



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO Sala Primera de Decisión

MAGISTRADO PONENTE EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS

Pasto, viernes, dos (2) de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO – LABORAL

RADICACIÓN No.: 52001333300520180013203 (12706)

DEMANDANTE : AIDA GENNY DEL SOCORRO LÓPEZ SALAZAR

DEMANDADO : EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO PASTO
SALUD E.S.E.

SENTENCIA

La Sala Primera de Decisión procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2022, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Pasto, mediante la cual, se negaron las pretensiones de la demanda.

I. PARTE DESCRIPTIVA

1. IDENTIFICACIÓN DEL TEMA DE DECISIÓN

1.1. Objeto de la demanda¹

La señora Aida Genny del Socorro López Salazar, a través de apoderada judicial y, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el **oficio Nro. 510-15394 de 17 de noviembre de 2017 DP 00063**, mediante el cual, Pasto Salud E.S.E., negó la existencia de una relación laboral con la demandante.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicitó se declare la existencia de la relación laboral, así como el consecuencial pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a que haya lugar.

1.2. Hechos²

Como fundamento de sus pretensiones, expuso los siguientes hechos:

1.2.1. Aida Genny del Socorro López Salazar prestó sus servicios como *auxiliar de farmacia* en la E.S.E. Pasto Salud desde el 15 de enero de 2013 hasta el 15 de diciembre de 2016, de forma continua e ininterrumpida.

¹ SAMAI - Expediente digital «001DEMANDA».

² SAMAI - Expediente digital «001DEMANDA».

1.2.2. Indicó que, cumplió con todas las funciones que le fueron asignadas, establecidas en el Decreto 1335 de 1990, bajo la especificación y código «AUXILIAR DE FARMACIA – DROGUERÍA – 531005», conjuntamente enmarcadas en el «Manual Específico de Funciones, Requisitos y Competencias» bajo el nivel jerárquico «Técnico», cuya denominación del empleo fue «Técnico área salud», con código 323, grado 05; lo anterior demostró, que el cargo que desempeñó la actora fue creado tanto por la ley como por la entidad demandada.

1.2.3. Prestó sus servicios en el Centro de Salud 1° de Mayo y en el Centro de Salud Pandiaco de la ciudad de Pasto, de manera personal; cumplió un horario de 48 horas semanales en turnos realizados de la siguiente manera: 3 días a la semana de 7:00 a.m. a 7:00 p.m., y los otros 3 días de 7:00 a 11:00 am; bajo la subordinación de la entidad demandada, concretamente, del señor Hernán Guerrero – director operativo, quien fue reemplazado por la señora Isabel Sofía Díaz, y de Yurani Pantoja, regente de red de la E.S.E.

1.2.4. Las funciones ejercidas por la demandante no fueron temporales o transitorias, por cuanto hicieron parte del objeto social de la E.S.E., y correspondieron a las de un empleado público de la entidad, además, que dichas funciones excedieron el límite máximo para ser contratadas mediante empresa de servicios temporales, según lo establecido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

1.2.5. La vinculación de la actora con la entidad demandada a través de empresas de servicios temporales pretendió disfrazar el vínculo propio de una verdadera relación legal y reglamentaria, siendo realmente la E.S.E. Pasto Salud el empleador de la demandante.

1.2.6. El último salario que devengó la señora Aida Genny del Socorro López Salazar fue el mínimo.

1.2.7. La señora Aida Genny del Socorro López Salazar fue citada el 21 de septiembre de 2017, para conciliar con Dynamik S.A.S., por el pago de las prestaciones sociales reconocidas; no obstante, dicho acuerdo nunca se cumplió por parte de la intermediaria.

1.2.8. Por último, la demandante fue despedida de manera unilateral en el año 2016; posteriormente, elevó reclamación administrativa ante la E.S.E., para lograr el reconocimiento de la relación laboral, solicitud que fue negada a través del acto acusado.

1.3. Sentencia de primera instancia³

Mediante proveído de 12 de diciembre de 2022, el *A Quo* declaró probadas las excepciones de: **i)** cobro de lo no debido por inexistencia del derecho reclamado; **ii)** autorización legal para suscribir contratos de prestación de servicios e inexistencia de relación laboral entre la demandante y la E.S.E. Pasto Salud; **iii)** el oficio demandado no se encuentra viciado por ninguna de las causales de nulidad del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011; **iv)** pago y compensación; **v)** falta de

³ SAMAI - Expediente digital, archivo 00046 «Sentencia de 1° instancia».

legitimación material en la causa por pasiva; **vi)** buena fe al momento de realizar los contratos de prestación de servicios entre la entidad demanda y las empresas contratistas; e, **vii)** inexistencia de solidaridad entre la E.S.E. Pasto Salud, Dynamik S.A.S y Servicios Multiactivos de Colombia S.A.S propuestas por Pasto Salud E.S.E.; debido a la ausencia de pruebas para demostrar la existencia de una relación laboral entre las partes; luego, no se pronunció sobre las excepciones propuestas por las entidades aseguradoras y Multiactivos de Colombia S.A.S., por carencia de objeto, en razón a que, no se accedió a las pretensiones de la demanda, y, por ende, no fue dable analizar las condiciones y demás elementos de las pólizas con las que Pasto Salud E.S.E., pretendía cubrir el monto de una eventual condena.

Dijo que durante el proceso se acreditó que, desde el 2013, Pasto Salud E.S.E., realizó con un tercero la contratación del proceso de atención al cliente asistencial, en servicios de atención ambulatoria, urgencias, hospitalización, apoyo diagnóstico y el proceso de apoyo administrativo, como gerencia de la información, ambiente físico, gestión de la tecnología; contratación que se adelantó desde dicha anualidad con Servicios Multiactivos S.A.S., desde el año 2014 a 31 de diciembre de 2016, con Dynamik S.A.S., y nuevamente desde 2017 hasta 2018 con Servicios Multiactivos S.A.S.

También se demostró que la señora Aida Genny del Socorro López Salazar fue contratada por Servicios Multiactivos S.A.S., y Dynamik S.A.S., mediante contratos laborales a término fijo en los periodos reclamados desde el 15 de enero de 2013 hasta el 15 de diciembre de 2016, para desempeñar funciones de auxiliar de farmacia; recordó que en el caso concreto se le dio el reconocimiento de una relación laboral a la vinculación de la demandante con los intermediarios, por ende, no se le pudo otorgar la calidad de empleado público, pues para ostentar dicha condición se requiere del nombramiento y posesión.

Indicó que no se logró probar que Servicios Multiactivos S.A.S. y Dynamik S.A.S., fueran empresas de servicios temporales, pues, conforme a los certificados de existencia y representación allegados, en los dos casos se trató de sociedades por acciones simplificadas, por lo que al tenor de lo dispuesto en la Ley 50 de 1990⁴, solo las empresas de servicios temporales pueden realizar intermediación y para ello debieron constituirse como personas jurídicas y su único objeto tuvo que ser el descrito en la precitada norma; por el contrario, la contratación se realizó mediante contrato de prestación de servicios entre la E.S.E., demandada y Multiactivos de

⁴ «ARTÍCULO 71. Reglamentado por el Decreto 1707 de 1991. Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador. Ver el Fallo del Consejo de Estado 4096 de 2006.

ARTÍCULO 72. Reglamentado por el Decreto 1707 de 1991. Las empresas de servicios temporales deberán constituirse como personas jurídicas y tendrán como único objeto el previsto en el artículo anterior.

(...)

ARTÍCULO 95. La actividad de Intermediación de empleo podrá ser gratuita u onerosa pero siempre será prestada en forma gratuita para el trabajador y solamente por las personas naturales, jurídicas o entidades de derecho público autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

ARTÍCULO 96. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social autorizará a las entidades privadas o públicas que desarrollen actividades de Intermediación laboral a fin de establecer un Sistema Nacional de Intermediación. Para tales efectos el Gobierno Nacional expedirá los reglamentos necesarios.»

Colombia S.A.S. y Dynamik S.A.S., y estas, a su vez, contrataron mediante contratos laborales a término fijo con la demandante, tal como quedó plenamente demostrado con las certificaciones, la conciliación laboral y los testimonios.

Consideró que, Pasto Salud E.S.E., no realizó ningún tipo de control a la actividad desplegada por la demandante, pues no se evidenció subordinación ni dependencia de la actora a la entidad estatal, en ningún momento se le impartió órdenes, le impuso el cumplimiento de un horario o la ejecución de funciones, además de que en las ausencias a laborar o el requerimiento de un permiso, estuvieron a cargo del operador privado, lo que evidenció que el control a las funciones que cumplió la actora fue realizado por Multiactivos S.A.S. o Dynamik S.A.S., en calidad de empleadores, sin que la E.S.E. tuviera injerencia alguna en tal situación, reafirmando esto con las certificaciones laborales y el testimonio del señor Hernán Javier Guerrero.

Añadió que resulta improcedente el reconocimiento doble de la relación laboral cuando quedó acreditado que la demandante estuvo amparada bajo contratos de trabajo a partir de 2013 y hasta el final de su relación laboral en el año 2016, con las sociedades contratistas, a quienes les asistió la obligación de pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social, circunstancias que fueron cumplidas por Servicios Multiactivos de Colombia S.A.S.; en cuanto a Dynamik S.A.S., se logró acuerdo conciliatorio con la demandante, frente a las acreencias laborales adeudadas, por ello, ante un eventual incumplimiento, la señora Aida Genny del Socorro López Salazar deberá iniciar la acción ejecutiva pertinente para el cobro de la obligación contenida en el acta de conciliación.

Concluyó que la carga de la prueba recae sobre quien pretende demostrar la existencia de la relación laboral⁵ y en el *sub examine*, la parte demandante no logró demostrar los elementos constitutivos del contrato realidad con Pasto Salud E.S.E.

1.4. Recurso de apelación⁶

- Parte demandante

Inconforme con la decisión, la parte demandante recurrió la decisión de primer grado argumentando que, el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 determinó que para que las E.S.E., puedan realizar contratación de sus propios servicios con terceros, solo es admisible siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, de tal manera que no afecte el empleo público o las relaciones laborales del Estado; de lo contrario, se estaría consintiendo la desaparición de las plantas de personal y pauperizando los derechos de los trabajadores bajo la figura de la contratación con terceros⁷.

⁵ Cabe recordar que en materia probatoria es plenamente aplicable al proceso contencioso administrativo, el artículo 167 del Código General del Proceso establece que «*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*», lo que implica que a quien alega los hechos le corresponde acreditarlos.

⁶ SAMAI - Expediente digital, archivo 00049 «*Recurso de Apelación Sentencia parte Demandante*».

⁷ Decreto Ley 222 de 1983, Ley 80 de 1993, Ley 190 de 1995, Ley 790 de 2002, argumento expuesto por la Ley 734 de 2002, Estatuto Único Disciplinario, que consagró como falta gravísima: «*Artículo 29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas*».

Precisó que la norma constitucional preceptuada en el marco del artículo 53 determinó para todos los efectos el principio de la primacía de la realidad sobre todas las formalidades y se estaría frente a una verdadera relación laboral si confluyen los 3 elementos de trabajo estipulados en el artículo 23 del Código Sustantivo Trabajo, estos son, la prestación personal del servicio, el salario y la subordinación, características cumplidas en la vinculación de la demandante con la E.S.E. Pasto Salud.

Indicó que la tercerización laboral dentro del marco legal, está permitida únicamente para las empresas de servicios temporales y con cierta limitación⁸, que tienen como objeto enviar personal para que realicen labores misionales y por un tiempo determinado, no de forma permanente; sin embargo, los contratistas realizaron una intermediación ilegal para desnaturalizar la verdadera relación laboral que se llevó a cabo con la entidad demandada.

Conforme a lo plasmado en Sentencia de 9 de septiembre de 2021⁹, respecto del elemento de subordinación, señaló que, Aida Genny del Socorro López Salazar prestó sus servicios en calidad de auxiliar de farmacia en el lugar que Pasto Salud le ordenó, cumplió la jornada laboral impuesta por la demandada, por ello, la actora no tuvo autonomía en las tareas que realizó durante la jornada laboral y mucho menos pudo fijar su propio horario de atención, puesto que lo hicieron sus jefes inmediatos, los señores Hernán Guerrero, Isabel Sofía Díaz y Yurani Pantoja.

Finalmente, resaltó que, que como auxiliar de farmacia, las funciones desarrolladas por la actora no fueron temporales ni transitorias, toda vez que hicieron parte del objeto social de la empresa y del manual específico de funciones, requisitos y competencias que implementó la E.S.E. demandada, mediante el cual se estableció como nivel jerárquico «técnico» con denominación del empleo «técnico área salud» «código 323» «grado 05».

2. ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

2.1. Admisión del recurso

Mediante auto de 10 de julio de 2023, se admitió el recurso de apelación por haber sido sustentado en término.

Así mismo, dentro del lapso comprendido entre la notificación del auto que concede la apelación y la ejecutoria del que admitió el trámite en segunda instancia, los sujetos procesales no se pronunciaron respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, conforme a lo normado en el numeral 3 del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, modificado por artículo 67 de la Ley 2080 de 2021.

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

⁸ Se hace referencia a lo preceptuado en el artículo 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990, puesto que es dable precisar que la E.S.E. Pasto Salud violó lo mandado por el artículo 77.

⁹ Radicado SUJ-025-CE-S2- 2021

De otra parte, de conformidad con el numeral 5 del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, modificado por artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, por tratarse de un asunto en el que no se requirió de la práctica de pruebas en segunda instancia, se prescindió del traslado para alegatos de conclusión.

2.2. Concepto del Ministerio Público

La delegada del Ministerio Público ante esta Corporación se abstuvo de rendir concepto en los términos establecidos en el numeral 6 del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, modificado por artículo 67 de la Ley 2080 de 2021.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

II.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 153 y 247 del CPACA, esta Corporación es competente para decidir el asunto, por tratarse del recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Pasto.

Se procede, entonces, a resolver la alzada interpuesta por la parte demandante, con arreglo de lo previsto en los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso.

II.2. Problema Jurídico

La Sala deberá dilucidar:

Si se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia apelada, para lo cual, se determinará si con las pruebas recaudadas en el decurso procesal se logró demostrar si existió algún vínculo laboral entre la señora Aida Genny Del Socorro López Salazar y la E.S.E. Pasto Salud; y, de ser el caso, si este último contrató servicios con terceros para ejecutar labores misionales de la entidad.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes tópicos: **i)** normativa que regula los contratos de prestación de servicios; **ii)** jurisprudencia aplicable al caso; **iii)** Sentencias de Unificación - CE-SUJ2-005-16 y SUJ-025-CE-S2-2021 del Consejo de Estado y; **iv)** el caso concreto.

(i) Normativa que regula los contratos de prestación de servicios

La contratación por prestación de servicios con el Estado ha sido desarrollada normativamente a través del Decreto Ley 222 de 1983¹⁰, la Ley 80 de 1993 y por la Ley 190 de 1995¹¹. El artículo 32 del Estatuto General de Contratación los define así:

¹⁰ Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.

¹¹ Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.

«Son contratos de prestación de servicios los que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.» (Subrayado y negrillas fuera de texto)

Lo anterior denota que una de las características del contrato de prestación de servicios es la temporalidad de su vigencia, y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado, es decir, el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el evento de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter breve y excepcional para convertirse en permanente y ordinario, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de dar cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual, se requiere que el empleo público se encuentre dentro de la respectiva planta y sus emolumentos previstos en el correspondiente presupuesto.

Si bien la legislación colombiana ha habilitado la posibilidad de acudir a la contratación de prestación de servicios en los casos y para los fines previstos en la Ley 80 de 1993, no es menos cierto que se encuentra implícito en ella los limitantes necesarios para evitar el abuso de esta figura jurídica. En igual sentido, 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, consagra:

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

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

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

Por su parte la Ley 734 de 2002, -Estatuto Único Disciplinario-, consagró como falta gravísima:

«Artículo 29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales».

Como puede observarse, el contrato de prestación de servicios fue concebido para la satisfacción de ciertas necesidades de la administración pública y bajo específicas condiciones, por esa razón, es el mismo ordenamiento jurídico el que establece no solo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para adelantar funciones propias de un empleo público previstas en la ley o en los reglamentos, sino que también sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los alcances, temporalidad y fines contemplados en el Estatuto de Contratación Estatal.

Dicha prohibición contiene una importante garantía de protección a los derechos laborales de los servidores públicos, porque evita que se desnaturalicen las relaciones laborales y garantiza la efectividad de los derechos de estabilidad laboral, acceso al empleo público mediante el mérito y a los beneficios mínimos laborales consagrados en la Constitución Política.

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

(ii) Jurisprudencia aplicable al caso

La Corte Constitucional se ha ocupado de los contratos de prestación de servicios y sus diferencias con la relación laboral al señalar:

«La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que, sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios. Son estos: i) Criterio funcional, esto es, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral; ii) Criterio de igualdad: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudir a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública; iii) Criterio temporal o de la 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, surge una relación laboral y no contractual, o sea que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo

permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral; iv) Criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y éstas no pueden 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 acudir a la contratación pública; pero si la gestión contratada equivale al giro normal de los negocios de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual; v) 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, esto es, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral¹². (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Así mismo, el Alto Tribunal Constitucional, al analizar la exequibilidad del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 -que faculta a las E.S.E.¹³ para desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros- reiteró la imposibilidad de suscribir contratos de prestación de servicios para encubrir verdaderos vínculos laborales:

«(...) (viii) En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, de los derechos de los servidores públicos y de los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (a) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (b) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (c) requieran de conocimientos especializados (...)»¹⁴. (Destaca la Sala)

Aunado a lo anterior, en recientes providencias el Consejo de Estado sostuvo que aun cuando las entidades estatales están facultadas para celebrar contratos de prestación de servicios y es posible que en virtud de la coordinación entre las partes el contratista deba someterse a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, en aquellos casos en que se demuestre subordinación, remuneración y desempeño personal de las labores, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales atendiendo la prevalencia de la realidad sobre las formas¹⁵.

Igualmente, en pronunciamiento anterior, el Consejo de Estado indicó:

«Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Septiembre 2 de 2009.

¹³ Empresas Sociales del Estado como la entidad accionada en este proceso.

¹⁴ Sentencia C-171 del 7 de marzo de 2012 Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁵ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "A" Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón 13 de febrero de 2014. Radicación Número: 68001-23-31-000-2010-00449-01(1807-13).

*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 la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia,¹⁶ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios 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.»¹⁷ (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo expuesto en la jurisprudencia citada, es claro que la potestad de contratación a través de la modalidad de contratos de prestación de servicios, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando **(i)** no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, **(ii)** cuando estas funciones no puedan realizarse con personal de planta de la entidad o, **(iii)** cuando se requieran conocimientos especializados¹⁸.

(iii) Sentencias de Unificación

➤ **CE-SUJ2-005-16 del Consejo de Estado**

Con relación a la liquidación de las prestaciones a que haya lugar en los casos del denominado contrato realidad y de la prescripción de los derechos prestacionales surgidos de éste, la Sección Segunda del Consejo de Estado en su labor de unificación de la jurisprudencia -*artículo 271 de la Ley 1437 de 2011-*, profirió Sentencia de Unificación fijando unas *reglas*¹⁹ jurisprudenciales que resultan

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, Radicación No. 68001-23-15-000-1998-01445-01, Referencia Nro. 02990-05, Actor: Mónica María Herrera Vega, Demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección “B” C.P.: Gerardo Arenas Monsalve 16 de febrero de 2012 Radicación Número: 41001-23-31-000-2001-00050-01(1187-11). Ver también Sentencia del 4 de febrero de 2016, Expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), Actora: Magda Viviana Garrido Pinzón. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda – subsección “A”. Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia proferida el dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00043-01(2496-14). Actor: Dennys Johana Cisneros Graz. Demandado: ESE Hospital San Vicente de Arauca.

¹⁹ **Síntesis de la Sala.** corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

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

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a

vinculantes para todos los Jueces de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Precisamente, la Sentencia de Unificación dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 25 de agosto de 2016, señaló que quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral y el consecuente 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 (3) años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

Igualmente, consideró que 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.

Corolario de lo anterior, indicó que 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, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

➤ **Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del Consejo de Estado**

***Sobre el «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993**

Estipuló que el mismo debe corresponder al previsto en los estudios previos y en el objeto del contrato que, de acuerdo con el principio de planeación, debe ser

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.

justificado en la necesidad de la prestación del servicio, «de forma esencialmente temporal u ocasional y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia».

***Frente al término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios:**

Mediante la sentencia referida, el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia con relación al término de solución de continuidad entre los contratos, acogiendo un periodo de **treinta (30) días hábiles**, sin que éste, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de conformidad con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, determine si se presentó o no la rotura del presunto vínculo laboral.

Además, en dicha Sentencia²⁰ se establecieron las siguientes recomendaciones:

«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.”».

(iv) Caso concreto

Sería del caso entrar a estudiar las objeciones del apelante respecto de la presunta tercerización laboral implementada de forma ilegal por la entidad demandada, mediante la cual pretende desconocer y camuflar una relación laboral generada entre la señora Aida Genny del Socorro López Salazar y Pasto Salud E.S.E; sin embargo, para entrar a analizar los argumentos del apelante se hace necesario remitirse a lo probado en el decurso procesal, a efectos de evaluar el material probatorio relevante aportado, entre otros, se destaca lo siguiente:

²⁰ Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del Consejo de Estado.

- Constancia de 16 de enero de 2017²¹ emitida por la subgerente financiera de Servicios Multiactivos de Colombia S.A.S., que da cuenta de «*Que la Señora AYDA YENNY LOPEZ SALAZAR identificada con cédula de ciudadanía No. 59794197, estuvo vinculada en la Empresa mediante contrato a término fijo prestando sus servicios como AUXILIAR DE FARMACIA en el CENTRO DE SALUD PRIMERO DE MAYO desde el 15 de enero hasta el 31 de diciembre del año 2013.*»
- Acta de audiencia de conciliación²² realizada ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del 21 de septiembre de 2017, entre la señora Aida Genny del Socorro López Salazar y Dynamik S.A.S., mediante la cual se acuerda sobre el reconocimiento y pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de la actora.
- Contrato individual de trabajo a término fijo²³ suscrito entre Servicios Multiactivos de Colombia S.A.S. y Aida Genny del Socorro López Salazar, desde el 15 de enero hasta 31 de diciembre de 2013.
- También se aportaron diferentes contratos de prestaciones de servicios²⁴ suscritos entre Pasto Salud E.S.E. y las sociedades por acciones simplificadas Servicios Multiactivos de Colombia y Dynamik.

De lo anterior se vislumbra la falta de material probatorio para acreditar la existencia del vínculo laboral entre la señora Aida Genny del Socorro López Salazar y Pasto Salud E.S.E., pues, si bien, la actora desempeñó sus funciones en las instalaciones de la E.S.E., su vinculación laboral no se dio con esta; empero, sí se evidencia que existe una relación laboral entre la demandante y Servicios Multiactivos de Colombia S.A.S. y Dynamik S.A.S., prueba de ello es el acta levantada en la audiencia de conciliación²⁵ realizada el 21 de septiembre de 2017, ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, conciliación que se llevó a cabo entre la señora Aida Genny del Socorro López Salazar y Dynamik S.A.S., a través de la cual se concertó sobre la cuantía y la forma de pago de los derechos laborales reconocidos a la actora. De igual manera, se tiene contrato individual de trabajo a término fijo²⁶ suscrito entre Servicios Multiactivos de Colombia S.A.S. y Aida Genny del Socorro López Salazar, medios probatorios que dan cuenta de la vinculación entre la actora y las precitadas sociedades.

Por el contrario, respecto de cualquier vínculo que se pudiera haber generado entre la demandante y la entidad demandada, no hay prueba alguna que soporte la reclamación a través de este medio de control.

²¹ Expediente digital, folio 24.

²² Expediente digital, folio 25 y siguiente.

²³ Expediente digital, archivo No. 44 «ANEXOS» «024. Contestación MULTIATIVOS» «002. CONTESTACIÓN DE DEMANDA...», folios 43 – 44.

²⁴ Expediente digital, archivo No. 44 «ANEXOS».

²⁵ Expediente digital, folio 25 y siguiente.

²⁶ Expediente digital, archivo No. 44 «ANEXOS» «024. Contestación MULTIATIVOS» «002. CONTESTACIÓN DE DEMANDA...», folios 43 – 44.

Cabe resaltar lo normado en el artículo 256 de la Ley 1564 de 2012, pues la falta de documento que la ley exige como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato no podrá suplirse por otra prueba. Adicionalmente, el artículo 167 del C.G.P., dispone: «*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*», de ahí que, resulte fundamental establecer la existencia del contrato de trabajo entre las partes, como fuente de la que devienen los derechos laborales que se reclaman, pues es imperativo advertir que la carga probatoria recae sobre la parte actora. Tesis que ha sido avalada por el Consejo de Estado²⁷ al establecer que cuando se pretende acreditar la existencia de un contrato laboral encubierto mediante la figura de prestación de servicios, es al demandante a quien le corresponde desvirtuar las presunciones de orden legal.

En suma, en el presente caso no se aportó prueba idónea para que resulte factible realizar el estudio de la existencia de una relación laboral encubierta en contratos de prestación de servicios, máxime si con las pruebas aportadas se logra intuir que la demandante sí prestó sus servicios para la E.S.E., pero cuya vinculación no se dio con la entidad demandada, sino con Servicios Multiactivos de Colombia S.A.S. y Dynamik S.A.S.

En línea con lo expuesto, se tiene del estudio a los elementos probatorios allegados al expediente, no se encontró contrato alguno que dé fe de la relación laboral entre la señora Aida Genny del Socorro López Salazar y Pasto Salud E.S.E., pues si bien se observan los contratos suscritos entre la E.S.E. y las sociedades por acciones simplificadas²⁸, la parte demandante no demostró la vinculación con la entidad demandada a través de los aparentes intermediarios; por ende, pese a la existencia de la relación contractual entre la E.S.E. y Servicios Multiactivos de Colombia S.A.S. y Dynamik S.A.S., no se acreditó la condición de la demandante como auxiliar de farmacia adscrita a la Empresa Social del Estado Pasto Salud.

Así las cosas, la Sala procederá a confirmar la decisión del *A Quo* con fundamento en lo esbozado previamente.

4.3. Costas

No se condenará en costas en esta instancia, comoquiera que la parte demandante cuenta con concesión de amparo de pobreza.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE NARIÑO**, Sala Primera de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

²⁷ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. - Bogotá, D.C., cuatro (04) de febrero dos mil dieciséis (2016) adicación Número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15) Actor: Hernán De Jesús Gutiérrez Uribe - Demandado: Nación – Ministerio De Defensa Nacional- Ejército Nacional.

²⁸ Expediente digital, archivo No. 44 «ANEXOS».

FALLA

- PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2022, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Pasto, conforme a la parte motiva de esta providencia.
- SEGUNDO: NO CONDENAR** en costas a la parte demandante, por las razones expuestas.
- TERCERO: EJECUTORIADO** este fallo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor en la sede electrónica de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo —SAMAI—.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión virtual celebrada en la fecha.



EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS
Magistrado



BEATRIZ ISABEL MELODELGADO PABÓN
Magistrada

SANDRA LUCÍA OJEDA INSUASTY
Magistrada
(Ausente con permiso)