



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

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-2019)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez
Demandado: E. S. E. Hospital San Vicente de Arauca

Temas: Contrato estatal de prestación de servicios, relación laboral subyacente o encubierta, solución de continuidad

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, quien actúa por intermedio de apoderado, contra la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2018 por el Tribunal Administrativo de Arauca, por medio de la cual denegó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo (CPACA), la señora Herminia Tovar Jiménez, por intermedio de apoderado, formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, en orden a que se declare la nulidad del oficio sin número del 25 de



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

octubre de 2016, expedido por el director del Hospital San Vicente de Arauca, por medio del cual se negó el reconocimiento de los derechos prestacionales y de seguridad social reclamados.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó i) declarar que entre ella y el referido hospital existió una relación laboral producto de la subordinación a que fue sujeta en la ejecución de las órdenes y contratos de prestación de servicios suscritos entre el 1º de abril de 2008 y el 31 de octubre de 2013; ii) condenar al Hospital San Vicente de Arauca a reconocer y pagar las prestaciones debidamente indexadas por el tiempo laborado, tales como cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y demás derechos laborales no cancelados; iii) devolver el valor de los aportes que debió realizar al régimen de seguridad social en salud y pensión; iv) condenar en costas a la demandada; y v) dar cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

1.1.2. Hechos

Como hechos relevantes, el apoderado de la demandante señaló lo siguiente:

- i) La señora Herminia Tovar Jiménez «trabajó» al servicio del E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca a través de contratos de prestación de servicios en el cargo de auxiliar de enfermería y de laboratorio en el período comprendido entre el 1º de abril de 2008 y el 31 de octubre de 2013.
- ii) Durante la ejecución de los contratos asumió el pago de la seguridad social en salud y pensión y los riesgos laborales en un 100%.
- iii) Los referidos contratos encubrieron una verdadera relación laboral, puesto que la prestación personal del servicio fue objeto de subordinación, ya que debía atender a la imposición de turnos para la atención directa de los pacientes y cumplir órdenes y directrices de los representantes de la entidad.



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

iv) El 12 de octubre de 2016, mediante derecho de petición solicitó al hospital el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones a que hubiera lugar por el tiempo «laborado» entre el 1º de abril de 2008 y el 31 de octubre de 2013.

v) El 25 de octubre de 2016, el Hospital San Vicente de Arauca, dio respuesta nugatoria frente a las prestaciones solicitadas con el argumento de que la vinculación se dio como contratista y no como empleada de la institución.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales se señalaron los artículos 1, 2, 13, 25, 53 y 209 de la Constitución Política; 2 del Decreto 2400 de 1968; 7 del Decreto 1950 de 1973; 14 de la Ley 581 de 2000; 2 de la Ley 909 de 2004; y 1 del Decreto 3074 de 2008.

Al desarrollar el concepto de violación, el apoderado de la demandante expuso los argumentos que se resumen a continuación:

i) Al optarse por la figura jurídica del contrato de prestación de servicios para vincular tecnólogos o profesionales se ha actuado en clara transgresión de la ley, pues les está expresamente prohibido a las entidades de orden público hacer ese tipo de contratos para el ejercicio de funciones de carácter permanente.

ii) Entre la demandante y el hospital en ningún momento se pactó el cumplimiento de un horario de trabajo; sin embargo, la entidad contratante en un claro desconocimiento de la autonomía que debe caracterizar a los contratos de prestación de servicios la sometió al cumplimiento de turnos y horarios en sitios de trabajo y con elementos propios del hospital, entre otras circunstancias fijadas unilateralmente, lo que sin lugar a duda demuestra la existencia de subordinación.

iii) La demandante se encontraba en la misma situación de hecho predicable de



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

los auxiliares de enfermería incorporados a la planta de personal de la entidad y por ello el servicio prestado no se reguló por un contrato de prestación de servicios, sino que existía una relación laboral encubierta.

1.2. Contestación de la demanda

El Hospital San Vicente de Arauca E. S. E.

El apoderado de la parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda¹ y expuso las siguientes razones de defensa:

- i) En efecto se suscribieron un número plural de contratos de prestación de servicios entre la demandante y el hospital, con limitaciones temporales claramente determinadas en estos, motivo por el cual resulta contrario a la verdad afirmar que la actividad contratada se prestó de forma ininterrumpida.
- ii) No se encuentra acreditada la subordinación necesaria dentro de la relación laboral, luego lo dicho en la demanda es una mera apreciación subjetiva, pues con la demandante se celebraron contratos de prestación de servicios, regidos por los preceptos de la Ley 80 de 1993 y, por ende, no se generó ninguna relación laboral, ni derecho al pago de prestaciones de esa índole.

Propuso las excepciones de inexistencia del contrato de trabajo, culpa del contratista, prescripción, pago total de las obligaciones, inexistencia de la obligación y concurrencia de culpas.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Arauca, mediante sentencia escrita proferida el 15 de noviembre de 2018,² denegó las pretensiones de la demanda, con sustento en las

¹ Folios 220 al 243.

² Folios 347 al 3514. Con ponencia de la magistrada Yenitza Mariana López Blanco.



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

siguientes consideraciones:

- i) Entre las partes se celebraron 43 contratos de prestación de servicios, 17 de ellos conllevaron la ejecución de actividades temporales por tratarse de tareas correspondientes a proyectos de salud pública, según se desprende del objeto contractual. Los 26 contratos restantes se pactaron para desarrollar actividades propias del giro ordinario de la entidad, esto es, de aquellas que se cumplen con el personal de planta.
- ii) Por el tipo de actividades que se pactaron a cargo de la hoy demandante y la forma en que las debía cumplir, donde la entidad establecía con antelación los turnos de trabajo y en la ejecución de sus labores no le era dable actuar bajo sus propios criterios o conocimientos sobre los procedimientos a brindarle a los pacientes, se puede concluir que la señora Tovar Jiménez no tenía autonomía técnica ni administrativa en su relación contractual.
- iii) No obstante, durante la «relación laboral» hubo interregnos sin vinculación, y se presentaron variaciones en los objetos de los contratos, pues en unos fungió como auxiliar de enfermería y en otros como auxiliar del banco de sangre, de suerte que debido a esta variación se perdiera la continuidad en la labor, aspecto requerido para demostrar una relación laboral encubierta. Además de que se presentaron interrupciones entre cada contrato que excedieron, en algunos casos, de 15 días.
- iv) En suma, no existió una prestación continuada e ininterrumpida durante los períodos en los que se prestaron los servicios, toda vez que ninguno de ellos se extendió por más de seis meses consecutivos, lo que demuestra que el elemento sustancial de subordinación continuada no se cumplió a cabalidad, porque la «prestación del servicio» no fue constante, comoquiera que hubo lapsos importantes sin ningún tipo de vínculo, o se cambió el objeto y obligaciones contractuales, o se le contrató para ejecutar proyectos de salud pública, y por ende, no se presentó la relación laboral que reclama.



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

1.4. El recurso de apelación

El apoderado de la señora Herminia Tovar Jiménez interpuso recurso de apelación³ en contra de la sentencia previamente referenciada, y solicitó que se revoque y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. Como sustento de su petición expuso lo siguiente:

- i) La demandante estuvo vinculada con el Hospital San Vicente de Arauca a través de sendos contratos de prestación de servicios, ejerciendo el cargo de auxiliar de enfermería cuyas funciones son estrictamente misionales, luego, como lo afirmo la sentencia, no podía realizar labores por su propia cuenta o autonomía y debía circunscribirse a las planillas de turnos como las demás auxiliares de enfermería.
- ii) Los cortes de tiempo que se observan entre cada contrato son ficticios, pues un estudio juicioso de estos permite determinar que fueron continuos y que la demandante tuvo que trabajar meses completos aun sin mediar contrato ni remuneración, luego la continuidad que se echa de menos en la sentencia también se encuentra probada.
- iii) Los testigos traídos al plenario no tienen interés en las resultas del proceso, puesto que no son familiares que puedan beneficiarse del fallo, como tampoco se conoce el tipo de contratación ni las condiciones en que estos prestaron servicios al ente demandado.
- iv) La subordinación está probada plenamente, por cuanto, se itera, la demandante carecía de autonomía para decidir qué día o en qué momento desarrollaba sus actividades, porque tenía que atender el estricto sistema de turnos, además recibía órdenes precisas sobre la forma de hacer sus actividades.

³ Folios 1095 a 1108.



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

1.5.1. La demandante

La señora Herminia Tovar Jiménez, por intermedio de su apoderado, recorrió el término para alegar, reiteró los argumentos esbozados en el recurso de apelación y solicitó que fuera revocada la decisión de primera instancia.⁴

1.5.2. La demandada

El Hospital San Vicente de Arauca E.S.E., en el escrito de alegatos, insistió en las consideraciones expuestas en la contestación de la demanda y solicitó fuera confirmada la providencia del *a quo*.⁵

1.6. El ministerio público

El agente del ministerio público no rindió concepto.⁶

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Se circunscribe a establecer si entre la señora Herminia Tovar Jiménez y la entidad demandada, existió una verdadera relación laboral que tenga como consecuencia el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que no devengó durante el tiempo en que permaneció vinculada contractualmente.

⁴ Memorial allegado en medio magnético, índice 12 de la plataforma SAMAI.

⁵ Memorial allegado en medio magnético, índice 13 de la plataforma SAMAI.

⁶ Folio 433.



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

2.2. Marco normativo y jurisprudencial

De conformidad con la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, de 9 de septiembre de 2021, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, el marco normativo y jurisprudencial para determinar la existencia de las relaciones laborales encubiertas o subyacentes es el siguiente:

El Preámbulo de la Constitución Política de 1991 declara como valores, objetivos y principios de la Nación «la vida, la convivencia, **el trabajo, la justicia, la igualdad**, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que asegure un orden político, económico y social justo». A su vez, los artículos 13 y 25 *ejusdem* desarrollan, como derechos fundamentales, la igualdad y el trabajo digno:

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Artículo 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Aunado a estos preceptos, el artículo 53 constitucional consagra como derechos fundamentales de los trabajadores, entre otros, los siguientes: i) igualdad de oportunidades; ii) remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; iii) estabilidad en el empleo; iv) irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; v) facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; vi) situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; y, vii) **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.**

Ahora, el mismo artículo 53, además, expresa que los convenios internacionales sobre el trabajo, debidamente ratificados por el Estado, forman parte de la



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

legislación interna (bloque de constitucionalidad laboral). En ese sentido, en el ámbito del derecho internacional, la igualdad laboral fue consagrada por la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-⁷ a través del principio de «**salario igual por un trabajo de igual valor**», el cual fue desarrollado por el artículo 2 del Convenio 111 de la misma organización⁸, en cuya virtud «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».

Asimismo, como Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Colombia ratificó el «Protocolo de San Salvador: Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales», adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988, el cual, en sus artículos 6 y 7, consagra el derecho al trabajo como «(...) la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada», de manera que todos los Estados parte deben garantizar, como mínimo, «(...) unas condiciones justas, equitativas y satisfactorias (...)», y, en particular «una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y **un salario equitativo e igual por trabajo igual**, sin ninguna distinción».

Las disposiciones citadas generan al Estado colombiano el deber de otorgar esas garantías mínimas para la materialización del derecho al trabajo, pues los artículos 1 y 2 del citado Protocolo de San Salvador¹⁶ establecieron la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas necesarias en su ordenamiento interno, para efectivizar los derechos que en el Protocolo se reconocen, entre ellos, el trabajo. En consecuencia, ni la ley, ni mucho menos los contratos, los acuerdos o

⁷ Aprobada el 11 de abril de 1919.

⁸ Aprobado en Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969.



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

los convenios laborales pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores en Colombia.

Retornando al ordenamiento nacional, el artículo 122 de la Constitución, al señalar que «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», define una característica esencial de las relaciones laborales de naturaleza legal y reglamentaria y constituye fundamento constitucional para prohibir la suscripción de contratos de prestación de servicios para vincular personas en el desempeño de funciones propias o permanentes de las entidades estatales.

A su turno, el Código Sustantivo de Trabajo, en sus artículos 23 y 24, recoge a nivel legal, como elementos que configuran la relación laboral, los siguientes: i) la actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador; y, iii) un salario como retribución del servicio. Con base en estos presupuestos, esta corporación ha determinado la existencia del vínculo laboral en contratos de prestación de servicios, pues a falta de un estatuto del trabajo, es este, y no otro, el marco jurídico que ofrece el ordenamiento, junto con los principios fundamentales del artículo 53 superior, para hacer efectiva la garantía de los derechos de las personas que se relacionan laboralmente con el Estado.

Así las cosas, con base en estos presupuestos, esta corporación ha determinado la existencia del vínculo laboral en contratos de prestación de servicios, pues a falta de un estatuto del trabajo, es este, y no otro, el marco jurídico que ofrece el ordenamiento, junto con los principios fundamentales del artículo 53 superior, para hacer efectiva la garantía de los derechos de las personas que se relacionan laboralmente con el Estado.

2.2.1. El contrato estatal de prestación de servicios



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

El contrato estatal de prestación de servicios, por ser uno de los instrumentos de gestión pública y de ejecución presupuestal más importantes de la Administración para satisfacer sus necesidades y asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, es un tipo de negocio jurídico que expresamente recoge el estatuto general de contratación pública; se trata, por tanto, de un contrato típico, pues está definido en el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece lo siguiente:

3. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

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

Adicionalmente, la regulación del contrato de prestación de servicios ha sido complementada por otras disposiciones legales y reglamentarias, entre las cuales destacan las contenidas en la Ley 1150 de 2007 y en los decretos reglamentarios 855 de 1994, 1737, 1738 y 2209 de 1998, 2170 de 2002, 66 de 2008, 2474 de 2008, 2025 de 2009, 4266 de 2010 y 734 de 2012; muchas de ellas modificadas, subrogadas, derogadas e incluso compiladas en el Decreto 1082 de 2015,⁹ cuyo Libro 2, Parte 2, Título 1, reúne, hoy en día, la mayor parte de las disposiciones reglamentarias de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

Así pues, con base en las anteriores disposiciones de rango legal y reglamentario que complementan su regulación, y de un amplio acervo jurisprudencial de esta corporación, se pueden considerar como características del contrato estatal de prestación de servicios las siguientes:

i) Solo puede celebrarse por un «término estrictamente indispensable» y para desarrollar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la

⁹ «Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional»,



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

entidad», y no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes de esta.

ii) Permite la vinculación de personas naturales o jurídicas; sin embargo, en estos casos, la entidad deberá justificar, en los estudios previos, porqué las actividades «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados».¹⁰

iii) El contratista conserva un alto grado de autonomía para la ejecución de la labor encomendada. En consecuencia, no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia. De ahí que el artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 determina que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales».¹¹

A este respecto, conviene aclarar que lo que debe existir entre contratante y contratista es una relación de coordinación de actividades, la cual implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente del objeto contractual, como puede ser el cumplimiento de un horario o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes.

2.2.2. Criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios

Si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece que los contratos de prestación de servicios no son fuente de **una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales**, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de un contrato de trabajo.

Esto es así, en virtud del mandato superior (artículo 53) que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe concluirse, que

¹⁰ Por ejemplo, cuando no exista personal de planta para realizar las labores, o, existiendo, es necesario un apoyo externo por exceso de trabajo; o porque el personal de planta carece de la experticia o conocimiento especializado necesario para llevar a buen término la actividad encomendada a la entidad.

¹¹ Ahora bien, a pesar de los términos imperativos en que aparece redactada la citada norma, es posible que en la práctica se configure una relación laboral, pues el contrato de trabajo es de realidad, y para perfeccionarlo rige el principio de prevalencia de la realidad sobre las formas. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, declaró la exequibilidad condicionada del segundo inciso del numeral 3º del artículo 32, indicando que «las expresiones acusadas del numeral 3º del artículo 32 de la Ley exequibles, salvo que se acredite por parte del contratista la existencia de una relación laboral subordinada».



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

si bajo el ropaje externo de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo, esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración. No obstante, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin que concurren los elementos previstos en el artículo 122 de la Carta Política.¹²

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala conjuntó las siguientes manifestaciones como parámetros o indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual.

2.2.2.1. Los estudios previos. En el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, que es la modalidad que se examinó en el marco de la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, el análisis del sector depende del objeto del contrato y de las condiciones de idoneidad y/o experiencia que permiten contratar a la persona natural o jurídica que está en condiciones de desarrollarlo. No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual.

Sobre el particular, en la citada sentencia de unificación se precisó lo siguiente:

(...) para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, 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,

¹² Al respecto, ver entre otras la sentencia de esta Sección de 13 de mayo de 2010; radicado 76001-23-31-000-2001-05650-01(0924-09); C.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional.

2.2.2.2. Subordinación continuada. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye el **elemento determinante** que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.¹³

A este respecto, como indicios de la subordinación, la sentencia consolidó las siguientes circunstancias:

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. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, la Sala Plena estimó necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador debe valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

ii) El horario de labores. Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación, y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) habitualmente 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*,¹⁴ 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

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A; sentencia de 24 de abril de 2019; radicado 08001-23-33-000-2013-00074-01(2200-16); C.P. William Hernández Gómez.

¹⁴ A este respecto: Guerrero Figueroa Guillermo: Manual del derecho del trabajo. Bogotá, Leyer, 1996, págs. 54 y 55.



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

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, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

2.2.2.3. Prestación personal del servicio. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este;¹⁵ pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.¹⁶

2.2.2.4. Remuneración. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado.

2.2.3. Reglas de la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021

¹⁵ Código Sustantivo del Trabajo, literal b) del artículo 23: [Es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo] «La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo».

¹⁶ Al respecto, véase, entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

2.2.3.1. Primera regla. El «**término estrictamente indispensable**», al que alude el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, tiene lugar en la fase precontractual, pues es en esta donde la entidad contratante aproxima, en función del objeto a contratar y de los recursos disponibles, el tiempo máximo que estima «imprescindible» para su ejecución. En otras palabras, la vigencia del contrato debe ser por el tiempo necesario para ejecutar el objeto contractual convenido, y este debe estar sujeto al principio de planeación, que encuentra su manifestación práctica «en la elaboración de los estudios previos a la celebración del negocio jurídico, pues es allí donde deberán quedar motivadas con suficiencia las razones que justifiquen que la Administración recurra a un contrato de prestación de servicios».¹⁷

En ese sentido, la Sala unificó el sentido y alcance del «**término estrictamente indispensable**» como aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento.

Sumado a lo anterior, no puede olvidarse que el principio de planeación está relacionado directamente con el principio de legalidad, cuya observancia en la formulación de los documentos que conforman la etapa precontractual, en cada proceso de selección pública, es manifestación de una correcta y transparente planeación. En este sentido, la exigencia de introducir un «término estrictamente indispensable» para la ejecución del objeto convenido en la etapa precontractual no es un requisito de forma; es un elemento esencial del principio de planeación – y en consecuencia del de legalidad- en cuanto determina la duración del negocio jurídico.¹⁸

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 2 de diciembre de 2013; radicado 11001-03-26-000-2011-00039-00(41719); C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de febrero de 2009, expediente: 16.130.



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

2.2.3.2. Segunda regla. La Sala consideró adecuado establecer un **periodo de treinta (30) días hábiles** como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, sin que este, se itera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral.

Adicionalmente, como complemento de la anterior regla, deberán atenderse 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.

Asimismo, en la sentencia se reiteró que «(...) cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter], la cual estableció, a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios», lo siguiente:

(...) en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución **entre uno y otro tiene un lapso de interrupción**, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio.



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

[...]

(...) 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**. (Negrillas fuera del texto)

En suma, la tesis que actualmente impera en la Sección Segunda, en materia de prescripción de derechos derivados del contrato realidad (o relación laboral encubierta o subyacente), es que esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral.¹⁹

2.2.3.3. Tercera regla. Finalmente, en la tercera regla, la Sección Segunda consideró «**improcedente la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud** efectuados por el contratista en exceso», por «constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal». Lo anterior, comoquiera que el contratista debe sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, y, por lo tanto, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta.

Las reglas de unificación en cita constituyen precedente vinculante en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, en armonía con los artículos 270 y 271 *ejusdem*, para todos los casos que se encuentren en estudio en la vía judicial y administrativa. En tal virtud, se procede a resolver el caso concreto a la luz de dichos parámetros.

2.3. Hechos probados.

De conformidad con las pruebas que obran dentro del expediente, se puede establecer lo siguiente:

¹⁹ En igual sentido, mediante Auto del 11 de noviembre de 2021, la Sección Segunda aclaró que el término de la solución de continuidad unificado solo cobra relevancia si se configuran los elementos establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, de no estarlo, no existe una relación laboral cuya duración deba ser examinada.



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

2.3.1. En torno a la relación que invoca la demandante

La señora Herminia Tovar Jiménez tuvo las siguientes vinculaciones con el Hospital San Vicente de Arauca E.S.E. para prestar labores como auxiliar de enfermería:

Vinculaciones año 2008					
#	núm..	Fecha inicio	Fecha terminación	Duración	Objeto
1	2-0788 (Fl. 48)	01/04/2008	30/04/2008	30 días	Contrato de prestación de servicios para la prestación por parte del contratista de sus servicios como AUXILIAR AREA SALUD (AUXILIAR DE ENFERMERIA); en el desarrollo de actividades de su área en el Hospital San Vicente de Arauca E.S.E.
2	Resolución 2-0396 del 27 de mayo (Fl. 50)	01/05/2008	20/05/2008	20 días	Reconoce y paga la suma de 745.606 por concepto de haber prestado sus servicios al Hospital San Vicente de Arauca E.S.E. como auxiliar de enfermería sin mediar contrato.
3	2-1010 (Fl. 57)	21/05/2008	31/05/2008	11 días	Prestación Contrato de prestación de servicios para la prestación por parte del contratista de sus servicios como AUXILIAR AREA SALUD (AUXILIAR DE ENFERMERIA); en el desarrollo de actividades de su área en el Hospital San Vicente de Arauca E.S.E.
4	2-172 (Fl. 59)	06/06/2008	30/06/2008	25 días	
5	Resolución 2-0615 del 28 de julio (Fl. 61)	10 días del mes de julio		10 días	Reconoce y paga la suma de 372.803 por concepto de haber prestado sus servicios al Hospital San Vicente de Arauca E.S.E. como auxiliar de enfermería sin mediar contrato.
6	2-1419 (Fl. 67)	17/07/2008	31/07/2008	15 días	Contrato de prestación de servicios para la prestación por parte del contratista de sus servicios como AUXILIAR AREA SALUD (AUXILIAR DE ENFERMERIA); en el desarrollo
7	2-1841 (Fl. 69)	01/09/2008	30/09/2008	30 días	
8	2-2092 (Fl. 71)	01/10/2008	31/10/2008	30 días	



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

9	2-2240 (Fl. 73)	01/11/2008	30/11/2008	30 días	de actividades de su área en el Hospital San Vicente de Arauca E.S.E.
10	2-2560 (Fl. 75)	01/12/2008	31/12/2008	30 días	
Contratos de prestación de servicios año 2009					
11	2-0119 (Fl. 77)	02/01/2009	31/01/2009	30 días	Prestación por parte del contratista de sus servicios como AUXILIAR AREA SALUD (AUXILIAR DE ENFERMERIA); en el desarrollo de actividades de su área en el Hospital San Vicente de Arauca E.S.E.
12	2-0482 (Fl. 79)	02/03/2009	31/03/2009	30 días	
13	2-1095 (Fl. 81)	04/06/2009	30/06/2009	26 días	Prestación por parte del contratista de sus servicios como AUXILIAR AREA SALUD (AUXILIAR DE ENFERMERIA); ejecución del proyecto de mejoramiento a la cobertura y disminución a la morbilidad materna, infantil y perinatal en el Hospital San Vicente de Arauca E.S.E.
14	2-1546 (Fl. 83)	12/08/2009	31/08/2009	20 días	
15	2-2025 (Fl. 85)	16/09/2009	30/09/2009	15 días	Prestación por parte del contratista de sus servicios como AUXILIAR AREA SALUD (AUXILIAR DE ENFERMERIA); ejecución del proyecto de mejoramiento de la atención a la madre y el recién nacido en el Hospital San Vicente de Arauca E.S.E. e implementación de la estrategia IAMI vigencia 2009
16	2-2189 (Fl. 87)	01/10/2009	31/10/2009	30 días	
17	2-2600 (Fl. 89)	01/12/2009	31/12/2009	30 días	
Vinculaciones año 2010					
18	Resolución 2-0004 del 4 de enero (Fl. 91)	04/01/2010	03/02/2010	30 días	Vincular supernumerario a Herminia Tovar Jiménez para desempeñar el cargo de auxiliar área de la salud (auxiliar de enfermería) del Hospital San Vicente de Arauca E.S.E.
19	2-0375 (Fl. 92)	01/02/2010	28/02/2010	28 días	Contrato de prestación de servicios para la prestación por parte del contratista de sus servicios como AUXILIAR AREA SALUD (AUXILIAR DE ENFERMERIA); ejecución del proyecto de mejoramiento de la atención a la madre y el recién nacido en el Hospital San Vicente de Arauca E.S.E. e implementación de la estrategia IAMI vigencia 2009



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

20	2-0642 (Fl. 94)	01/03/2010	30/03/2010	30 días	Contrato de prestación de servicios para la prestación por parte del contratista de sus servicios como AUXILIAR AREA SALUD (AUXILIAR DE ENFERMERIA); ejecución del proyecto fortalecimiento del servicio integral para el manejo fetal en el área de cirugía y otras patologías relacionadas con el embarazo, el parto en el Hospital San Vicente de Arauca E.S.E.
21	2-1144 (Fl.95)	03/05/2010	20/05/2010	18 días	Prestación Contrato de prestación de servicios para la prestación por parte del contratista de sus servicios como AUXILIAR AREA SALUD (AUXILIAR DE ENFERMERIA); en el desarrollo de actividades de su área en el Hospital San Vicente de Arauca E.S.E.
22	Resolución 2-0645 del 1 de julio (Fl. 98)	21/05/2010	30/06/2010	40 días	Reconoce y paga la suma de 1.894.500 por concepto de haber prestado sus servicios al Hospital San Vicente de Arauca E.S.E. como auxiliar de enfermería sin mediar contrato.
23	2-1981 (Fl. 100)	06/08/2010	31/08/2010	24 días	Prestación Contrato de prestación de servicios para la prestación por parte del contratista de sus servicios como AUXILIAR AREA SALUD (AUXILIAR DE ENFERMERIA); en el desarrollo de actividades de su área en el Hospital San Vicente de Arauca E.S.E.
24	2-3225 (Fl. 102)	11/11/2010	30/11/2010	19 días	Contrato de prestación de servicios para la prestación por parte del contratista de sus servicios como AUXILIAR AREA SALUD (AUXILIAR DE ENFERMERIA); ejecución del proyecto fortalecimiento del servicio integral para el manejo fetal en el área de cirugía y otras patologías relacionadas con el embarazo, el parto en el Hospital San Vicente de Arauca E.S.E.
25	2-3617 (Fl. 104)	06/12/2010	31/12/2010	25 días	
Vinculaciones año 2011					
26	2-0188 (Fl. 106)	03/01/2011	31/01/2011	28 días	Prestación Contrato de prestación de servicios para la prestación por parte del contratista de sus servicios



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

					como AUXILIAR AREA SALUD (AUXILIAR DE ENFERMERIA); en el desarrollo de actividades de su área en el Hospital San Vicente de Arauca E.S.E.
27	2-0581 (Fl. 108)	01/02/2011	28/02/2011	28 días	Contrato de prestación de servicios para la prestación por parte del contratista de sus servicios como AUXILIAR AREA SALUD (AUXILIAR DE ENFERMERIA); ejecución del proyecto fortalecimiento del servicio integral para el manejo fetal en el área de cirugía y otras patologías relacionadas con el embarazo, el parto en el Hospital San Vicente de Arauca E.S.E.
28	2-1327 (Fl. 110)	01/04/2011	15/04/2011	15 días	
29	Resolución 2-0577 del 7 de octubre (Fl. 112)	01/05/2011	31/05/2011	30 días	Reconoce y paga la suma de 1.477.710 por concepto de haber prestado sus servicios al Hospital San Vicente de Arauca E.S.E. como auxiliar de enfermería sin mediar contrato.
30	2-1921 (Fl. 114)	11/07/2011	31/07/2011	20 días	Contrato de prestación de servicios para la prestación por parte del contratista de sus servicios como AUXILIAR AREA SALUD (AUXILIAR DE ENFERMERIA); ejecución del proyecto fortalecimiento del servicio integral para el manejo materno-fetal para la prevención de la morbilidad materna, perinatal e infantil en el Hospital
31	2-2560 (Fl. 116)	01/09/2011	30/09/2011	30 días	
32	2-2879 (Fl. 118)	01/10/2011	31/10/2011	30 días	Contrato de prestación de servicios para la prestación por parte del contratista de sus servicios como AUXILIAR DE ENFERMERIA
33	2-3082 (Fl. 120)	01/11/2011	30/12/2011	60 días	
34	2-0219 (Fl. 122)	02/01/2012	31/01/2012	30 días	
Vinculaciones año 2012					
35	2-0591 (Fl. 124)	01/02/2012	31/03/2012	60 días	Contrato de prestación de servicios para la prestación por parte del contratista de sus servicios como AUXILIAR DE BANCO DE SANGRE
36	2-0931 (Fl. 126)	02/04/2012	31/05/2012	60 días	
37	2-1200 (Fl. 128)	01/06/2012	30/06/2012	30 días	
38	Acta 011 de 2014 (Fl. 130)	01/09/2012	12/09/2012	42 días	«se encuentra aprobado que prestó sus servicios en los meses descritos y que no ha recibido remuneración alguna por los servicios prestados [...] no hubo la formalización previa de un contrato de prestación de
		01/10/2012	31/10/2012		



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

					servicios. Por lo anterior se puede decir que existe un enriquecimiento sin causa por parte del hospital San Vicente porque mientras el hospital se benefició [...] los convocantes no recibieron los honorarios»
39	2-1771 (Fl. 137)	01/11/2012	30/11/2012	30 días	Contrato de prestación de servicios para la prestación por parte del contratista de sus servicios como AUXILIAR DE BANCO DE SANGRE
40	2-2005 (Fl. 139)	01/12/2012	31/12/2012	30 días	
Contratos de prestación de servicios año 2013					
41	2-0128 (Fl. 141)	02/01/2013	28/02/2013	58 días	Prestación por parte del contratista de sus servicios como AUXILIAR DE BANCO DE SANGRE
42	2-0432 (Fl. 143)	01/03/2013	31/03/2013	30 días	
43	2-0840 (Fl. 145)	01/04/2013	30/04/2013	30 días	
44	2-1109 (Fl. 147)	01/05/2013	31/05/2013	30 días	Prestación por parte del contratista de sus servicios como AUXILIAR DE ENFERMERIA
45	2-1312 (Fl. 150)	01/06/2013	30/06/2013	30 días	
46	2-1648 (Fl. 153)	02/07/2013	31/07/2013	30 días	
47	2-2015 (Fl. 156)	01/08/2013	31/08/2013	30 días	
48	2-2380 (Fl. 159)	05/09/2013	30/09/2013	25 días	
49	2-2755 (Fl. 162)	23/10/2013	31/10/2013	9 días	

ii) En el expediente reposan las siguientes planillas de turnos programados a la demandante por la líder del programa de enfermería y la coordinadora de sala de cirugías o de sala de urgencias, respectivamente:

AÑO	MES	SOPORTE
2008 ²⁰	julio	Res. 2-615 y C.2-1419
	septiembre	C.2-1841
	noviembre	C. 2-2240
	diciembre	C. 2-2560
2009 ²¹	enero	C. 2-0119
	mayo	SIN CONTRATO
	junio	C. 2-1095
	julio	SIN CONTRATO

²⁰ Folios 278 a 281.

²¹ Folios 282 al 288.



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

	septiembre	C. 2-2025
	octubre	C. 2-2189
	diciembre	C. 2-2600
2010 ²²	enero	Res. 2-0004
	febrero	C. 2-0375
	marzo	C. 2-0642
	mayo	C. 2-1144
	junio	C. 2-0645
	julio	SIN CONTRATO
	agosto	C. 2-1981
	septiembre	SIN CONTRATO
	noviembre	C. 2-3225
	diciembre	C. 2-3617
	2011 ²³	febrero
abril		C. 2-1327
mayo		Res. 2-0577
junio		SIN CONTRATO
julio		C. 2-1921
septiembre		C. 2-2560
octubre		C. 2-2879
noviembre		C. 2-3082
2012 ²⁴	enero	C. 2-0219
2013 ²⁵	mayo	C. 2-1109
	junio	C. 2-1312
	julio	C. 2-1648
	agosto	C. 2-2015
	octubre	C. 2-2755

2.3.2. En relación con la reclamación en sede administrativa

i) El 12 de octubre de 2016, la demandante a través de su apoderado y en ejercicio del derecho de petición solicitó al Hospital San Vicente de Arauca E.S.E. fuera expedido un acto administrativo en el cual se declarara que entre esa institución y aquella existió una relación laboral entre el 1º de abril de 2008 y el 31 de octubre de 2013; y como consecuencia de ello reconociera y pagara las prestaciones y prerrogativas salariales y laborales a las que tiene derecho, entre otras pretensiones.²⁶

ii) El 25 de octubre de 2016, mediante Oficio con consecutivo GJ707-2016, el director del Hospital San Vicente de Arauca E.S.E. despachó de manera

²² Folios 289 al 301.

²³ Folios 302 al 312.

²⁴ Folio 313.

²⁵ Folios 314 al 319.

²⁶ Folios 38 al 43.



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

desfavorable las pretensiones invocadas por carecer de fundamento legal, bajo los siguientes argumentos:²⁷

Por su parte la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho de manera recurrente que el solo hecho de que el contratista reciba instrucciones, realice sus labores en las instalaciones del contratante, o tenga la obligación de cumplir un horario, no es suficiente para que se configure la subordinación, por lo que no basta entonces con analizar aisladamente alguno de los elementos de la vinculación jurídica sino que se hace necesario examinar el conjunto de dichos elementos, «porque es precisamente ese contexto el que permite detectar tanto la real voluntad de los contratantes como la primacía de la realidad sobre las formalidades».
[...]

El Consejo de Estado, por su parte, dijo lo siguiente al analizar un caso en que el contratista pretendía que a su relación se le reconociera el carácter de laboral por, entre otras cosas, haberse visto sometido a cumplir el mismo horario de trabajo que regía para los trabajadores de la planta de la entidad oficial.

en sustento lo anterior, es de aclarar que las actividades realizadas por la señora Herminia Tovar Jiménez en el horario establecido por el hospital San Vicente de Arauca, no implica una subordinación, toda vez que este tipo de actividades requieren ser realizadas en un horario determinado.

Teniendo en cuenta los argumentos jurídicos esgrimidos y los elementos fácticos planteados, se considera que no es posible predicar la existencia de una relación laboral bajo la primacía de la realidad, entre la señora Herminia Tovar Jiménez y el hospital San Vicente de Arauca, toda vez que no existe relación que conlleve a (sic) predicar la configuración de los 3 elementos que dan lugar a la existencia de un contrato de trabajo.

2.3.3. Las declaraciones rendidas en el proceso

El 5 de febrero de 2018, rindieron testimonio las señoras Nulmelina Santana Rebolledo y Carmen Eneida Cisneros Garrido e interrogatorio de la parte demandante; declaraciones que coinciden en cuanto a las condiciones de prestación del servicio, cumplimiento de horarios y turnos, y a la similitud de funciones desempeñadas con las del mismo empleo de planta de la entidad.²⁸

2.4. Caso concreto. Análisis de la Sala

²⁷ Folios 44 al 47.

²⁸ Folios 322 y 323 y cd 321.



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

El recurso de apelación se formula contra la sentencia del 15 de noviembre de 2018, dictada por el Tribunal Administrativo de Arauca, a través de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada contra el oficio del 25 de octubre de 2016, expedido por el director del Hospital San Vicente de Arauca, desestimatorio de la petición de reconocimiento de una relación laboral y del pago de las correspondientes prestaciones sociales.

Los motivos de inconformidad se contraen a señalar que, contrario a lo afirmado en la sentencia, en el expediente sí están acreditados los elementos que caracterizan las relaciones laborales, luego esta debe declararse. Así las cosas, para resolver la alzada se deben resolver los siguientes interrogantes.

2.4.1. ¿Existió entre la señora Herminia Tovar Jiménez y el Hospital San Vicente de Arauca una relación laboral encubierta o subyacente que permita el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que no devengó durante el tiempo en que permaneció vinculada contractualmente?

De acuerdo con el material probatorio que obra dentro del expediente, se tiene que la demandante estuvo vinculada por más de cinco años con la entidad demandada, desarrollando un objeto similar en cada contrato (indicio del carácter permanente de sus funciones) y que la relación que los unió reúne los elementos propios del contrato de trabajo, tal como se precisa a continuación:

2.4.1.1. Prestación personal del servicio

En primer lugar, la demandante acredita la prestación personal del servicio, a través de los **43 contratos de prestación** de servicios suscritos, los cuales se detallaron en el acápite de hechos probados de esta providencia.

También se aportaron **5 actos administrativos** en los que se señaló que, aunque no mediaba contrato de prestación de servicios, era necesario que las personas



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

que venían vinculadas bajo la modalidad de contrato desempeñaran sus actividades con la finalidad de que la entidad pudiera cubrir la demanda que se presentaba con los usuarios del servicio de salud, para no afectar incluso el derecho a la vida de aquellos, y reconoció el pago de los honorarios causados a la señora Tovar Jiménez.

Si bien los objetos de cada vinculación fueron para prestar servicios en el área de la salud como auxiliar de enfermería, se puede sintetizar que la actividad desarrollada por la señora Tovar Jiménez se prestó en diferentes áreas del hospital a saber: i) consulta; ii) urgencias; iii); obstetricia (patologías relacionadas con el embarazo, parto, puerperio y menor de cinco años); y iv) banco de sangre.

En segundo lugar, se encuentra que la señora Tovar Jiménez tuvo dentro de sus funciones la de prestar atención de enfermería a los pacientes según las órdenes médicas y de las jefes de enfermería, la cual revela, como expresión sustantiva y cierta de su ejercicio, que esta fue desarrollada por aquella, y no a través de otra persona.

En tercer lugar, los contratos de prestación de servicios y las vinculaciones que se mencionaron revelan la vocación personalísima de las actividades que la señora Tovar Jiménez debía desarrollar, a saber:

a) Informar oportunamente sobre situaciones de emergencia y riesgo que observen los pacientes, familia, comunidad y medio ambiente; b) asistir a las reuniones y cursos de actualización programadas por el hospital y/o departamento de enfermería; c) realizar acciones educativas sobre aspectos básicos de salud y promoción del medio ambiente; d) colaborar en la identificación de individuos y grupos de población expuestos a riesgos de enfermedad; e) preparar y mantener estéril del material equipos y elementos de trabajo a su cargo; f) colaborar con el médico en la realización de la consulta; g) realizar la preconsulta de especialidad (entrevista signos vitales y talla); h) revisar las historias clínicas de los pacientes citados y verificar que contengan exámenes de laboratorio y rx completos; i) hospitalizar a los pacientes que lo requieran según órdenes médicas teniendo en cuenta las normas de cada servicio; j) brindar atención de enfermería a sus pacientes según órdenes médicas y de enfermería; k) rotular las muestras tomadas a los pacientes y entregarlas al laboratorio y/o patología según normas establecidas; l) prestar primeros auxilios en caso de accidentes; m) informar a los pacientes y comunidad sobre existencias y utilización de servicios de salud; n) orientar a los



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

pacientes y familia en el hospital y ayudarle en la consecución de citas médicas, de laboratorio, de rx, de aplicación de tratamientos; o) solicitar oportunamente a estadísticas las historias clínicas de los pacientes citados; p) entregar a estadísticas diariamente las historias clínicas después de las consultas médicas o de enfermería; q) diligenciar diariamente los registros estadísticos pertinentes a su trabajo; r) informar oportunamente las dificultades o no realización de la consulta médica; s) informar oportunamente sobre las necesidades o faltantes de equipos y elementos de trabajo; t) facturar en el sistema de hospital los servicios objeto del contrato; u) salvaguardar los bienes del hospital que utilice en cumplimiento del objeto de este contrato.

2.4.1.2. Subordinación continuada

Siguiendo los criterios consolidados en la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, son indicios de la subordinación ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia, entre estas, las siguientes:

i) El lugar de trabajo: En el presente asunto la demandante tuvo que prestar sus servicios personales al interior del Hospital San Vicente de Arauca.

ii) El horario de labores: de los contratos de prestación de servicios, las resoluciones obrantes y las planillas de turnos mensuales, se desprende que la demandante estaba supeditada al cumplimiento de horarios y/o turnos de trabajo, junto con las demás auxiliares de enfermería que prestaban servicios en la institución; y las declaraciones recaudadas coinciden en señalar el cumplimiento de los referidos turnos ,testimonios que merecen credibilidad, toda vez que relatan la manera cómo la accionante ejecutó los servicios para los cuales fue contratada.

Aunque las planillas de turnos que reposan en el expediente no versan sobre la totalidad del período en el cual estuvo vigente la vinculación contractual (1º de abril de 2008 al 31 de octubre de 2013, salvo interrupciones), pues hacen falta las de algunos meses, ello no desvirtúa el dicho de las deponentes ni de la demandante sobre la forma como debía acudir a la prestación del servicio contratado.



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar: según se desprende de la lectura de las obligaciones contractuales se observa que cada una de ellas debían ejercerse atendiendo las precisas órdenes de los médicos tratantes y de las enfermeras jefe. Así las cosas, las labores que ejercía la señora Tovar Jiménez no podían desarrollarse de manera autónoma, sino que, atendiendo a la naturaleza de la actividad de la medicina y el manejo directo de pacientes que le eran encomendados, debían limitarse a las precisas instrucciones impartidas por los médicos tratantes del hospital. En suma, no tenía autonomía técnica ni administrativa en su relación contractual.

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:

No se puede perder de vista que la misión de la entidad demandada es «[...] la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social», el cual, sin duda, tiene relación con las labores desempeñadas por la accionante como auxiliar de enfermería.

Así las cosas, se colige que las labores asignadas a la contratista se acompañan con aquellas que debían prestar los funcionarios de planta de la entidad, sin las cuales no puede cubrir la función misional del hospital.

Dicha afirmación encuentra sustento, además, en las resoluciones por medio de las cuales el director del hospital reconoció el pago de honorarios a la demandante pese a no haberse suscrito contrato, por cuanto de ellas se desprende qué tan importante era la función de aquella desempeñaba, pues en algunos meses tuvo que continuar proporcionando sus servicios con el propósito de no afectar la prestación de la asistencia fundamental que se suministra en dicha E.S.E. Las motivaciones de dichos actos administrativos se condensan de la siguiente manera:



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

[...] Que no se expidió disponibilidad presupuestal debido, a que no existían los recursos de caja como consecuencia, al problema que se ha presentado con relación, al manejo del Fondo Departamental de Salud de Arauca; y en consecuencia durante esos días parte del personal asistencial prestó sus servicios, sin contrato alguno.

Que se hacía necesario que las personas, que prestan sus servicios por la modalidad de contrato, y en los que se encuentran médicos especialistas, médicos generales, auxiliares de enfermería y demás actividades de salud pública, desempeñaran sus actividades [...] con la finalidad de que el hospital San Vicente de Arauca ESE, atendiera la demanda que se presenta, preservando en consecuencia nuestra función social, de acuerdo a las normas que se han expuesto los anteriores numerales.

Que prescindir de los servicios de estas personas, implicaba para la entidad hospitalaria, una situación de riesgo para nuestros usuarios y pacientes, que no solo lesionaría sus derechos a la seguridad social, integridad personal, salud, sino que inclusive afectaría a un derecho primordial, como lo es la vida.²⁹

En este punto es del caso precisar que el principio de coordinación, ínsito en los contratos de prestación de servicios, consiste en la sincronización de las actividades que ejerce el contratista con las directrices que imparte el contratante para la ejecución eficiente y eficaz del contrato, por lo que es indispensable que exista una concertación contractual, en la que aquel cumple su contrato con independencia, pero en armonía con las condiciones necesarias impuestas por su contraparte, respecto de las cuales esta ejerce control, seguimiento y vigilancia al pacto suscrito.³⁰

Lo anterior difiere de la subordinación, en virtud de la cual existe una sujeción del trabajador hacia su empleador y, en tal sentido, este cuenta en todo momento con la posibilidad de disponer del trabajo de aquel, quien a su vez tiene la obligación correlativa de obedecerle. En efecto, el empleador impone las condiciones de tiempo, modo y lugar, inclusive con sus propios elementos o instrumentos, para que el trabajador desarrolle sus labores, sin que le asista ningún tipo de independencia.

²⁹ Folio 55.

³⁰ Sentencia del 4 de marzo de 2021, expediente 81001-23-39-000-2016-00118-01(1717-18), M. P. Carmelo Perdomo Cuéter.



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

En ese orden, en el presente caso no puede hablarse de coordinación, como pretende la entidad demandada, habida cuenta de que el desempeño de las funciones por parte de la actora estaba sujeto a la imposición de medidas y/o órdenes del hospital, tales como: el establecimiento de horarios o turnos, prácticamente inmodificables debido al funcionamiento de la institución, la imposibilidad de la prestación del servicio por otras personas, y, además, la situación referente a que debía cumplir funciones relacionadas con el objeto misional de la entidad, lo que denota sin lugar a dudas que la accionada, en su condición de empleadora, tenía la posibilidad de disponer del trabajo de la demandante, hecho que demuestra la existencia de una verdadera subordinación.³¹

De las referidas circunstancias puede inferirse que la señora Herminia Tovar Jiménez laboraba bajo una continua subordinación, pues además de prestar sus servicios en las instalaciones del hospital y cumplir con el horario impuesto a través de la asignación de turnos de trabajo, haber desarrollado unas actividades particularmente similares a las de los empleados de planta de la entidad, también recibía instrucciones precisas sobre la forma como debían prestar el servicio, es decir, en cómo debían ejecutar el objeto de su contrato.

2.4.1.3. Remuneración

Finalmente, el tercer elemento que se somete a comprobación es el relacionado con el pago de un salario periódico a la demandante. En el *sub lite*, queda acreditada la remuneración efectuada mensualmente por el referido hospital a la demandante con los contratos de prestación de servicios, las resoluciones de reconocimiento y pago y el acta de conciliación de pago de honorarios, documentos que constituyen prueba suficiente para probar la contraprestación que percibía por los servicios prestados como auxiliar de enfermería.

Aunado a todo anterior, se evidencia que la relación contractual no tuvo carácter

³¹ A la misma conclusión de Ilego en la providencia que se citó en el pie de página anterior.



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

temporal, sino permanente o con ánimo de permanencia, en la medida en que se desarrolló por más de 5 años, aunque con algunas interrupciones las cuales se analizarán más adelante, período en el cual la demandante desplegó las funciones de auxiliar de enfermería de manera uniforme según los objetos contractuales concertados; por consiguiente, se suplió una función permanente o misional de la entidad.

Por todo lo anterior, esta Sala encuentra plenamente acreditados los elementos esenciales de una relación laboral (encubierta) entre la parte demandante y la entidad demandada; en consecuencia, considera que la decisión del Tribunal Administrativo de Arauca debe revocarse.

2.4.2. ¿Se debe declarar la prescripción respecto de alguno o algunos de los contratos?

Una vez se ha comprobado la existencia de la relación laboral entre la contratista y la entidad pública, en tanto se ha descubierto la simulación del contrato de prestación de servicios, corresponde determinar si esta llegó a ser interrumpida en algún momento.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado del 9 de septiembre de 2021, para efectos de la prescripción del derecho solo se tienen en cuenta los períodos acreditados a través de las vinculaciones o contratos de prestación de servicios y se aplica el término de 30 días hábiles para determinar la no solución de continuidad.

2.4.2.1. Inexistencia de una relación laboral continuada



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

Conforme al material probatorio allegado con el expediente, se tienen que la señora Herminia Tovar Jiménez estuvo vinculada con el Hospital San Vicente de Arauca, en los siguientes períodos: ³²

	Contrato (s) y/o vinculación	Lapso de ejecución
1	2-0788, Resolución 2-0396, y 2-1010	1º de abril al 31 de mayo de 2008
	Interrupción de 5 días	
2	2-1172	6 al 30 de junio de 2008
	Interrupción de 9 días	
3	Resolución 2-0615, 2-1419	10 al 31 de julio de 2008
	Interrupción de 30 días	
4	2-1841, 2-2092, 2-2240, y 2-2560	1º de septiembre al 31 de diciembre de 2008
	Interrupción de 1 día	
5	2-0119	2 al 31 de enero de 2009
	Interrupción de 30 días	
6	2-0482	2 al 31 de marzo de 2009
	Interrupción de 63 días*	
7	2-1095	4 al 30 de junio de 2009
	Interrupción de 41 días	
8	2-1545	12 al 31 de agosto de 2009
	Interrupción de 15 días	
9	2-2025 y 2-2189	16 de septiembre al 31 de octubre de 2009
	Interrupción de 30 días	
10	2-2600	1º al 30 de diciembre de 2009
	Interrupción de 30 días (cuando fue nombrada como supernumeraria de la entidad)	
11	2-0375 y 2-0642	1º de febrero al 30 de marzo de 2010
	Interrupción de 32 días	
12	2-0588 y Resolución 2-0645	3 de mayo al 30 de junio de 2010
	Interrupción de 35 días	
13	2-1981	6 al 31 de agosto de 2010
	Interrupción de 71 días*	
14	2-3225	11 al 30 de noviembre de 2010
	Interrupción de 5 días	
15	2-3617	6 al 31 de diciembre de 2010
	Interrupción de 3 días	
16	2-0188	3 de enero al 28 de febrero de 2011
	Interrupción de 30 días	
17	2-1327	1º al 15 de abril de 2011
	Interrupción de 15 días	
18	Resolución 2-0577	1º al 31 de mayo de 2011

³² Conforme a los respectivos contratos de prestación de servicios, resoluciones de pago, acta de conciliación y nombramiento como supernumeraria, visibles en los folios 48 al 164.



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

Interrupción de 40 días		
19	2-1921	11 al 31 de julio de 2011
Interrupción de 30 días		
20	2-2560, 2-2879 y 2-3082, 2-0219, 2-0591, 2-0931 y 2-1200	1º de septiembre de 2011 al 30 de junio de 2012
Interrupción de 60 días*		
21	Acta 011 de 2014	1º al 12 de septiembre de 2012
Interrupción de 18 días		
22	Acta 011 de 2014, 2-1771, 2-2005, 2-0128, 2-0432, 2-0840, 2-1109, 2-1312, 2-1648 y 2-2015	1º de octubre de 2012 al 31 de agosto de 2013
Interrupción de 4 días		
23	2-2380	5 al 30 de septiembre de 2013
Interrupción de 22 días		
24	2-2755	23 al 31 de octubre de 2013

* Las fechas subrayadas corresponden a los periodos donde se presentó un mayor número de días de interrupción; sin embargo, en algunos de ellos se superaron los 30 días hábiles.

De acuerdo con el anterior cuadro sumario, y siguiendo el criterio acogido en la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, se concluye que entre el 1º de abril de 2008 y el 31 de octubre de 2013, se presentó ruptura del vínculo contractual, como se pasa a explicar.

El primer período contractual se puede delimitar entre el **1º de abril de 2008 y el 31 de marzo de 2009**; pues entre el contrato **2-0482** y el **2-1095** hubo una interrupción de 63 días calendario, esto es, 42 días hábiles, por lo que se superó el término unificado por la Corporación para la configuración de la solución de continuidad.

El segundo período fue establecido entre el **4 de junio de 2009 y el 31 de agosto de 2010**, por cuanto entre los contratos **2-1981** y **2-3225** trascurrieron 71 días calendario, es decir 50 días hábiles, presentándose el mismo fenómeno.

El tercer período de contratación tuvo lugar desde el **11 de noviembre de 2010 hasta el 30 de junio de 2012** y entre esta última fecha y el nuevo contrato trascurrieron 60 días calendario, que representan 41 días hábiles, tal como puede ser corroborado con los calendarios de los respectivos años.



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

Así pues, al haberse presentado interrupciones considerables que suspendieron la continuidad del vínculo debían haberse reclamado en sede administrativa dentro de los tres años siguientes a la terminación del encargo; no obstante, la primera petición de reconocimiento y pago de sus acreencias laborales ante la entidad fue presentada el 12 de octubre de 2016, por lo que, en los tres casos, fue superado ampliamente el término de prescripción y, en consecuencia, se configuró dicho fenómeno.

Pese a lo expuesto, dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, tal como se explicó en la precitada sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016, el Hospital deberá completarlos al respectivo fondo de pensiones en el porcentaje que le correspondía durante el tiempo comprendido entre el 1º de abril de 2008 y el 30 de junio de 2012, **salvo las interrupciones advertidas.**

El cuarto período contractual, entonces, se desarrolló entre el **1º de septiembre de 2012 y el 31 de octubre de 2013**. Sobre dicho lapso se advierte que la demandante prestó sus servicios profesionales al Hospital San Vicente de Arauca en una continuada relación laboral, por cuanto no se vio interrumpida en ningún momento, ya que los interregnos entre cada contrato no fueron superiores a los 30 días hábiles, tal como se advierte en la tabla que antecede.

Por lo tanto, ante la existencia de una relación laboral entre las partes corresponde realizar el cómputo del término prescriptivo a partir de la terminación de su vínculo contractual, esto es, desde el 31 de octubre de 2013. Comoquiera que el 12 de octubre de 2016, la señora Herminia Tovar Jiménez presentó la reclamación administrativa, su solicitud se encuentra dentro del término legalmente establecido para ello, no hay lugar a declarar la prescripción por dicho período y le asiste derecho a que le sean reconocidos los emolumentos prestacionales derivados de esa vinculación.



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

Debe precisar la Sala que pese a que la mayoría de las interrupciones contractuales advertidas son, en principio, inferiores a 30 días hábiles, ello no implica el reconocimiento y pago de prestaciones sobre los lapsos en donde se presentó la interrupción, esto es, en los que no medió contrato de prestación de servicios.

Así las cosas, en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016,³³ la Sección Segunda de esta Corporación estableció, entre otras subreglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos de prestación de servicios, «[...] pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria [...] le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo».

Frente al reconocimiento de las primas de servicios, vacaciones y navidad; las cesantías y los intereses a las cesantías; los auxilios de transporte y alimentación; las bonificaciones por servicios prestados y recreación y las dotaciones, cabe destacar que esta Sala, en sentencia de 4 de febrero de 2016³⁴, precisó lo siguiente:

Con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación integral del daño al declararse una relación de carácter laboral, [...] acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas. En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral. Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas, las cesantías; y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el

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

³⁴ Expediente 81001-23-33-000-2012-00020-01 (316-2014).



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.

[...] el reconocimiento de la primacía de la realidad sobre la formalidades que conlleva a (sic) la declaración de existencia de una relación laboral subyacente de un contrato de prestación de servicio, no puede otorgar al accionante la calidad de empleado público, por lo que no es posible reconocer prestaciones sociales de carácter extralegal que devenguen otros funcionarios de la planta de personal del ente territorial demandado, máxime cuando el accionante no acreditó dentro del proceso cuales son las prestaciones a las que considera tener derecho ni el origen de las mismas.

En virtud de lo expuesto, a la actora le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales de carácter legal que devenga, en este caso, un auxiliar de enfermería del Hospital demandado, tales como vacaciones, primas, bonificaciones, cesantías y las reconocidas por el sistema integral de seguridad social, mas no podrán reconocérsele aquellas extralegales, por cuanto comportan un beneficio para los empleados públicos, condición de la que ella carece.

En ese sentido, le corresponderá a la entidad accionada al momento de cumplir la condena impuesta en este fallo, determinar las prestaciones sociales que serán objeto de liquidación a favor de la actora.

2.4.3.¿Resulta procedente la devolución de los aportes al sistema de la Seguridad Social en salud realizados por la demandante en exceso?

De conformidad con las reglas plasmadas en la sentencia del 9 de septiembre de 2021, aunque se le haya reconocido una relación laboral a la contratista, no procede la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud que sufragó bajo el régimen contractual.

Así las cosas, frente a lo requerido por la demandante, se tiene que no hay lineamientos jurídicos que permitan la posibilidad de la devolución de los aportes a salud que efectuó como contratista, comoquiera que estos fueron debidamente cotizados al sistema general de Seguridad Social en salud, al existir una obligación legal de realizar dicha contribución.



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

En este orden de ideas, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, que denegó las pretensiones de la demanda y en su lugar se dispondrá lo siguiente:

- i) Declarar la existencia de una relación laboral entre la señora Herminia Tovar Jiménez y la ESE Hospital San Vicente de Arauca desde el 1º de abril de 2008 hasta el 31 de octubre de 2013, salvo la interrupción advertida.
- ii) Declarar la prescripción trienal respecto de los derechos laborales reclamados frente a los contratos de prestación de servicios suscritos y ejecutados con anterioridad al 1º de septiembre de 2012.
- iii) Ordenar al Hospital pagar a la señora Herminia Tovar Jiménez las prestaciones sociales correspondientes, devengadas por los servidores de planta, para cuya base de liquidación deberá tener en cuenta el valor de los honorarios pactados en cada contrato, en proporción al período trabajado entre el 1º de septiembre de 2012 y el 31 de octubre de 2013.
- iv) El hospital deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1º de abril de 2008 y el 31 de octubre de 2013, salvo las interrupciones advertidas) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (el valor de los honorarios pactados en cada contrato), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

v) Declarar que el tiempo laborado desde el 1º de abril de 2008 hasta el 31 de octubre de 2013, salvo las interrupciones advertidas en el proceso, se debe computar para efectos pensionales.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de aportes para pensión se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh. \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Se aclara que por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

2.4. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016,³⁵ respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el

³⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), C. P. William Hernández Gómez.



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, y en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso,³⁶ la Sala considera que no es dable condenar en costas de segunda instancia, toda vez que el recurso de apelación fue resuelto favorablemente y la parte demandada presentó alegatos de conclusión en este trámite.

3. Conclusión

Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en los derroteros jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado en casos de contornos análogos fáctica y jurídicamente al que ahora es objeto de estudio y en el acervo probatorio, la Sala considera que a la señora Herminia Tovar Jiménez, como parte trabajadora de una relación laboral (encubierta o subyacente), le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales que deprecia (cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otras), en el período comprendido entre el 1º de septiembre de 2012 y el 31 de octubre de 2013, salvo interrupciones, por las

³⁶ «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Así las cosas, se revocará la decisión del *a quo*. Sin condena en costas de la segunda instancia.

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

FALLA:

Primero.- Revocar la sentencia del 15 de noviembre de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, dentro del proceso instaurado por la señora Herminia Tovar Jiménez en contra del Hospital San Vicente de Arauca, que denegó las pretensiones de la demanda. En su lugar se dispone:

Segundo.- Declarar la nulidad del oficio del 25 de octubre de 2016, expedido por el director del Hospital San Vicente de Arauca E.S.E., por medio del cual se negó el reconocimiento de los derechos prestacionales y de seguridad social reclamados.

Tercero.- Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, **declarar** la existencia de una relación laboral entre la señora Herminia Tovar Jiménez y la ESE Hospital San Vicente de Arauca desde el 1º de abril de 2008 hasta el 31 de octubre de 2013, salvo las interrupciones advertidas.

Cuarto.- Ordenar al Hospital San Vicente de Arauca E.S.E. reconocer y pagar a la señora Herminia Tovar Jiménez las prestaciones sociales dejadas de percibir entre el 1º de septiembre de 2012 y el 31 de octubre de 2013, devengadas por los servidores de planta, para cuya base de liquidación se deberá tener en cuenta el valor de los honorarios pactados en cada contrato, debidamente indexadas, conforme quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Quinto.- Declarar la prescripción trienal respecto de los derechos laborales



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

reclamados frente a los contratos de prestación de servicios suscritos y ejecutados con anterioridad al 1° de septiembre de 2012.

Sexto.- El Hospital San Vicente de Arauca E.S.E. deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1° de abril de 2008 y el 31 de octubre de 2013, salvo las interrupciones advertidas, el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (el valor de los honorarios pactados en cada contrato), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

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

Séptimo.- Declarar que el tiempo laborado desde el 1° de abril de 2008 hasta el 31 de octubre de 2013, salvo las interrupciones advertidas, se debe computar para efectos pensionales.

Octavo.- El Hospital San Vicente de Arauca E.S.E. hará la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del CPACA, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado, a saber:

$$R = Rh. \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Noveno.- El Hospital San Vicente de Arauca E.S.E. deberá dar cumplimiento a lo



Radicado: 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-19)
Demandante: Herminia Tovar Jiménez

dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.

Decimo.- No condenar en costas de segunda instancia.

Decimoprimer.- En firme esta providencia, devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

AVM

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.