y salarios

2.10.3. Jurisprudencia servicios auxiliares de enfermería

El Consejo de Estado también se ha referida sobre las relaciones que surgen mediante un contrato de prestación de servicios por las actividades desplegadas por el personal auxiliar de enfermería, en las cuales se ha demostrado el contrato realidad. Entonces, sobre el particular es importante citar la tesis que acoge la Corporación Judicial, para que se encuentre demostrado el contrato realidad cuando se contrató por entidades públicas que tiene como objeto la prestación del servicio de salud. Conforme algunos casos recientes:

- **Sentencia del 28 de octubre del 2021 de la Subsección “B” Sección Segunda.**
Se accedió parcialmente a las pretensiones declarando el contrato realidad de la parte actora quien se desempeñó el cargo de auxiliar de enfermería en la Dirección General de Sanidad Militar. Se encontró acreditado los elementos de la relación laboral; consideró como elementos de subordinación el carácter de permanente y temporalidad. Así mismo, se demostró el cumplimiento de horarios y/o turnos y las declaraciones recaudadas y las funciones de enfermería eran idénticas a las auxiliares de la enfermería de planta de la entidad. Se dio aplicación a la prescripción teniendo en cuenta las interrupciones conforme a la sentencia de unificación.

- **Sentencia del 15 de julio del 2021 de la Subsección “B” Sección Segunda.**
Se accedió a las pretensiones encargo de auxiliar de enfermería al servicio de la Ese Hospital San Vicente de Arauca. Se encontró demostrado los elementos de la subordinación conforme a las pruebas testimoniales, que condujeron acreditar que las auxiliares eran contratadas por Cooperativas de Trabajo Asociado. A su vez de pruebas documentales como cuadros de turnos de actividades y la continuidad; y permanencia del servicio. Y a título de restablecimiento condenó al pago de prestaciones sociales sobre la base de honorarios; además aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

- **Sentencia del 21 de octubre de 2019 de la Subsección “B “de la Sección Segunda.** Se confirmó la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, respecto a la demanda instaurada por la parte actora en contra de la ESE Hospital San José de Maicao, al prestar el servicio de enfermería a través de contratos de prestación de servicios desde junio de 2007 hasta el 31 de noviembre de 2010. Consideró el Alto Tribunal que para demostrar la relación laboral debe demostrar de manera incontrovertible los elementos de la relación y la presunción en el caso de la actividad de enfermería debe ser comprobado. En el presente caso, al analizar las pruebas documentales y testimoniales, determinó que de acuerdo a las actividades se demostró la labor subordinada, con ánimo de emplear de modo permanente y continuo; según la continuidad de la relación.

- **Sentencia del 15 de octubre de 2019 de la Subsección “B “de la Sección Segunda.** Confirmó la sentencia de segunda instancia en denegar las pretensiones de la parte actora que instauró demanda en contra del Hospital Universitario Departamental de Nariño ESE, que solicitaba declarar la existencia del contrato realidad al desempeñarse como enfermera mediante contrato de prestación de servicios a través de Cooperativas de Trabajo Asociadas desde el periodo comprendido entre el 2001 al 2012. En efecto consideró que conforme a las certificaciones se determinó la prestación personal del servicio, sin que se demostrara la cantidad y el tipo de remuneración. No encontró demostrada la subordinación al no acreditar la igualdad de condiciones de enfermera de planta, órdenes, horarios o sometida a reglamento. A su vez, no se acreditó el criterio de temporalidad y habitualidad. Y por el contrario de acreditó que la demandante tenía liberalidad e independencia para contratar.

2.11. Extensión de la Jurisprudencia – Contrato de Prestación de Servicios

Es preciso señalar de conformidad con el artículo 102 del CPAPA, el cual se ha hecho mención en el epígrafe, la extensión de jurisprudencia se ha aplicado para los casos de en donde se ha celebrado contrato de prestación de servicios, y consideran que se dan los elementos para que se perfeccione el contrato realidad.

Entonces, los ciudadanos han hecho uso de la extensión de jurisprudencia acudiendo a la administración con el fin de reconocer una situación fáctica y jurídica donde se ha resuelto un caso con similitud en sentencia de unificación del Consejo de Estado.

➤ Sobre el particular, en sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 14 de octubre de 2021, radicado 0651-16, se pronunció sobre la solicitud de extensión de jurisprudencia frente a la sentencia de unificación del 19 de febrero de 2009, esta ordenó a la ESE Barrancabermeja el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales generadas en el tiempo en que estuvo vinculada la actora a dicho ente descentralizado por el periodo comprendido entre el año 2007 y 2013, quien se desempeñó como auxiliar de enfermería.

En efecto, la sentencia del año 2009, en el cual se funda la petición de extensión de jurisprudencia, fue centrado el problema jurídico en determinar si la actora tiene derecho a que el Instituto de Seguros Sociales cancele las prestaciones que le adeuda como consecuencia del contrato realidad suscrito para el desempeño del cargo de técnico de servicios administrativos I, desempeñado sin solución de continuidad a partir del 12 de junio de 1995 hasta el 31 de mayo de 2000.

El Consejo de estado en providencia aludida estimó que en la sentencia de unificación del 19 de febrero de 2009, no señaló expresamente el caso particular de los auxiliares de enfermería vinculados mediante contrato de prestación de servicios; situación que denota la falta de identidad fáctica, circunstancia que impedía la extensión de los efectos de la sentencia invocada. En efecto, la corporación judicial arribó a la siguiente conclusión.

“24. Ahora bien, el hecho de que la sentencia de unificación del 19 de febrero de 2009 hubiera declarado la existencia de una relación laboral, en aplicación del principio de la realidad sobre las formas establecido en el artículo 53 de la Constitución Política, no comporta que dicho caso sea idéntico al de la referencia, pues cada uno tiene particularidades propias y se vale de pruebas distintas para demostrar la subordinación y la prestación personal del servicio en función de la naturaleza del empleo desempeñado y de las labores encomendadas por el superior. De allí que cada situación debe estudiarse y someterse a un análisis exhaustivo probatorio para determinar si se desvirtúan las órdenes de prestación de servicio.”

Por lo anterior, denegó la extender los efectos de la sentencia del 19 de febrero de 2009, toda vez que la accionante no se encuentra en la misma situación fáctica, a la aludida en la sentencia precitada.

➤ En situación similar la corporación en sentencia del 1 de diciembre de 2016 radicado 0650-16; decidió denegar la extensión de los efectos de la sentencia de unificación del 19 de febrero de 2019, en un caso de celebración de contrato de prestación de servicios, por parte de un médico de la Empresa Social del Estado de Barrancabermeja, al considerar que no existía identidad fáctica y jurídica que permitiera la extensión de la jurisprudencia en los términos de los artículos 102 y 269 del CPACA.

3. Lineamientos jurídicos de interpretación y optimización de los procedimientos administrativos y judiciales de los trabajadores que prestan el personal del servicio de salud por contrato de prestación de servicios.

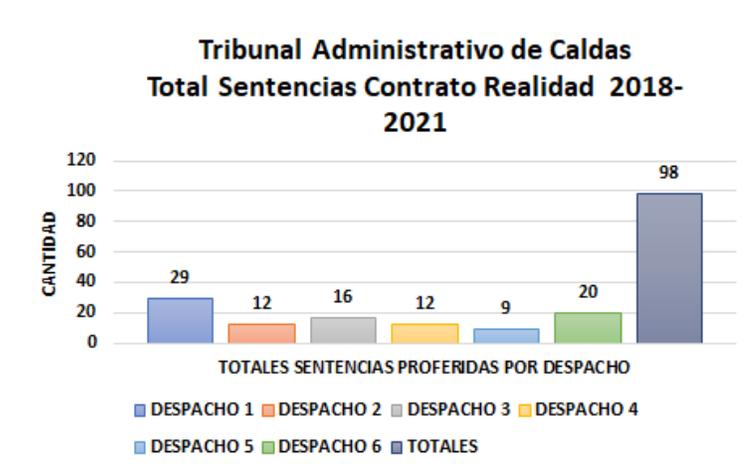
3.1. Indicadores de las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Caldas

De manera gráfica se explicará a partir de la información general y particular recopilada con base en 100 sentencias proferidas en primera y segunda instancia, de donde se extrajeron datos concernientes a la cantidad de procesos, por despacho judicial, por entidades demandas y cargos desempeñados por los demandantes.

A su vez, se explica mediante una gráfica en la cual se analiza los cargos demandados en el sector salud frente a las entidades que prestan el servicio público de salud en el Departamento de Caldas, de acuerdo a las demandas que se hayan accedido y denegado las pretensiones.

En este sentido, se explican las siguientes gráficas de autoría propia:

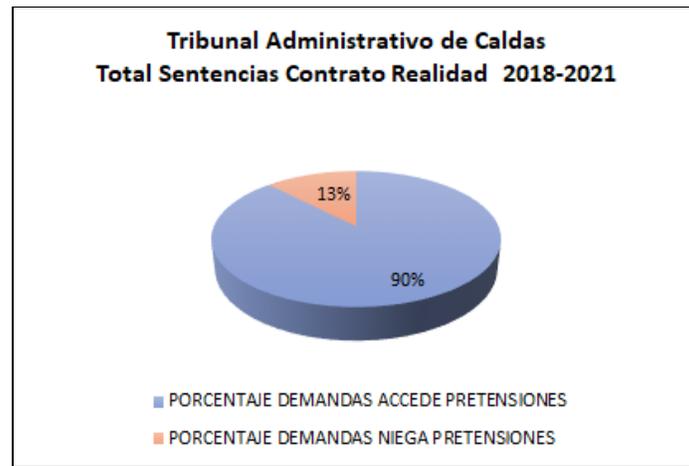
3.2. Gráfica número 1



INFORMACIÓN CANTIDAD DE SENTENCIAS POR DESPACHO	2018	2019	2020	2021	2022	TOTALES SENTENCIAS PROFERIDAS POR DESPACHO
DESPACHO 1	8	5	7	9	0	29
DESPACHO 2	7	1	2	1	1	12
DESPACHO 3		5	4	5	2	16
DESPACHO 4	5	1	3	1	2	12
DESPACHO 5	2	2	2	2	1	9
DESPACHO 6	3	2	15	0	0	20
TOTALES	25	16	33	18	6	98

La gráfica número uno permite identificar las demandas que se han presentado en los despachos del Tribunal Administrativo de Caldas durante al lapso del año 2018 al 2021, en donde han proferido sentencia de primera y segunda instancia donde se han pretendido que se declare el contrato realidad.

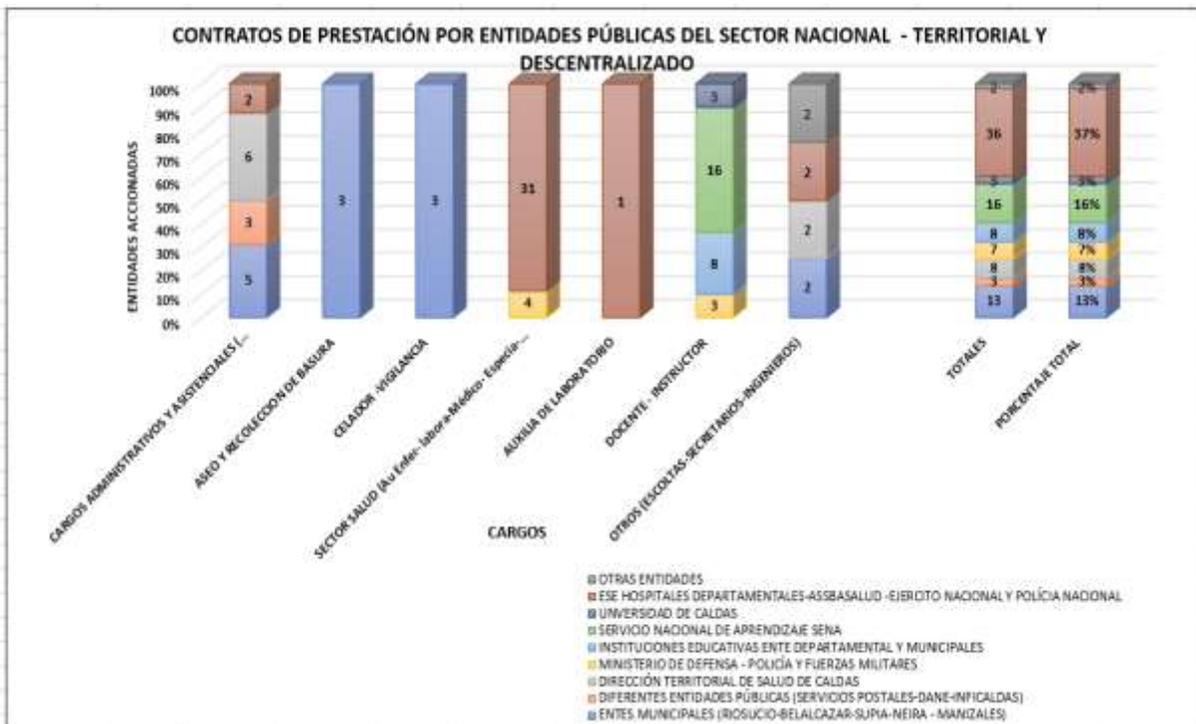
3.3. Gráfica número 2



En la segunda gráfica se identifica el porcentaje de las sentencias en las cuales se han accedido a las pretensiones de la demanda la cual abarca el porcentaje del 90% y de las demandas que se han negado, las cuales se indican en el 13%.

En este sentido, se observa que existe un alto nivel de probabilidad en que se acceda a las pretensiones de la demanda teniendo presente que las presentadas ante el Tribunal Administrativo de Caldas se han decidido de manera favorable, atendiendo a la demostración de los elementos de la relación laboral a partir de la celebración del contrato de prestación de servicios.

3.4. Gráfica número 3



INFORMACIÓN CANTIDAD DE SENTENCIAS POR TEMA	DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS	MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA Y FUERZAS MILITARES	INSTITUCIONES EDUCATIVAS ENTE DEPARTAMENTAL Y MUNICIPALES	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA	UNIVERSIDAD DE CALDAS	ESE HOSPITALES DEPARTAMENTALES-ASSBASALUD - EJERCITO NACIONAL Y POLICÍA NACIONAL	OTRAS ENTIDADES	TOTAL FINAL
CARGOS ADMINISTRATIVOS Y ASISTENCIALES (SECRETARIA	6					2		
ASEO Y RECOLECCION DE BASURA								
CELADOR - VIGILANCIA								
SECTOR SALUD (Au Enfer- labora- Médico- Especia- Odontología - Bacte		4				31		
AUXILIA DE LABORATORIO						1		
DOCENTE - INSTRUCTOR		3	8	16	3			
OTROS (ESCOLTAS-SECRETARIOS-	2					2	2	
TOTALES	8	7	8	16	3	36	2	96
PORCENTAJE TOTAL	8%	7%	8%	16%	3%	37%	2%	98%

En la presente gráfica y en la tabla, se ilustra los cargos que han desempeñado los demandantes que han demandado a sus empleadores por utilizar el contrato de prestación de servicios para ocultar la verdadera relación laboral. Como se puede

visualizar entre las entidades más accionadas se encuentran las Ese Hospitales del Departamento de Caldas en 37%, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA con un porcentaje del 16%; las Instituciones Educativas de Departamentos y Municipios con el 8%; la Dirección Territorial de Salud de Caldas con el 8%; el Ministerio de Defensa Policía Nacional y Fuerzas Militares con el 7%.

3.5. Gráfica número 4



CARGO	ESE HOSPITALES DEPARTAMENTALES VICTORIA - RIOSUCIO- VILLAMARÍA - DORADA (SAN FELIX) - SANTA SOFÍA MANIZALES - PALESTINA - RISARALDA	ASSBASALUD	NACION MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL - POLICIA (Clínica sanidad)	DIRECCION TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS	TOTAL
AUXILIAR DE ENFERMERÍA	4	2	4		
AUXILIAR DE LABORATORIO				1	
BACTERIOLOGO	1				
MÉDICO GENERAL	7				
MÉDICO SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO	7				
MÉDICO ESPECIALISTA (ANESTESIOLOGÍA)	1			1	
SERVICIO DE ODONTOLOGÍA		3			
REGENTE DE FARMACIA	1				
TOTALES	21	5	4	2	32
PORCENTAJE	66%	16%	13%	6%	100%

De la Gráfica y la Tabla se extraen los datos en las sentencias proferidas específicamente en el sector de servicio de salud que prestan diferentes ESE Hospitales Departamentales y Municipales, así como en la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional y Ejército Militar; la ESE Assbasalud del Departamento de Caldas y Municipio de Manizales.

Entre las profesiones de la salud se encuentran un mayor porcentaje de enfermeras, médicos generales, médicos especialistas, servicios de odontología entre otros, que han presentado demandas y se han accedido a las pretensiones de las mismas. Igualmente se ha declarado el contrato realidad y se han ordenado al reconocimiento y pago de las acreencias salariales y prestacionales; así como los ajustes en el sistema de seguridad sociales y en algunos casos las devoluciones por efectos de cotizaciones parafiscales.

3.6. Postura del Tribunal Administrativo de Caldas

Con el fin de abordar las implicaciones jurídicas que han surgido como consecuencia de las aplicaciones de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado en

providencia del CE-SUJ25 del 25 de agosto de 2016 y SUJ-025 -CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021.

Como se indicó en acápites del presente trabajo, en ellas, se arribó a parámetros jurídicos donde se unificó postura por la Alta Corporación Administrativa, que permitió decidir los procesos que se presentan en la jurisdicción contenciosa de manera más uniforme, en cuanto a temas tanto procesales como sustanciales, concernientes a la caducidad, prescripción, aportes al sistema de salud y pensión.

Lo anterior con el fin de resarcir de cierta forma, la informalidad que se ha presentado en las entidades públicas, por parte de su personal cuando es contratado por órdenes de prestación de servicios por lapso prolongados de tiempo, y posteriormente no se renuevan los contratos, atendiendo a situaciones administrativas y políticas.

Por lo anterior, es procedente analizar dos sentencias del Tribunal Administrativo de Caldas que han accedido a las pretensiones de la demanda frente a accionantes que han desempeñado en profesiones de salud y prestado sus servicios en entidades que tiene el carácter misional frente a dicho servicio. Lo anterior con apoyo en las de unificación del Consejo de Estado, las que han decantado el tema de los requisitos para acreditar el contrato realidad y las indemnizaciones del que son acreedores al demostrar el contrato realidad. A su vez, se ha asistido de las sentencias de constitucionalidad y de tutela que han abordado el tema en innumerables sentencias, desde temas sensibles de derechos fundamentales, como el derecho al trabajo y el mínimo vital entre otros.

En este sentido, se abordarán dos casos proferidos por la Sala Sexta y Tercera de Decisión, proferidas por el Tribunal Administrativo de Caldas, por los Magistrados ponentes Publio Martín Andrés Patiño Mejía y Dohor Edwin Varón Vivas.

1. Sentencia radicación: 17 001 3333000-2018-00032-00

Demandante: Andrés Mauricio Vallejo Pulgarín

Demandado: Nación Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Fecha: 1 de noviembre de 2020
M.P.: Dr. Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Instancia: Primera Instancia

Síntesis: El demandante pretende que se declare la existencia de una relación laboral con la demandada, en la prestación de los servicios como Médico General. La sentencia encuentra que se demostró el presupuesto de la subordinación de la relación laboral, por lo que se conceden las pretensiones.

Análisis providencia:

El demandante solicitó se declare la existencia de una relación laboral al desempeñarse como médico Policía Nacional – Metropolitana de Manizales – Área de Sanidad Caldas, donde suscribió contratos de prestación de servicios desde el 16 de abril de 2010 al 11 de mayo de 2017. Los servicios se prestada personalmente de tiempo completo, bajo las órdenes de Coordinador de médicos, cumpliendo horarios de trabajo, a través de turnos y reemplazos.

Solicitó el reconocimiento de las indemnizaciones de todas las prestaciones sociales, tales como prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, dotación de vestido y calzado, subsidio familiar, bonificación por servicios prestados, incremento de salario por antigüedad, horas extras, dominicales, y festivos, reliquidación de salarios. Además, al reconocimiento y pago de las cotizaciones correspondiente al sistema de seguridad social, pensión y riesgos profesionales.

Problema Jurídico:

¿El señor Andrés Mauricio Vallejo Pulgarín tiene derecho a que se declare la existencia de una relación laboral respecto a los vínculos contractuales como

médico que tuvo en la clínica La Toscana en el área de sanidad de la Policía Nacional entre los años 2010 a 2017?

¿En caso afirmativo, es procedente el reconocimiento de las prestaciones reclamadas?

¿Se configuró en este caso la prescripción?

Estudio elementos del contrato realidad

- Subordinación como elemento diferenciador entre el contrato de prestación de servicios y la relación laboral.
- Configuración de los tres elementos de la relación laboral: 1. Prestación personal a otra natural o jurídica, 2. Continua dependencia o subordinación, 3. Mediante remuneración.
- La subordinación que trata la ley es jurídica, o sea, el empleado consciente una relación jurídica de poder directivo del empleador: “... *faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador...*”
- Pruebas de la relación laboral: directa – indirecta o de indicios.
 - ✓ Cláusulas del contrato de prestación de servicios
 - ✓ Indicios de un conjunto de aspectos de índole administrativo: la recepción de órdenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio.

- ✓ Indicio por el criterio funcional o del ejercicio permanente u ordinario de labores misionales que constitucional y legalmente están asignadas a la entidad pública.
- ✓ Indicio por el criterio de igualdad, si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad. O que existan cargos en la planta de personal que tengan el carácter asistencial que realicen las mismas labores.
- ✓ Indicio por el criterio temporal o habitualidad, si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor.
- ✓ Indicio de criterio de la continuidad: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración.
- ✓ Existen caso que la jurisprudencia considera que la labor realizada conlleva la subordinación laboral.

Medios probatorios

- **Pruebas elementos de la relación laboral**

- Contrato de prestación de servicios como profesional médico general como contratista para la Policía Nacional de Sanidad de Caldas desde el año 2010 hasta el año 2017.

- Estudio objeto de los contratos – estudios precontractuales de conveniencia y necesidad de contratación profesional médico – justificaciones – actas liquidación de contrato – verificación de supervisor – afiliación a seguridad social – cuentas de cobro – certificados - aprobación de pólizas entre otros.

- **Pruebas de la subordinación**

- Declaraciones de personal de la salud que laboró en el Clínica de la Policía Nacional donde se indica la labor que prestaban como jornada laboral, funciones, horarios, dotaciones y elementos de trabajo, solicitud de permisos para ausentarse, remuneración.
- Las labores desarrolladas no eran de coordinación al no adelantarse de manera ocasional, extraordinaria, accidentales o temporales. Las labores implicaban que el demandante debía sujetarse a las directrices de la entidad empleadora.
- Las Labores se referirían actividades misionales conforme a las funciones otorgadas por la Ley 352 de 1997, en las asignaciones del servicio de salud a la Policía Nacional Dirección de Sanidad que incluye servicio de medicina laboral, atención básica y planes complementarios. El Decreto 1795 de 2000 y Resolución sobre el objeto de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud a los afiliados y beneficiarios del sistema de salud
- Estudios de conveniencia donde se afirma que existe médicos de planta, sin embargo, que no cuentan con personal suficiente. Funciones desempeñadas por médicos generales de planta similares a las ejecutadas por los médicos contratistas.

- **Conclusiones**

- Existencia de la relación de subordinación laboral, sin autonomía del contratista, de manera permanente en la ejecución de actividades de médico general.

- Se dio aplicación del Decreto 1042 de 1978 en cuanto al término de solución de continuidad entre los servicios contratados que excedieron los 15 días hábiles.
- Se analizó el término de prescripción de tres años de las acciones emanadas de derechos laborales, contados desde la respectiva obligación se hizo exigible artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. Sin embargo, en aplicación a la sentencia de unificación de sentencia de Unificación CE-SUJ2-005-16 del Consejo de Estado, no aplica fenómeno prescriptivos frente aportes a pensión en atención a la periodicidad del derecho e irrenunciabilidad de los derechos laborales.
- No implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador.
- Respecto al restablecimiento de los derechos ordenó el reconocimiento y pago de prestaciones fijadas para los empleados de planta, aportes de salud como ARL al fondo de salud, con base en los honorarios pactados.
- Se ordena reajustar el cálculo el ingreso base de cotización IBC pensional mes a mes, en caso de existir diferencias entre los aportes realizados y los que se debieron efectuar correspondiente al empleador.
- Cotizar en el fondo de pensiones el porcentaje que le corresponde como empleador, siempre y cuando se acredite las cotizaciones realizadas por el contratista.

2. Sentencia radicación: 17 001 3339006-2018-00136-02

Demandante: Luz Ángela García Herrera
Demandado: Ese Hospital San Simón de Victoria (Caldas)
Fecha: 13 de agosto de 2021
M.P.: Dr. Dohor Edwin Varón Vivas
Instancia: Segunda Instancia

Síntesis: El demandante pretende que se declare la existencia de una relación laboral con la demandada, en la prestación de los servicios como Auxiliar de enfermería. La sentencia encuentra que se demostró el presupuesto de la subordinación de la relación laboral. Las actividades eran inherentes a la misión y objetivo principal de la institución por lo que se confirma la sentencia proferida en primera instancia.

Análisis providencia:

El demandante solicitó se declare la existencia de una relación laboral al desempeñarse como auxiliar de enfermería en la Ese Hospital San Simón de Victoria Caldas, donde suscribió contratos de prestación de servicios desde el 1 de enero de 2014 al 10 de agosto del 2017. Los servicios se prestada personalmente de tiempo completo. Las actividades eran inherentes a la misión y objetivo principal de la institución.

Solicitó el reconocimiento de las indemnizaciones de todas las prestaciones sociales, tales como prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, dotación de vestido y calzado, subsidio familiar, bonificación por servicios prestados, incremento de salario por antigüedad, horas extras, dominicales, y festivos, reliquidación de salarios. Además, al reconocimiento y pago de las cotizaciones correspondiente al sistema de seguridad social, pensión y riesgos profesionales.

Problema Jurídico:

¿Existió una relación de índole laboral entre la demandante y la Ese Hospital San Simón de Victoria Caldas, que pueda dar lugar a la declaración de un contrato realidad?

¿Debe revocarse la sentencia en cuanto ordenó a la ESE Hospital San Simón de Victoria, reintegrar a la demandante el valor que pagó en exceso por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad en Pensiones?

¿Es procedente condenar a la demandada al pago de la sanción moratoria?

Estudio relación de subordinación dependencia en la prestación del servicio

- Precisa con apoyo en la jurisprudencia del Consejo de Estado las actividades desempeñadas por profesionales de la salud, como galenos o enfermeras cuentan con alguna suerte de dependencia o subordinación. Luego la carga probatoria frente al elemento de la relación laboral es menos exigente.
- Análisis de las pruebas testimoniales aportadas que dan cuenta de la prestación de los servicios de la accionante al servicio del hospital, como enfermera y ayudante de odontología. Sobre el horario definido, desempeñado de trabajo, órdenes recibidas.
- Análisis de cláusulas referentes a las obligaciones y responsabilidades establecidas en el contrato que acredita la permanencia en la institución de salud, desvirtuando la autonomía e independencia y superando el tema de la coordinación.
- Cumplimiento de órdenes, atendiendo a la actividad por naturaleza que exige acatamiento de mandatos. No se acredita la temporalidad, atendiendo que el servicio se presta de manera habitual y permanente.
- Demostración de remuneración por parte de la accionada como contraprestación de los servicios.

Medios probatorios

- Contratos de prestación de servicios celebrados entre la contratante como auxiliar de enfermería y auxiliar de odontología.
- Funciones relacionadas con información y atención a los pacientes, realización de procedimientos (médicos asistenciales).
- Guías de manejo y control de atención resolución 412de 2000, en servicio de odontología.
- Declaraciones rendidas por los testigos que se identificaron como familiares y compañeros.
- Análisis objeto de apelación en cuanto a la devolución de aportes en exceso por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

• Conclusiones

- Existencia de la relación de subordinación laboral, sin autonomía del contratista, de manera permanente en la ejecución de actividades de auxiliar de enfermería y auxiliar de odontología.
- Aplicación de la sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16 del Consejo de Estado, no aplica fenómeno prescriptivos frente aportes a pensión en atención a la periodicidad del derecho e irrenunciabilidad de los derechos laborales.
- Imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino en relación de las cotizaciones al sistema de seguridad social.

- En cuanto a la devolución de aportes al sistema de seguridad social, que le hubieran correspondido a la entidad y fueron sufragados por el demandante solo es procedente respecto a la cuota parte legal que la entidad demandada no trasladó. Entonces, la entidad debe determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que debieron efectuar y los realizados por el contratista y cotizar al fondo la suma faltante solo en el porcentaje correspondiente al empleador.
- La devolución de los dineros cancelados por parte del demandante en razón a la cuota parte legal que le correspondía a demandado que no trasladó al correspondiente fondo de pensiones durante la ejecución del contrato.
- No es procedente el reconocimiento de la sanción por moratoria con ocasión a la declaratoria del contrato realidad. Toda vez que el reconocimiento de las cesantías surge con la sentencia que declara la primacía de la realidad.

3.7. Implicaciones de la celebración de contrato de prestación de servicios

A partir de las sentencias de unificación SU - CE-SUJ25 del 25 de agosto de 2016 y SUJ-025 -CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021 proferidas por el Consejo de Estado, mismas que han abordado el tema del contrato realidad desde las primeras sentencias hito y fundadora de línea por parte de la Corte Constitucional que han permitido enfocar el tema de investigación a la sentencia arquimédica objeto de estudio asociado a las directrices ordenadas en los pronunciamientos unificados que permiten de manera específica identificar las implicaciones inmediatas y futuras de las decisiones de manera detallada para los empleados que se desempeñan al servicio del sector salud.

En este sentido, se relacionarán las implicaciones que han determinado de manera unificada cada uno de los factores que han incidido para determinar condiciones y

parámetros que permitan decidir de manera uniforme las relaciones que se presentan cuando se contrata a través del contrato de prestación de servicios, a personal que hacen parte de las actividades misionales de las instituciones que prestan el servicio de salud en algunas entidades del municipio de Manizales y del Departamento de Caldas, a partir de las demandas que se presentan en el Tribunal Administrativo de Caldas.

➤ **Caducidad del medio de control**

Es preciso identificar que, conforme a la orden dada referente a este ítem, se tiene que en materia procesal para instaurar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, se contemplaba un término de cuatro (4) meses para interponer la demanda; sin embargo y atendiendo que el operador judicial debe pronunciarse de manera oficiosa acerca de los aportes del contratista al sistema de seguridad social, esto es, en relación a las cotizaciones realizadas por pensión y de las cuales debían cancelar el empleador.

Es preciso indicar esta que esta postura permitió acceder de manera garantista en los derechos laborales y prestacionales, como quiera que dio la oportunidad al accionante, en identificar no solo el restablecimiento del derecho de vista indemnizatorio en cuanto al pago de salarios, sino de brindar la oportunidad de acceder a la administración de justicia en cualquier tiempo, con el fin de hacer el derecho pensional referente a la posibilidad de un reajuste.

➤ **Imprescriptibilidad de cotizaciones al sistema de seguridad social.**

Inicialmente dentro de los presupuestos fácticos y jurídicos se debe señalar que las reclamaciones de los derechos derivados del contrato realidad en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades deben realizarse en el término de tres años a partir de la terminación del vínculo contractual.

No obstante, dicho fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional no aplicaría. Lo que implicaría en armonía con los derechos laborales y principios de in dubio pro operario que el contratista en virtud de dicha relación ejerza su derecho en cualquier momento y en caso de demostrar el contrato realidad se paguen las cotizaciones a pensión conforme al IBC, que le corresponda al empleador.

En efecto, dicha decisión atribuye la condición y garantía constitucional como ciertos, indiscutibles e irrenunciables de los derechos laborales. Dado los casos en que el trabajador ejerció del derecho de instaurar la demanda dentro de un término prolongado a la terminación definitiva de los contratos de prestación de servicios. Pero requiere de manera prioritaria ajustar la mesada en proporción de lo que corresponde al empleador.

➤ **Devolución de aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad.**

Dicha orden se incorporó dentro de la unificación como devolución de dineros que haya realizado el contratista por concepto de aportes como beneficio propio para él, sin que implique la imprescriptibilidad, atendiendo que no influye en el derecho pensional, sino en relación las cotizaciones al sistema de seguridad en pensiones, que podrían tener incidencia en el momento de liquidarse el monto pensional.

Es preciso indicar que la tesis del Consejo de Estado, y seguida por el Tribunal Administrativo de Caldas, en cuanto a la devolución de dineros hechos por el contratista, se explicó que solo es procedente respecto de la cuota parte legal que la entidad no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los contratos.

De ahí que las órdenes que se imparten en las sentencias respecto a este ítem, se verifique 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 a pensión solo en el porcentaje que le corresponde al empleador. Y a su vez la devolución de los dineros cancelados por la parte demandante en razón a la cuota parte legal que la entidad no trasladó al fondo durante la ejecución de los contratos.

➤ **No exigencia del agotamiento de conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar**

Dicho requisito procesal se requería en virtud del CPACA, con el fin de cumplir con los previos a demandar. Sin embargo, en atención a los derechos laborales y la imprescriptibilidad de los derechos ciertos e indiscutibles, los peticionarios para no acudir a la conciliación extrajudicial como mecanismo de conciliación, y acudir de manera directa a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

➤ **Interrupción de los contratos de prestación de servicios**

Es menester precisar que la Alta Corporación determinó en qué circunstancias se deben analizar la interrupción de los contratos de prestación de servicios, dado que entre la contratación de uno y otro contrato emerge un lapso de tiempo, que afectará indiscutiblemente el monto de la indemnización y pago de las acreencias laborales y prestacionales, pues la Corporación en vigencia de la sentencia de unificación del año 2016, ordenaba dar aplicación al lapso de interrupción contenido en el artículo 45 del Decreto 1042 de 1978, esto es, el término de 15 días entre cada contrato, para determinar el monto de la indemnización.

Sin embargo, ante la carencia de tener un criterio unificado que permitiera definir si hubiese o no interrupción entre la iniciación de una y la terminación del siguiente, respecto a la solución de continuidad entre uno y otro contrato. En decisión de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021, se estableció la regla de treinta (30) días hábiles entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término

de la no solución de continuidad. Sin embargo, permite flexibilizarse en atención a las circunstancias específicas de cada caso.

Como fue explicado en el capítulo segunda de la investigación dicha sentencia abarca un planteamiento firme respecto a la presunción e indicios del contrato realidad, en lo que implica actividades de continuidad, permanencia y misional. Lo que se evidencia en contratos al servicio público que están encaminados a prestar un servicio público institucional, para el caso que nos ocupa y que ha sido reiterado del personal que ejecuta los contratos de prestación de servicios, a través de un proceso de selección.

Dicha sentencia causó controversia al indicar que si existía el término de treinta (30) días entre la terminación de un contrato y la celebración de otro contrato, podría ser un indicio del contrato realidad, sin embargo, como se advirtió anteriormente en sentencia de aclaración de la sentencia indicó que dicho término se estableció para determinar si a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse del vínculo contractual. Y en caso contrario, el juez debe definir si ha operado o no el fenómeno de prescripción de los derechos del reconocimiento salarial y prestacional que se hubiese generado.

➤ **Aportes al Sistema de Seguridad Social y Riesgos Laborales en contrato de Prestación de Servicios**

Por mandato jurisprudencial al que se ha referido en precedencia se colige que, para ordenar el pago de las prestaciones sociales en pensión y salud, en la cuota parte de lo que le corresponde al empleador, con el fin de calcular el IBC, que realmente se debe realizar el aporte pensional, atendiendo que este se debe realizar sobre la base de los honorarios pactados y no sobre lo que debe aportar el contratista, que se calcula sobre un porcentaje del valor del contrato.

Entonces, se exige al demandante acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones. 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.

Frente a lo anterior, es preciso determinar conforme a la Ley, la obligatoriedad de cotización al contratista de aportar al sistema de seguridad social y riesgos profesionales en el contrato de prestación de servicios, con el fin de contratar con la administración pública, conforme al artículo 50 de la Ley 789 de 2002.

En este sentido, al contratista en cuanto a la obligatoriedad de aportar al sistema de seguridad social, el artículo 3 de la Ley 797 de 2003 modificatorio del artículo 15 de la Ley 100 de 1993 establece la afiliación obligatoria al Sistema General de Pensiones de todas aquellas personas naturales que presten servicios como contratistas para con el Estado o entidades o empresas del sector privado.

Y por su parte, en aportes al Sistema General de Seguridad Social Salud de los contratistas personas naturales, el inciso 1º del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, señala que en los contratos en donde esté involucrada la ejecución de un servicio por una persona natural en favor de una persona natural o jurídica de derecho público o privado, tales como contratos de obra, de arrendamiento de servicios, de prestación de servicios, consultoría, asesoría, la parte contratante deberá verificar la afiliación y pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Concepto Ministerio de Salud y Protección Social, pg. 1-2).

En lo atinente al porcentaje y base de cotización que el contratista debe efectuar al sistema de salud y pensiones, conforme al artículo 23 del Decreto 1703 de 2002 y conforme a la Circular 00001 del 6 de diciembre de 2004, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, implica que la base de cotización para los sistemas de salud y pensiones del contratista, independientemente de la naturaleza del contrato y su valor, corresponderá al 40% del valor bruto del contrato facturado en forma mensualizada.

Por lo anterior, es válido indicar que la base de cotización para los sistemas de seguridad social de pensiones del contratista, el cual se aplica en materia de salud, corresponde al 40% del valor bruto del contrato facturado en forma mensualizada.

Entonces, de conformidad con el artículo 1 del Decreto 4982 de 2007, artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, la tasa de cotización al Sistema General de Pensiones es del 16% y de salud es del 12.5% del ingreso base de cotización, ingreso base que no podrá exceder de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes ni ser inferior a un (1) smlmv.

Riesgos laborales

A través del Decreto 0723 de 2013, se reglamentó las reglas de afiliación, cobertura y el pago de aportes en el Sistema General de Riesgos Laborales de las personas vinculadas a través de contrato forma de prestación de servicios con entidades públicas o privadas.

En lo que atañe al monto de cotizaciones, se aplica el porcentaje igual a la de un trabajador o servidor público, esto es, no podrá ser inferior al 0.348% ni superior al 8.7% del Ingreso Base de Cotización (IBC).

➤ Honorarios pactados como base para calcular las prestaciones dejadas de percibir

Sobre la base para liquidar las prestaciones reconocidas, conforme a la sentencia de unificación antes citada, "... en lo que atañe al ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir (...) por contrato de prestación de servicios, cabe anotar que este corresponderá a los honorarios pactados...".

➤ Diagrama cotizaciones (SGSS) contrato de prestación de servicios vs contrato laboral

Realizando un análisis esquemático de las cotizaciones y /o aportes que se debe realizar al Sistema de Seguridad Social en aportes de pensión, es plausible concluir que el contratista que deba cotizar sobre el 40% del contrato mensualizado y sobre dicho monto deba deducir la cotización en pensión y salud. Esto es en el porcentaje del 16 % en pensión y 12.5% en salud.

De esta manera de ejemplo se hace un paralelo de lo que deja de cotizar al sistema de pensiones un contratista contratado mediante órdenes de prestación de servicios y un empleado de planta que tengan las mismas funciones.

Entonces, en caso de un médico que labore a través de contrato de prestación de servicios que se cancele el valor del contrato por \$ 5.000.000, deberá pagar sobre el 40% de este, esto es sobre \$ 2.000.000. Luego el aporte de pensión se tomaría sobre el 16% sería: 320.000 y sobre el aporte a salud de \$ 250.000.

Por su parte para un empleado con contrato laboral donde se reconozcan los salarios y prestaciones sociales de Ley en el mismo caso que devengara un salario de \$ 5.000.000, y según las cotizaciones al sistema de pensión se aportarían en porcentaje para el empleador y trabajador. Conforme a las siguientes tablas:

Tiempo Completo (Ministerio del Trabajo, 2022)

	Empleador/a	Trabajador/a	Total
Pensiones	12%	4%	16%
Salud	8,5%	4%	12,5%
Riesgos laborales Nivel I	0,5%		0,5%
Cajas de Compensación	4%		4%

Total	25%	8%	33%
--------------	-----	----	-----

Entonces, para nuestro ejemplo sobre el salario de \$ 5.000.000, le correspondería pagar el 16% en pensión, de los cuales el 12% le corresponde al empleador y el 4% para un total de \$ 800.000, que equivale al IBC. A cargo del empleador la suma de \$600.000 y a cargo del empleado \$200.000.

Conforme a lo anterior, se observa una gran diferencia del ingreso base de cotización (IBC), como aporte del Sistema Pensional, respecto al aporte de un contratista y a un empleado de planta. Pues mientras el primero su base de cotización lo será sobre un IBC de \$ 320.000 y segundo le corresponderá sobre el IBC de \$ 800.000. Lo que de contera permite colegir que el contratista se encuentra en desmejora relevante al sistema lo que va a repercutir de manera significativa en el monto de la pensión de jubilación. Lo anterior, atendiendo los parámetros abordados por el Alto Tribunal Administrativo en cuanto al Base de cotización que se debe calcular cuando se declara el contrato realidad, esto es sobre la base de los honorarios pactados.

Sobre el particular se concluye, que no solo las indemnizaciones que se deben reconocer sino las que ofrecen una garantía laboral a favor del trabajador, en que el operador judicial debe pronunciarse de oficio, sobre las cotizaciones al sistema de seguridad social. Lo que implica la oportunidad de acceder al sistema pensional, no solo con un ingreso base de cotización más alto para mejorar el ingreso base de liquidación sobre la base pensional, que impactará en la liquidación de la pensión.

Lo anterior, permite garantizar el derecho a la igualdad y a la seguridad social; y en efecto, cotizar al sistema en el porcentaje que por ley se encuentra, establecido entre el trabajador y el empleador; y no la situación de desventaja que tiene el contratista en realizar una cotización mayor y sobre un porcentaje disminuido en desmerito del derecho a la seguridad social.

Conclusiones

De acuerdo con la normatividad que ha regulado el contrato de prestación de servicios, la jurisprudencia que se ha evaluado de las Altas Cortes como del Tribunal Administrativo de Caldas, y de las herramientas jurídicas previstas en la ley tanto para el trámite judicial como de las actuaciones administrativas, se pretende contribuir con el trabajo a la administración de justicia y a las entidades públicas con el fin de cumplir los mandatos legales y constitucionales.

En este orden de ideas, estos contratos se les ha definido y caracterizado de manera concreta por la ejecución de labores conforme al objeto del contrato, ejercido de manera autónoma e independiente, bajo un tiempo limitado, y desempeñado por personal de conocimientos especializados -en tanto la función de los contratistas no es de permanencia-. Es claro el objeto que debe cumplir el contrato de prestación de servicios al servicio de las entidades públicas; sin embargo, este contrato bajo el principio de la primacía de la realidad, se ha convertido en un antifaz para ocultar la verdadera relación laboral que ha surgido entre estas relaciones que distan de un orden para prestar un servicio, y se convirtieron en relaciones entre trabajador y empleador.

Lo anterior, tiene fundamento en la acreditación de los elementos de las relaciones laborales, como es la prestación del servicio personal, la subordinación y la cancelación o pago por los servicios prestados. A pesar de esto, y de las innumerables acciones de carácter administrativo que se han presentado para declarar el contrato realidad, en donde han sido condenadas las entidades públicas por excederse en la contratación y verse vulnerado los derechos de los particulares, continúan ejecutándose estos contratos en desmedro de los derechos de los trabajadores.

Ante dicha situación, la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, ha venido definiendo de manera paulatina la relación sustancial que se presentan, las características para identificar la verdadera relación ante diferentes indicios que conllevan a demostrarla, y además el carácter misional que se deriva de las mismas.

En particular, y conforme a las relaciones que se dan de carácter misional, es importante hacer precisión respecto al servicio que se presta en el sector salud, donde se observa por lo general la vinculación de dicho personal bajo órdenes de prestación de servicios, por periodos prolongados. En este sentido, al identificar los pronunciamientos jurisprudenciales de unificación, es importante resaltar los grandes avances que se ha adquirido para la identificación de estos contratos y para evitar que los mismos se sigan contratando. No obstante, esto no ha sido óbice para que las entidades continúen realizando este tipo de vinculación, pese a las órdenes dadas por las autoridades

judiciales, y sin que se adopten políticas gubernamentales claras y precisas para evitar dicha contratación.

En consecuencia, de acuerdo a la línea jurisprudencial elaborada a partir de la sentencia de tutela seleccionada como la providencia arquimédica proferida por la Corte Constitucional, basada en una relación de tipo contractual, a partir del contrato de prestación de servicios como auxiliar de enfermería que labora en una Empresa Social del Estado, y pese haberse contratado por un término de 6 años a través de órdenes de prestación de servicios, no se le renueva el contrato; no obstante tener la condición de sujeto de especial protección constitucional al describirse como madre cabeza de familia.

En efecto, el análisis de la línea planteada a partir de la sentencia en mención nos brinda un panorama acerca de los casos que han sido de conocimiento de la Corte Constitucional, que a partir de las relaciones contractuales se ha desdibujado la verdadera relación laboral concatenada a la vulneración de derechos fundamentales a la vida, a la salud, seguridad social, entre otros; que reflejan ante las contrataciones que hacen las entidades de su personal la precariedad. Contrataciones que adolecen de todas las garantías laborales y prestaciones, contempladas desde la Constitución Política, Tratados Internacionales y demás normas, que pretenden proteger a los trabajadores de los abusos.

Sin embargo, el panorama no es alentador, toda vez que desde el año 1997, la Corte Constitucional ha sentado los parámetros jurisprudenciales, específicamente para el análisis particular en la sentencia C-154 de 1997; seleccionada como fundadora de línea, la cual establece las características y parámetros que adopta el Alto Tribunal, en torno al contrato de prestación de servicios y de una relación laboral.

Desde dicha data, la Corte ha tenido una línea análoga hasta el día de hoy en cuanto a los elementos que constituyen una relación laboral conforme al artículo 53 de la Constitución Política. Desde este enfoque, es que la jurisprudencia zanja el tema de la actividad que desarrollan las auxiliares de enfermería como un presupuesto de

subordinación y dependencia; a su vez, es uno de los elementos con más dificultad para ser acreditado al momento de solicitar la declaración de los derechos ante un juez constitucional y más aún ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Lo anterior tiene fundamento de acuerdo con los parámetros que ha adoptado las Altas Cortes para descubrir la verdadera relación, comoquiera que la actividad probatoria se hace rigurosa en el sentido de acreditar en específico la subordinación como un elemento indispensable que va a decidir si se está en presencia de una relación laboral y de coordinación como en su momento se señaló para unos casos el Consejo de Estado de conformidad con el estudio adelantado.

En esta medida, la jurisprudencia ha desarrollado unos indicadores que han permitido establecer factores como identificar si la actividad es misional y permanente; como base para declarar o no por parte de un funcionario público el contrato realidad, que refieren a indicadores de temporalidad, continuidad, habitualidad y funcional. Este último caracteriza a las entidades que prestan el servicio de salud al público y tiene relación directa con el servicio que presta el personal que atiende a los pacientes.

En efecto, si bien a partir de las sentencias analizadas se han garantizado los derechos de los trabajadores en torno a visualizar y tratar de defenderlos ante las diferentes modalidades de contrataciones o intermediaciones como se denotó en este capítulo, donde han sido cuestionadas las relaciones con el fin de evadir el reconocimiento y pago de prestaciones, todavía las entidades acuden a esta clase de contrataciones, a pesar de ser condenadas de manera subsidiaria con la entidad y la empresa intermediaria.

De tal manera, no se puede desconocer los avances que en materia ha traído la jurisprudencia en las sentencias de unificación respecto de las decisiones del contrato de prestación de servicios donde se acredita una relación laboral; tal es la sentencia de CE-SUJ2-005-16, que elaboró una línea a partir del caso de un docente en el cual decidió frente a la imprescriptibilidad de los aportes a la seguridad social por considerar

prestación periódica, la no exigibilidad de agotamiento de conciliación extrajudicial para demandar y el cálculo de prestaciones sobre la base salarial del cargo empleado.

A su vez, si bien la Alta Corporación posteriormente en sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 2021 estableció reglas para interpretar aspectos del contrato de prestación de servicios, entre ellos sobre la interrupción de los contratos para efectos de prescripción los cuales no pueden ser mayores de 30 días hábiles entre finalización de un contrato y la ejecución del siguiente. Adicionalmente, se expuso que al determinarse una contratación con una extensión al tiempo antes mencionado se estimaría como indicio de subordinación y dependencia de los contratistas frente al Estado.

Dicha sentencia debió ser aclarada atendiendo que la misma, desincentivaba la contratación a través del contrato de prestación de servicios al tener como indicio de subordinación la celebración de contratos de manera sucesiva y con la misma persona y se entienda la no solución de continuidad, si entre la terminación de un contrato e inicio de otro no han transcurrido el término referido; y en el sentido de revisar y rehacer los estudios previos, en los términos de la sentencia de unificación.

De esta manera, se aclaró que el periodo de 30 días se debía entender como indicador temporal para señalar que no hay solución de continuidad entre un contrato y otro sucedido a efectos de prescripción de derechos laborales. No obstante, los pronunciamientos de unificación han servido a detectar la verdadera relación laboral y permitir acceder de manera igualitaria cuando se declara una relación laboral por realizar similares actividades frente a los trabajadores que están contratados mediante una relación laboral.

En el campo del sector salud, pese a los informes emitidos por la Organización mundial de la salud respecto a la importancia para la sociedad del personal de enfermería al servicio de la salud, más aún su notoria e indispensable servicio en tiempos de pandemia del Covid-19 y el pronunciamiento de la sentencia arquimédica en sentencia T-388 de

2020, donde se indica que la actividad de enfermería se presume subordinación, bajo este contexto, al parecer no se ha dado la importancia de labor de la actividad del sector tanto en las entidades del Estado, más aún al servicio de las entidades que prestan servicios en el sector salud, como son las Empresas Sociales del Estado -pues como se analizó en las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, guardan relación en la contratación que hacen del personal de enfermería, los médicos generales y especialistas, al ser contratados por contratos de prestación de servicios, en contravía de los mandatos legales y jurisprudenciales-.

Adicionalmente, en razón a las actividades que éstas desarrollan se cumple con todos los lineamientos de los indicios que conllevan a declarar la relación laboral, al cumplirse con labores subordinadas, de continuidad, misional, que no pueden estar en medio de la liberalidad atendiendo a la necesidad y obligatoriedad de manera permanente de la prestación del servicio de salud a la población.

Entonces, se observa de las decisiones proferidas por el Consejo de Estado, que se han analizado, que en éstas se exige comprobar la existencia de los elementos de la relación laboral al momento de realizar una reclamación administrativa ante las entidades, que ante la negativa conllevan acudir a reclamar sus derechos a través de la acción de tutela, y en caso de resultado adverso acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en el cual se exige como se indicó un material probatorio riguroso pasando por pruebas documentales y testimoniales para lograr demostrar el derecho, que a todas luces se encuentra más que acreditado en razón a las labores que desarrollan las entidades al servicio de la salud.

Tal es el caso de las enfermeras y los médicos generales que prestan sus servicios en dichas instituciones, que si bien en la gran mayoría de los casos demuestran la relación laboral ante las autoridades judiciales; no sucede lo mismo con los médicos especialistas a quienes en la gran mayoría de los casos analizados han denegado sus derechos.

Además, si se parte de la importancia del precedente tampoco ha existido un pronunciamiento jurisprudencial de unificación contundente que abarque las actividades del personal en actividades de la salud y definan la situación para que la contratación no se realice a través de contrato de prestación de servicios. Lo anterior, basado en la normatividad que permite acudir ante las entidades directamente atendiendo a la denominada extensión de jurisprudencia, pues si bien, se han realizado solicitudes bajo esta fuente jurídica, se han denegado en relación a la contratación por prestación de servicios como auxiliar de enfermería. El Consejo de Estado ha denegado dicha solicitud al afirmar que la sentencia la cual se pretende aplicar no obedece a los mismos presupuestos fácticos y jurídicos.

Finalmente, con el análisis jurisprudencial tanto de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado -tanto en sentencias de constitucionalidad, tutela, unificación y mecanismos como la extensión de jurisprudencia-, si bien se ha avanzado en determinar el contrato realidad a partir de relaciones contractuales como los contratos que se ejecutan en las entidades del Estado -a partir de la serie de indicios estudiados-, no ha sido suficiente para garantizar los derechos del personal de la salud que prestan los servicios en dichas instituciones, sin recibir los emolumentos salariales y prestaciones de manera igualitaria al que presta el personal de planta.

Recomendaciones

Abordada cada una de las tesis que se han propuesto investigar en el presente trabajo, desde la doctrina y la jurisprudencia que han tratado el tema de la configuración del contrato realidad a partir de las relaciones contractuales precarias que permiten desdibujar la verdadera relación laboral con el fin de evitar la acreditación de los requisitos contemplados por ley para las relaciones laborales y, de esta manera, exonerarse de reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales y, demás rubros del que tiene derecho el trabajador, se encuentra que:

A pesar de existir innumerables pronunciamientos tanto de la Honorable Corte Constitucional y del Honorable Consejo de Estado, las cuales permiten de manera coordinada sentar una postura unificada en cuanto a las consecuencias procesales y sustanciales en aras de la modificación de situaciones jurídicas en diferentes campos laborales, ello no se evidencia en los Despachos judiciales que por años han tramitado procesos de esta índole y que han dado solución de manera somera en cuanto a las órdenes que se deben impartir en las sentencias judiciales, enfocadas a indemnizar y

restablecer los derechos de los trabajadores en aras de salvaguardar las garantías que por mandato constitucional y legal le es dable.

A su vez, si bien con el transcurrir del tiempo y de las nuevas innovaciones de contratación han surgido infinidad de relaciones laborales, éstas al estar sometidas al control de legalidad, permiten que los operadores judiciales ejerzan de manera justa y equitativa en aplicación al principio de igualdad los derechos prestacionales.

Ahora bien, desde el desarrollo de la investigación propuesta a partir de la sentencia arquimédica considerada como la más actual que señaló los parámetros en que se demuestra el contrato de realidad desde la contratación del personal que presta servicios de salud en el cargo de auxiliar de enfermería; y adicionalmente, desde los parámetros de unificación abordados y explicados ampliamente en el desarrollo del trabajo, se identificaron y analizaron las implicaciones del contrato realidad referente al personal de la salud que presta el servicio asistencial, profesional y especializado en entidades del sector nacional, territorial y descentralizado del Departamento de Caldas, conforme a los datos extraídos de las base de datos de la relatoría del Tribunal Administrativo de Caldas, información de los despachos, y de la base de datos de datos de consulta de jurisprudencia de los Tribunales a nivel nacional dispuesto en la página web de la rama judicial.

En este orden de ideas, se ha llegado a los siguientes aportes desde una perspectiva jurídica y fáctica conforme a los resultados de la investigación, que permiten no solo conocer el estado actual en que se encuentra la contratación de dicho personal en diferentes instituciones ya mencionadas, sino también conocer las posibles soluciones que permitirían tener herramientas jurídicas que impidan la contratación estatal a través de contratación directa como otra modalidad de contratación para el contrato de prestación de servicios.

Por lo anterior, se realizan las siguientes recomendaciones o aportes:

1. Necesidad de unificación de jurisprudencial

Si bien se parte desde los pronunciamientos unificados del Consejo de Estado, en cuanto al trámite judicial que se le dan a los procesos y a las decisiones, se parte de los términos procesales entre las actuaciones, esto es, desde la presentación de la demanda hasta la decisión de primera instancia por Juzgado Administrativo del Circuito que puede abarcar aproximadamente 3 años, y si la decisión es recurrida por alguna de las partes el tiempo aproximado en el Tribunal Administrativo es de 1 a 2 años.

Lo anterior se produce no solo como consecuencia de la alta litigiosidad que se presenta en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sino por la rigurosidad del tema en cuanto a la demostración de los requisitos del contrato realidad. Sobre dicho tema es plausible que se deban recopilar pruebas documentales, informes, declaraciones, entre otras, para acreditar la prestación personal del servicio, remuneración por la labor desarrollada y la subordinación del servicio.

Esta última se hace indispensable en la decisión judicial para establecer la permanencia, continuidad, dependencia, temporalidad y misionalidad del servicio que se ha abordado a partir de indicios; los cuales se extraen del mayor número de pruebas que se permitan arribar al expediente.

En este sentido, en la etapa probatoria se hace indispensable acreditar a partir del contrato de prestación de servicios la relación laboral y, por tanto, aplicar el CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021, que permite a través del proceso ordinario, mediante la celebración de audiencias, acreditar dicha relación.

Entonces, como se analizó en el segundo capítulo en énfasis a las sentencias de unificación no hay un pronunciamiento uniforme y unificado respecto al personal de la salud en relación a la demostración del contrato realidad, pese a las sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que han referido a la labor misional de ésta, al prestar el servicio de salud en el sector público y por ello, se concluye la existencia del contrato realidad.

Por lo anterior, es recomendable solicitar unificación de jurisprudencia que permita determinar qué cargos y especialidades de la disciplina de la salud que sean y hayan

sido contratados mediante órdenes de prestación de servicios, se declare el contrato realidad a través de sentencia anticipada; herramienta procesal que fue introducida a partir de la Ley 2080 de 2021, para decidir de manera más ágil los procesos con similitud fáctica y jurídica que solo requieran de pruebas documentales. Esto es de puro derecho para su decisión lo cual conllevaría a la decisión en términos de tiempo más reducidos a los que generalmente requiere un proceso ordinario laboral en el que se deban decretar medios probatorios para la decisión.

En efecto, este mecanismo procesal sería de gran ayuda tanto en el ámbito judicial y comunidad jurídica, como para los destinatarios de los derechos solicitados para que sus demandas sean resueltas con prontitud y garantías procesales en el acceso a la administración de justicia.

2. Extensión de jurisprudencia

Partiendo de la base de un pronunciamiento de unificación del personal de la salud frente a la acreditación del contrato realidad se podría ejercer la aplicación del precedente jurisprudencial en virtud del artículo 102 del CPACA, referente a la solicitud de extensión de la jurisprudencia inicialmente ante la administración pública.

En efecto permitiría extender los efectos de la jurisprudencia al administrado como una posibilidad inicial ante la entidad responsable para que de manera uniforme decida la solicitud en sede administrativa, atendiendo a la decisión de unificación, lo que permitiría realizar fórmulas de arreglo para reconocer el derecho y posterior indemnización del personal que haya desarrollado dichas funciones.

A su vez, en caso de una decisión desfavorable por parte de la administración, tendría la oportunidad de acudir ante el Consejo de Estado, para que este adopte una decisión de manera similar y unánime.

Dicha propuesta se presenta toda vez que la extensión de jurisprudencia fue solicitada por auxiliares de enfermería ante la administración y el Consejo de Estado para que se

aplicara dichos fundamentos fácticos y jurídicos a la emitida por la Corporación respecto de un caso fallado el 19 de febrero en el año 2009. Sin embargo, como se indicó en precedencia dicha solicitud fue denegada atendiendo que no se trataba de la misma profesión.

De otro lado, se tiene que dicho mecanismo sería efectivo para las resoluciones de dichos contratos de prestación de servicios, que se convierten en contratos laborales y se evidencian atendiendo a las formalidades, al personal que se contrata que se caracteriza por prestar un servicio permanente, subordinado y misional a la entidad; como es el caso del personal de la salud y de las diferentes entidades e instituciones del sector público que prestan dicho servicio, el cual se presta a la comunidad en general y requiere que sea prestado de manera permanente.

Como se observó, las diferencias que se presentan en la liquidación del IBC entre ambos contratos, atendiendo a que las prestaciones sociales en cuanto a las cotizaciones a salud deben decidirse por el operador judicial de manera oficiosa, se evidencian en que son imprescriptibles. En este sentido, en la actualidad y a futuro cuando dicho personal quiera solicitar la pensión de jubilación, podrá reclamar ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa su reconocimiento y/o reliquidación en cualquier tiempo lo que implicaría conocer de dichos procesos a futuro.

En este sentido, dicha extensión de jurisprudencia atribuiría un gran beneficio no solo en materia procesal en cuanto a la disminución de tiempos de decisión y evitar la congestión judicial, sino que la solución de éstos se encontraría en cabeza de las administraciones, sin necesidad de acudir a la jurisdicción con el fin de cumplir con el objeto señalado en la norma.

3. Supervisión del contrato de Prestación de Servicios integrado por Profesionales en Derecho y Personal Médico de la Institución.

Frente al de sistema de contratación Estatal, se tiene que las entidades públicas deben contratar conforme al Estatuto de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 que implica dar aplicación a los requisitos y cumplimiento de los parámetros establecidos respecto a

las diferentes modalidades de contratación. En relación al contrato de prestación de servicios éste debe contratarse bajo la modalidad de contratación directa.

Sin embargo, existen entidades públicas exceptuadas de dar aplicación al régimen general de contratación como es el caso de las ESE Empresas Sociales del Estado conforme lo prevé el artículo 194 de la Ley 100 de 1993. No obstante, al disponer de recursos públicos deben someterse a dar aplicación de los principios de la contratación estatal referidos a la transparencia, economía y responsabilidad.

A su vez, ante el Decreto 1085 en su artículo 2.2.1.2.1.4.1., indica las causales de justificación de contratación directa en las cuales se debe realizar los estudios y documentos previos y estos encaminados a establecer la conveniencia y oportunidad de la contratación y en el cual se deben realizar las especificaciones técnicas y el valor del bien o servicio.

En este sentido, se recomienda a las instituciones que están sometidas y que no están en el régimen de contratación, determinar en sus manuales de contratación estatal la adecuada supervisión de los contratos, los cuales deben estar integrados por personal jurídico y médico de la entidad, con el fin de verificar, y evitar la contratación bajo la modalidad de contratación directa, a través de contrato de prestación de servicios, atendiendo a los parámetros ordenados en las sentencias de las Corte Constitucional y del Consejo de Estado, respecto del carácter misional y permanente de las funciones del personal asistencial, profesional y asistencial en la salud.

A su vez, en caso de encontrarse contrataciones por órdenes de prestación de servicios, bajo esta modalidad con el fin de encubrir la relación laboral, se ejecute y remita a los entes de control disciplinario con el fin de adelantar las investigaciones ordenadas en la Ley 1952 de 2019 respecto a las faltas relacionadas con la contratación pública.

De esta manera, se considera que las propuestas presentadas pueden aportar de forma significativa desde el campo jurídico y contractual, un avance sustancial en las decisiones judiciales y administrativas para contrataciones futuras del personal de la salud en la entidades públicas; pues no se debe desconocer el servicio esencial que el personal presta para la comunidad, atendiendo a las necesidades básicas y prioritarias de la salud; donde su personal debe ser contratado de manera legal, respetando todas las garantías constitucionales y legales.

Referencias

- Benavides, José Luis, (2010), Contrato de prestación de servicios. Difícil delimitación frente al contrato realidad Revista Derecho del Estado.
- Beltrán A, E. (2018). Mecanismo de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros como escenario de activismo judicial dialógico. Revista Universidad externado de Colombia: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5469/7351#toc>
- Bohórquez, Carlos, (2009), *El contrato de prestación de servicios de la administración pública*, Editorial Milla Ltda.
- Circular 00001 del 6 de diciembre de 2004, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- Dávila, Luís Guillermo, (2016) *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Bogotá, Legis Editores.
- Devis Echandía, Hernando. (2008). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo II. Víctor P. de Zavila, editor. Buenos Aires.

- Farrás, Julio; Pérez Viviana, (2014) Subcontratación; tercerización; Precarización laboral; Trabajo; Sociología del trabajo; Relaciones laborales; Jurisprudencia; América del Sur; Colombia. Medellín, ENS, Escuela Nacional Sindical. Ensayos laborales No. 22.
- Gamboa, J.S. (2017); Compendio de Derecho Administrativo: Universidad Externado de Colombia.
- Hernández Álvarez, Óscar y Ermida Uriarte, Óscar. (2003). Crítica de la Subordinación. Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano. UNAM. México.
- Quintanilla Islas, Pedro Antonio. (2002), "La subordinación en el derecho del trabajo". Universidad de Nuevo León.
- López, D. (2000). El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Bogotá: Universidad de los Andes-Legis
- Moreno D.Y. (2016) Curso de derecho Administrativo: Décima edición actualizada editorial temis.
- Palacio H. J (2021); Derecho Procesal Administrativo: 11 ediciones. Lijursánchez.
- Pérez F, O. (2018); tópicos de la línea jurisprudencial: Jurisprudencia, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.: <https://conocimientojuridico.defensajuridica.gov.co/topicos-la-linea-jurisprudencial/>
- Resolución relativa a la relación de trabajo, adoptada en la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 91ª reunión, 2003.
- Rincón, Jorge Iván. (2009), "Derecho Administrativo Laboral", Universidad Externado de Colombia.
- Recomendación 198 de 2005 Organización Internacional del Trabajo (OIT)
- Rodríguez Tamayo, Mauricio. (2013), *Los Contratos Estatales en Colombia*, Editorial librería jurídica Sánchez.

- Rico Puerta, Luis Alfonso, (2008). *Teoría general y práctica de la contratación estatal*, Bogotá, Leyer.
- Sanjuanelo Ortiz, J. (2015). Enriquecimiento sin justa causa del estado por los impuestos recaudados en los contratos de prestación de servicios profesionales celebrados en el marco del estatuto general de contratación de la administración pública por su declaratoria judicial como vínculo laboral realidad.
- Tamayo, Mauricio Fernando, (2013), *Los contratos estatales en Colombia*, Librería Sánchez
- Villegas Arbeláez, J. (2008); *Derecho Administrativo Laboral: Principios, estructura y relaciones individuales*. Octava edición, Bogotá D.C. Legis.
- Younes Moreno, Diego, (2013), *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá, Editorial Temis.

Correo Electrónico

- Giraldo. O. (2021) “Relator Tribunal Administrativo”
reladmcal@cendoj.ramajudicial.gov.co>
- **Consulta de Jurisprudencia – Tribunales**
<https://ratioiurisprudencia.ramajudicial.gov.co/Jurisprudencia/>

Normativa

- Ley 20 de 2007 de España prevé la protección del trabajador autónomo económicamente dependiente.
- República de Colombia, Congreso de la República. Ley 22 de 1967. “Por la cual se aprueba el Convenio Internacional del Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptado por la Cuadragésima Segunda Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra, 1958)

- República de Colombia, Congreso de la República. Decreto 1950 de 1973. “Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”
- República de Colombia, Congreso de la República. Decreto Ley 222 de 1983. “Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”.
- República de Colombia, Congreso de la República. Decreto 1335 de 1990. “por el cual se expide parcialmente el Manual General de Funciones y Requisitos del Subsector Oficial del Sector Salud.”.
- República de Colombia, Congreso de la República. Ley 10 de 1990. “Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”.
- República de Colombia, Congreso de la República. Ley 100 de 1993. “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.
- República de Colombia, Congreso de la República. Ley 80 de 1993. “Por medio del cual se establece el estatuto general de contratación pública”.
- República de Colombia, Congreso de la República. Decreto Ley 1569 de 1998. “por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades territoriales que deben regularse por las disposiciones de la Ley 443 de 1998 y se dictan otras disposiciones”
- República de Colombia, Congreso de la República. Decreto 2170 de 2002. “por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993, se modifica el Decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999.”
- República de Colombia, Congreso de la República. Ley 790 de 2002. “Por 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.”
- República de Colombia, Congreso de la República. Ley 734 de 2002. “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.”

- República de Colombia, Congreso de la República. Decreto 1703 de 2002. “por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.”
- República de Colombia, Congreso de la República. Ley 797 de 2003. “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.”
- República de Colombia, Congreso de la República. 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”.
- República de Colombia, Congreso de la República. Ley 1150 de 2007. “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.”.

- República de Colombia, Congreso de la República. Decreto 1082 de 2015. “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”
- República de Colombia, Congreso de la República. Ley 1437 de 2011. “Por medio del cual se expide el Código Administrativo y de Procedimiento Administrativo.
- República de Colombia, Congreso de la República. Ley 2080 de 2021. “Por medio del cual se modifica el Código Administrativo y de Procedimiento Administrativo.

Sentencias

- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-094 de 2003, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-086 de 2000, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C- 665 de 2000, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-1109 de 2005, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-614 de 2009, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-599 de 2010., Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-345 de 2015, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia SU-448 de 2016, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-389 de 2018., Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia SU-040 de 2018., Magistrado Ponente Cristina Pardo Schlesinger.
- Colombia, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “B” consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve Radicación número: 50001-23-31-000-2005-10518-02(1094-10).
- Colombia, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “B” consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante, expediente 0245.
- Colombia, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “B” consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández Radicación número: 13001-23-31-000-2012-00233-01(2820-14)
- Colombia, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “B” Consejero ponente: Bertha Lucía Ramírez Páez Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00653-01(2696-11).

- Colombia, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “B” consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve Radicación número: 73001-23-31-000-2008-00081-01(1618-09).
- Colombia, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “A” consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero Radicación número: 73001-23-31-000-2008-00081-01(1618-09).
- Colombia, Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección “B”. Consejero ponente, MP Gerardo Arenas Monsalve, Radicación número Rad. 25000-23-25-000-2003-00839-01.
- Colombia Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, M.P. Alfonso Vargas Rincón, expediente Radicación número: 68001-23-15-000-2003-03003-01(0976-08).
- Colombia Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente Radicación número: 250002325000200608185 01.
- Colombia Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, M.P. Alfonso Vargas Rincón, expediente Radicación número: 05001-23-31-000-2003-03063-01(1788-10).
- Colombia Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, M.P. César Palomino Cortés, expediente Radicación número: 15001-23-31-000-2012-00042-01(3246-15).
- Colombia Consejo de Estado, Sentencia unificación, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter expediente Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.
- Colombia Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, M.P. César Palomino Cortés, expediente Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00799-01(2778-13).
- Colombia Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00270-01(0350-10).

- Colombia Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, M.P. César Palomino Cortés, expediente Radicación número: 15001-23-31-000-2012-00042-01(3246-15).
- Colombia, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “A” Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, Radicación número: 13001-23-31-000-2012-00233-01(2820-14).
- Colombia Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, M.P. William Hernández Gómez, expediente Radicación número: 50001-23-33-000-2010-00606-01(1586-16).
- Colombia, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “B”, sentencia del 21 de octubre del 2019. M. Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 44001-23-33-000-2013-00086-01 (0827-16).
- Colombia, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “B”, sentencia del 15 de octubre del 2019. M. Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 52001-23-33-000-2013-00185-01(4175-15).
- Colombia, Tribunal Administrativo de Caldas, sentencia del 12 de junio de 2008, con ponencia del Magistrado ponente Jairo Ángel Gómez Peña, rad. 17-001-23-00-000-2004-01038-00.
- Colombia, Tribunal Administrativo de Caldas, sentencia del 19 de febrero de 2018, rad. 170013333001-2014-00091-02, con ponencia del Magistrado Ponente Publico Martín Andrés Patiño Mejía.
- Colombia, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “A”, sentencia del 18 de octubre del 2018. M. Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, Radicación número: 20001-23-39-000-2015-00100-01(3645-16)
- Colombia, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “A”, sentencia del 18 de octubre del 2018. M. Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, Radicación número: 20001-23-39-000-2015-00100-01(3645-16).

- Colombia, Tribunal Administrativo de Caldas, sentencia del 17 de julio de 2020, rad. 17-001-23-33-000-2016-00958-00, con ponencia del Magistrado Augusto Morales Valencia.
- Colombia, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "B", sentencia del 19 de junio del 2020. M. Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 05001-23-33-000-2016-01224-01(5700-18)
- Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 10 de septiembre de 2020. Radicado 1011-17. Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.
- Colombia, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "A" Consejero sentencia del 25 de noviembre de 2021. M. Ponente: William Hernández Gómez, Radicación número: 20001-23-39-000-2015-00195-01(5186-16).
- Colombia, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "B", sentencia del 8 de julio del 2021. M. Ponente: César Palomino Cortés, Radicación número: 20001-23-39-000-2015-00195-01(5186-16).
- Colombia, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "B", sentencia del 15 de julio del 2021. M. Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 20001-23-39-000-2015-00195-01(5186-16).
- Colombia, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "B", sentencia del 28 de octubre del 2021. M. Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Radicación número: 05001-23-33-000-2016-01224-01(5700-18).
- Colombia, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "A" Consejero ponente: William Hernández Gómez, Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00300-01(2396-16).
- Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de agosto de 2020. Radicado 08001-23-31-000-2002-01285-01(1259-15). Consejero Ponente: César Palomino Cortés.

- Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de febrero de 2002. Radicado 3530-2001. Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante.
- Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 25 de noviembre del 2021. Radicado 1066-20. Consejero Ponente Gabriel Valbuena Hernández.
- Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de octubre de 2021. Radicado 0196-19. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter.
- Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021
- Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A sentencia del 25 de noviembre de 2021. Radicado 462-18. Consejo Ponente William Hernández Gómez.
- Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B Sentencia del 14 de octubre de 2021. Radicado 1688-17. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter.
- Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A Sentencia del 14 de octubre de 2021. Radicado 0561-16. Consejero Ponente Gabriel Valbuena Hernández.
- Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B Sentencia del 14 de octubre de 2021. Radicado 1294-18. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter.