



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A
CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-2018)

Demandante: Alfonso Ortega Meneses

Demandado: E.S.E. Antonio Nariño en liquidación

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 demandada, quien actúa por intermedio de apoderado, contra la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2017 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), el señor Alfonso Ortega Meneses, mediante apoderado, formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en orden a que se declare la nulidad del acto ficto o presunto surgido del silencio administrativo negativo en que incurrió la E.S.E. Antonio Nariño en liquidación, al no resolver de fondo la solicitud radicada el 10 de diciembre de 2009.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

i) declarar la existencia de una relación laboral entre este y la E.S.E. Antonio Nariño en liquidación entre el 26 de junio de 2003 y el 14 de octubre de 2008; ii) reconocer y pagar a título de indemnización lo que dejó de percibir en forma equivalente a las prestaciones sociales ordinarias debidamente indexadas tales como cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, navidad, vacaciones, técnica y de localización, primas adicionales convencionales, vacaciones, auxilios de transporte y de alimentación, horas extras, sanción moratoria por la no consignación en tiempo de las cesantías y por la falta de pago de la totalidad de las prestaciones, e indemnización por la terminación de la relación laboral; iii) cancelar los dineros que por aportes a la seguridad social le correspondió pagar y los que se descontaban por parte de la cooperativa de trabajo; y iv) condenar en costas y agencias en derecho a la entidad accionada.

1.1.2. Hechos

Como hechos relevantes, el apoderado del demandante señaló los siguientes:

i) El 5 de junio de 1995, el señor Alfonso Ortega Meneses se vinculó al Instituto de Seguros Sociales, Seccional Valle del Cauca, en adelante ISS, como auxiliar de farmacia al servicio de la Clínica Rafael Uribe Uribe, a través de la suscripción de un contrato de prestación de servicios, el cual fue prolongado en el tiempo hasta el 26 de junio 2003.

ii) Convencido de que su vinculación con el ISS era irregular demandó a dicha entidad ante la jurisdicción ordinaria laboral y solicitó la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo y, como consecuencia de ello, el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y convencionales.

iii) El 6 de marzo de 2009, el Juzgado 12 Laboral Adjunto del Circuito de Cali «declaró la existencia de la relación laboral desde el 5 de junio de 1995 hasta el 30 de junio de 2003».



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

iv) El 30 de noviembre de 2003, la E.S.E. Antonio Nariño (a la cual pertenece la Clínica Rafael Uribe Uribe, en la que siempre prestó sus servicios) le informó que si deseaba continuar «laborando» en esa entidad debía afiliarse a una cooperativa de prestación de servicios, la cual a partir de ese momento se encargaría de contratar con él. Así pues, fue presionado para vincularse con la cooperativa Consentir C.T.A. desde el 30 de noviembre de 2003, mediante la suscripción de un convenio de trabajo asociado, «cuya finalidad única y exclusiva era la de continuar prestando sus servicios como Auxiliar de Farmacia en la E.S.E. ».

v) A pesar de las irregularidades advertidas en su contratación, continuó prestando sus servicios en la Clínica Rafael Uribe Uribe en el cargo de auxiliar de farmacia, recibiendo una retribución que se denominó compensación, pero sin percibir prestaciones sociales por dichos servicios ni mucho menos convencionales.

vi) Cumplió una jornada ordinaria de 8 horas diarias, 7 días a la semana, más labores de tiempo extra que se fijaron hasta por casi 12 horas diarias.

vii) Para el mes de septiembre y los 4 primeros días del mes de octubre de 2008, a pesar de haber laborado todos los días cumpliendo, incluso, la extenuante jornada de horas extras impuesta, no se le retribuyó el servicio prestado ni por parte de la cooperativa ni de la E.S.E. Antonio Nariño por lo que persiste la deuda.

viii) El 10 de diciembre de 2009, solicitó a la E.S.E. Antonio Nariño el reconocimiento de una relación de orden laboral y el pago de todas las prestaciones sociales correspondientes, petición que no fue resuelta.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales se señalaron los artículos 13, 29, 53, y 228 de la Constitución Política; 1, 2, 3, 4 de la Ley 79 de 1988; 20 de Decreto 468 de 1990; 32 de la Ley 80 de 1993; 6, 7, 22, 23 y 26 del Decreto Ley 254 de 2000; 17 y 18 del Decreto 1750 de 2003; 16 del Decreto 4588 de 2006; 5 y 6 del Decreto 3870 de 2008 y 17 de la Ley 1233



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

de 2008.

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

- i) El acto ficto demandado desconoció el postulado rector de los artículos 25 y 53 de la Constitución Política, el primero, que demanda una protección especial al trabajo humano y la irrenunciabilidad de un mínimo de derechos y, el segundo, que afirma que primará la realidad sobre las formalidades pactadas por los sujetos de una relación de trabajo.
- ii) Todo el tiempo que el demandante laboró al servicio de la entidad demandada lo hizo bajo una continuada subordinación y dependencia, elemento que convierte todas las modalidades de vinculación adoptadas por la E.S.E. en relaciones de trabajo.
- iii) A pesar de que en principio el señor Ortega Meneses se hubiere vinculado a la entidad como contratista, es decir, entre el 26 de junio y el 30 de noviembre de 2003 y, posteriormente, desde el 1º de diciembre de 2003 se hubiera tornado supuestamente en asociado de Consentir C.T.A., ambas modalidades contractuales no fueron más que una «charada de mentiras» para encubrir la verdadera relación de trabajo que existió, la que se advierte de manera palmaria por el simple hecho de que ostentó el cargo de auxiliar de farmacia por espacio de más de cinco años.

1.2. Contestación de la demanda

La E.S.E. Antonio Nariño en liquidación no emitió pronunciamiento alguno en esta etapa procesal.¹

¹ Folio 226.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala Mixta, mediante sentencia proferida el 20 de septiembre de 2017,² accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con sustento en las siguientes consideraciones:

i) Respecto a la prestación personal del servicio se puede observar en las agendas de turnos del demandante que este prestó sus funciones como auxiliar de farmacia al servicio de la E.S.E. Antonio Nariño (Clínica Rafael Uribe Uribe), además teniendo en cuenta que la actividad que se desarrolló requiere una prestación personal, no cabe duda que este desempeñó las labores encomendadas, asimismo, los testigos afirman que cumplía con los horarios establecidos asistiendo a diario y que seguía directrices de sus superiores, configurándose dicho elemento entre el **1° de diciembre de 2003 y el 14 de octubre de 2008.**

ii) La remuneración como contraprestación al servicio prestado se evidencia con los desprendibles de compensación generados a favor del demandante por la Cooperativa Consentir durante los períodos de enero, marzo, septiembre, octubre y diciembre de 2004; enero a diciembre de 2005; abril, mayo, junio, agosto, septiembre y octubre de 2006; enero, noviembre y diciembre de 2007; y enero, febrero, mayo y junio de 2008. Luego, no se encuentran completos los pagos mes a mes entre el 1° de diciembre de 2003 y el 14 de octubre de 2008.

iii) Si bien se encuentra certificado el período laborado por el demandante no podría en este caso presumirse una remuneración diferente a la que se encuentra acreditada en el plenario a través de los comprobantes de pago mencionados, de suerte que el requisito de remuneración no podrá reconocerse sobre lapsos en los cuales no se encuentra demostrado el pago de la compensación.

iv) De la relación probatoria se evidencia la dependencia y subordinación a la

² Folios 308 al 331. Con ponencia de la magistrada Luz Stella Alvarado Orozco.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

que fue sometido el actor, ya que se demostró que debía prestar sus servicios de auxiliar de enfermería (sic) sujeto al horario y lineamientos que eran establecidos por parte de la E.S.E. Antonio Nariño, en turnos de 8 horas diarias.

v) En suma, declaró la nulidad del acto demandado; ordenó el pago del equivalente a las prestaciones sociales dejadas de percibir por los períodos comprendidos entre **enero, marzo, septiembre, octubre y diciembre de 2004**; enero a diciembre de 2005; abril, mayo, junio, agosto, septiembre y octubre de 2006; enero, noviembre y diciembre de 2007; y **enero, febrero, mayo y junio de 2008**, sobre los cuales se probó el pago de una remuneración, prestaciones a las que habitualmente tiene derecho el personal de planta de la entidad que desempeña las funciones de auxiliar de farmacia, tomando como base lo percibido por el demandante como compensación por el servicio; y tomar por el período anotado el ingreso base de cotización (IBC) pensional, 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.

1.4. El recurso de apelación

El «Ministerio de Salud y Protección Social - E.S.E. Antonio Nariño – FIDUPREVISORA», por intermedio de su apoderado, interpuso recurso de apelación³ en contra de la sentencia previamente referenciada y solicitó que se revoque y, en su lugar, se denieguen las pretensiones de la demanda. Como sustento de su petición expresó lo siguiente:

i) De conformidad con los hechos expuestos en el libelo de la demanda y las pruebas allegadas, el demandante prestó sus servicios para la E.S.E. Antonio Nariño, a través de contratos civiles y no por medio de una vinculación laboral dependiente y/o subordinada. Así las cosas, es claro que el señor Ortega Meneses

³ Folios 332 al 337.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

no suscribió contrato de trabajo, ni se profirió en su favor resolución o acto administrativo de nombramiento.

ii) El análisis de los elementos estructurales del contrato de trabajo se hizo de manera muy genérica, olvidando que la verificación y consecuencia de una pretensión nacida de un contrato realidad debe ser evaluada para cada caso en particular.

iii) El demandante no fue contratado por la E.S.E. Antonio Nariño, contrario a ello suscribió con Consentir C.T.A. un convenio en el cual, como lo reseñó el *a quo*, se obligó en forma especial a prestar sus servicios en la institución y este aceptó.

iv) Si bien el Ministerio de Salud y de la Protección Social ha asumido la defensa de los procesos judiciales que se adelanten en contra de la extinta E.S.E., el patrimonio autónomo de remanentes y/o la Fiduprevisora S. A., la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público es la encargada de asumir los recursos para el pago de las obligaciones laborales a cargo de la referida E.S.E.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes demandada y demandante guardaron silencio.⁴

1.6. El ministerio público

El agente del ministerio público rindió concepto en el que solicitó que se confirme la sentencia apelada, toda vez que de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso se tiene que los elementos de la relación contractual como la actividad personal del trabajador, continúa subordinación o dependencia y salario fueron demostrados por el actor y los mismos no fueron desvirtuados dentro del trámite procesal, quedando de esta manera configurada la existencia de un contrato realidad entre la E.S.E.

⁴ Folio 369.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

Antonio Nariño y aquel, en cuanto que la Cooperativa Consentir actuó como una empresa de intermediación laboral pretendiendo simular una relación de trabajo subordinado.⁵

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

De conformidad con lo anterior, la Sala debe establecer lo siguiente:

1. Si entre el señor Alfonso Ortega Meneses y la E.S.E. Antonio Nariño liquidada, 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 vinculado contractualmente y, de ser así,
2. Determinar si en efecto el Ministerio de Salud y de la Protección Social está legitimado en la causa para asumir la condena impuesta.

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

⁵ Folios 360 al 368.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

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 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-⁶ 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 organización⁷, 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

⁶ Aprobada el 11 de abril de 1919.

⁷ Aprobado en Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

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 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



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

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

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.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

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 2015,⁸ 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 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».⁹
- 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».¹⁰

⁸ «Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional»,
⁹ 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.

¹⁰ 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,



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

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 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.¹¹

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».

¹¹ 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: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

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, 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



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

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.¹²

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*,¹³ la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

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

¹² 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.

¹³ A este respecto: Guerrero Figueroa Guillermo: Manual del derecho del trabajo. Bogotá, Leyer, 1996, págs. 54 y 55.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

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 persona natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este;¹⁴ 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 podía delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.¹⁵

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

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

¹⁴ 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».

¹⁵ 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: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

que justifiquen que la Administración recurra a un contrato de prestación de servicios». ¹⁶

En ese orden, 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. ¹⁷

2.2.3.2. Segunda regla. La Sala consideró adecuado establecer un **período 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de febrero de 2009, expediente: 16.130.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

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.

[...]

(...) 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



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral.¹⁸

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:

2.3.1. En torno a la relación que invoca el demandante

i) El 1° de diciembre de 2003, el señor Alfonso Ortega Meneses suscribió Convenio de Trabajo con la Cooperativa de Servicios Integrados Consentir C.T.A. para prestar servicios como auxiliar de farmacia en la Clínica Rafael Uribe Uribe. En dicho documento no se estableció una fecha de terminación del vínculo.¹⁹

¹⁸ 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.

¹⁹ Folio 15.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

ii) En el expediente reposan copias de las planillas de asignación de turnos de los meses de junio y julio de 2003; julio, agosto, septiembre y octubre de 2004; enero, febrero y marzo de 2005; junio, septiembre y octubre de 2006; y febrero y marzo de 2007.²⁰

iii) En el dossier se exhiben formatos de liquidación de los valores pagados al demandante como compensación al trabajo prestado expedidos por Consentir C.T.A. por los meses de enero, marzo, septiembre, octubre y diciembre de 2004; enero a diciembre de 2005; abril, mayo, junio, agosto, septiembre y octubre de 2006; enero, noviembre y diciembre de 2007; y enero, febrero, mayo y junio de 2008.²¹

iv) El 6 de marzo de 2009, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, profirió sentencia en el trámite de la audiencia pública de juzgamiento 0408, en el proceso instaurado por el señor Alfonso Ortega Meneses en contra del ISS, en la que se hicieron las siguientes declaraciones y condenas:²²

1° DECLARAR PROBADA la excepción de **PRESCRIPCIÓN** formulada oportunamente por el **INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL** representado legalmente por el señor Raúl Alberto Suárez Franco o por quien haga sus veces, conforme se explicó en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ABSOLVER al **INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL** de todos y cada uno de los cargos formulados en su contra por el señor **ALFONSO ORTEGA MENESES**.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte vencida en juicio. Tásense por Secretaría del Juzgado.

v) El 1° de octubre de 2009, el gerente de la Cooperativa de Servicios Integrados Consentir C.T.A. emitió constancia en la que indicó que el señor Alfonso Ortega Meneses prestó sus servicios en esa cooperativa a través de un convenio de trabajo asociado, 8 horas diarias, desde el 1° de diciembre de 2003 y hasta el 14 de octubre de 2008 desempeñando el cargo de auxiliar de farmacia.²³

²⁰ Folios 16 al 41

²¹ Folios 42 al 85.

²² Folios 4 al 13.

²³ Folio 14.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

2.3.2. En relación con la reclamación en sede administrativa

El 10 de diciembre de 2009, el señor Alfonso Ortega Meneses por intermedio de apoderada presentó reclamación administrativa ante el gerente de la E.S.E. Antonio Nariño en liquidación para obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales por el servicio prestado a la entidad.²⁴ Dicha petición no fue contestada.

2.3.3. Las declaraciones rendidas en el proceso

i) El 10 de diciembre de 2012, el señor Francisco Andrés Chávez Méndez rindió testimonio en el trámite del proceso, quien manifestó lo siguiente:

Conozco al señor Alfonso Ortega hace aproximadamente 15 años, lo conocí en la Clínica Rafael Uribe Uribe, trabajó conmigo en la clínica, desde el año 1995, siendo compañeros de trabajo, él era auxiliar de farmacia, el empleador era el Seguro Social, el horario era con diferentes turnos por ejemplo de 7 am a las 7 pm, otro de 7 am a 1 pm, 1 pm a 7 pm, otro turno de 7 pm a 7am, tenían varios jefes como el Dr. Eliécer Redondo Méndez, la Dra. Yadira y el Dr. Alfonso Delgado, jefes del servicio de farmacia, se cancelaban horas extras por la necesidad del servicio, la contratación especial, no recuerda que tipo, el señor Alfonso Ortega no tenía vacaciones, prima tampoco (...) Manifieste al despacho desde que fecha y hasta que fecha laboró el señor Alfonso Ortega para E.S.E. Antonio Nariño. Contestó: Él trabajó con el Seguro Social del año 1995 a junio 26 de 2003, que fue la escisión del ISS, el siguió vinculado del 26 de junio al 30 noviembre del 2003 con la E.S.E. Antonio Nariño, allí a él le ofrecieron que si quería seguir vinculado con la E.S.E. Antonio Nariño, él debía asociarse a una cooperativa con la cual estuvo vinculado a la E.S.E. Antonio Nariño por intermedio de una cooperativa del 1 de diciembre de 2003 al 14 de octubre del 2008, desempeñando las mismas funciones con los mismos jefes y los mismos horarios. Preguntado: Manifieste al despacho si durante este lapso mencionado en su respuesta anterior desde el 26 de junio 2003 hasta el 14 de octubre del 2008 el señor Alfonso Ortega laboró de manera ininterrumpida. Contestó: Sí él laboró ininterrumpidamente. Preguntado: Manifieste al despacho si el señor Ortega estaba sometido a los reglamentos de órdenes y disciplina impuestos por la E.S.E. Antonio Nariño a su personal de planta. Contestó: Sí, él estaba sometido a los mismos reglamentos de nosotros los de planta, lo sé y me consta por lo que trabajábamos en la misma área y nos tocaba desempeñar las mismas funciones. Preguntado: manifieste al despacho que mecanismo de control ejercía la E.S.E Antonio Nariño para programar y verificar el horario impuesto. Contesto: El Dr. Eliécer Redondo elaboraba los turnos al personal de farmacia y él era el que ejercía el control para que esos turnos se cumplieran. Preguntado: Manifieste al despacho si sabe quién cancelaba los aportes de pensión, de ARP, salud, del señor Ortega. Contesto: Esos aportes le tocaba a él, por supuesto a todos los demás que tenían este tipo de contratación, ellos pagaban sus aportes. Preguntado: Manifieste al despacho si sabe, que valor recibía el señor Ortega como contraprestación a la labor realizada para la E.S.E Antonio Nariño cuando lo hacía aún a través de la cooperativa. Contestó: el salario de él era \$790.000. Preguntado: Manifieste al despacho si sabe, si la E.S.E Antonio Nariño dejó de cancelar al señor Ortega algún período o mes laborado. Contestó: si yo sé que a ellos les dejaron pendiente el pago de un mes de septiembre y parte de octubre, pero no recuerdo de que año.

²⁴ Folios 86 al 94.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

Preguntado: Manifieste al despacho si sabe, que relación existió entre la E.S.E. Antonio Nariño y la Cooperativa Consentir S.A., asignada para el señor Ortega. Contestó: La E.S.E. era la que les pagaba, y la Cooperativa los contrataba, incluso allá en la cooperativa trabajaban funcionarios que eran de la E.S.E. Antonio Nariño. Preguntado: Manifieste al despacho si el señor Ortega era autónomo para realizar sus labores en la Clínica Rafael Uribe. Contestó: él no era autónomo, el recibía ordenes de los funcionarios de la E.S.E. Antonio Nariño. Preguntado: Manifieste al despacho si sabe, si le cancelaron al señor Ortega las prestaciones de Ley. Contestó: No le cancelaron. Preguntado: Manifieste al despacho si de alguna manera la E.S.E. Antonio Nariño ejerció una presión al señor Ortega para vincularse a la Cooperativa Consentir. Contestó: Sí a él lo presionaron porque si él no se asociaba perdía su empleo. Preguntado: manifieste al despacho por qué le consta todo lo manifestado en esta declaración. Contestó: Porque nosotros nos comunicamos, estuvimos charlando, por que fuimos compañeros de trabajo. Es todo. (...) Preguntado: Manifieste si sabe y le consta que el señor Alfonso Ortega firmó en algún momento un contrato laboral con la E.S.E. Antonio Nariño. Contestó: Él estuvo vinculado con la E.S.E. Antonio Nariño, ellos firmaban unos contratos de trabajo. Pregunto: De acuerdo a lo anterior manifieste en qué fecha firmó dicho contrato el señor Ortega. Contestó: El 26 de junio del año 2003 a noviembre 30 del 2003. Preguntado: Manifieste al despacho si sabe o le consta en qué año se vinculó el señor Alfonso Ortega mediante contrato cooperativo de trabajo asociado con la Cooperativa Consentir S.A. Contestó: eso fue a partir del 1 de diciembre del 2003 hasta el 14 de octubre del año 2008 más o menos. Pregunto: De acuerdo a las dos respuestas anteriores usted puede afirmar que el señor Alfonso Ortega sustentaba dos relaciones laborales. Contestó: No, él trabajaba con la E.S.E. Antonio Nariño. Pregunto: Manifieste si sabe y le consta que el señor Alfonso Ortega en algún momento realizó aportes sindicales. Contestó: No él no, nunca me di cuenta de que él aportara aportes sindicales. Es todo.

- ii) El 11 de diciembre de 2012, el señor Luis Gerardo Carrillo Rodríguez rindió testimonio, manifestó ser administrador de empresas y dijo²⁵ lo siguiente:

(...) Conozco de la demanda porque fui compañero de trabajo del señor Ortega y sé que él está demandando por prestaciones sociales, porque a nosotros no nos pagaban prestaciones sociales, trabajé solo un mes, los jefes de él eran la señora Yadira, Eliécer Redondo, que es el químico, el doctor Delgado que era el encargado. El salario era de \$700.000, aproximadamente. (...) Preguntado: aclare al despacho de acuerdo a su declaración anterior, cuando usted dice que trabajó un mes, fue para el ISS o para la E.S.E Antonio Nariño. Contestó: trabajé más o menos un mes, pero de los 12 años que trabajé para el ISS que era inicialmente, después la E.S.E. Antonio Nariño. Preguntado: manifieste al despacho si lo sabe, desde cuándo y hasta cuando, laboró el señor Ortega para el ISS y posteriormente para la E.S.E Antonio Nariño. Contestó: él empezó en el año 1995 en el ISS hasta el 2003 que fue la escisión y en noviembre nos metieron a las cooperativas, sin interrupción hasta el 2008. Preguntado: manifieste el despacho qué sucedió con el vínculo laboral que traía el señor Alfonso Ortega con el ISS durante el período comprendido entre junio del 2003 a noviembre 30 de 2003. Contesto: desde la escisión que fue en junio de 2003 a noviembre de 2003 trabajamos en prestación de servicios para la E.S.E. Antonio Nariño. Preguntado: Manifieste al despacho cómo fue el mecanismo o proceso que se llevó a cabo por parte de la E.S.E. Antonio Nariño de vinculación con la Cooperativa. Contestó: Después de la prestación de servicios dijeron que los que deseaban continuar prestando los servicios deberían afiliarse a una Cooperativa de Trabajo Asociado y hasta se permitía formarla. Preguntado: Manifieste al despacho si lo sabe, qué cargo ejerció el señor Ortega durante el tiempo laborado para el ISS y posteriormente para la E.S.E. Antonio Nariño, aun cuando lo hizo a través de la cooperativa asignada. Contestó: Todo el tiempo lo conocí como auxiliar de farmacia, en ambas empresas. Preguntado: Manifieste al despacho si lo sabe, si el señor Ortega siguió cumpliendo las mismas funciones, los mismos horarios, el mismo salario, acatando las mismas órdenes de

²⁵ Folios 264 a 266.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

los jefes, con lo que venía desde el ISS. Contestó: No hubo ningún cambio con la escisión solo representó cambio de nombre, pero las funciones, los jefes, horarios, sueldo, continuaron igual. Preguntado: Manifieste al despacho si el señor Ortega tenía plena autonomía para la realización de sus labores o funciones asignadas. Contestó: No, de ninguna manera porque estaba bajo las órdenes del químico y con los horarios que determinaban para todo el grupo. Preguntado: Aclare al despacho su respuesta anterior manifestando, el que dice, el químico, si recuerda quién era y para quién trabajaba o a qué empresa representaba. Contestó: El químico era Eliécer Redondo, él era nombrado por el ISS y como cambió, siguió nombrado en la E.S.E. Antonio Nariño. Preguntado: Manifieste al despacho qué mecanismo de control ejerció la E.S.E. Antonio Nariño para la programación y cumplimiento de los horarios asignados al señor Ortega. Contesto: Eso se coordinaba con el horario para todo el mundo y el que salía entregaba al que llegaba, lo controlaba el jefe directo el señor Eliécer Redondo, Preguntado: Manifieste al despacho, si lo sabe, quién cancelaba los aportes parafiscales de pensión, ARP, salud del señor Ortega. Contestó: Él debía cancelarlos de sus sueldos, cuando estuvimos en el ISS y cuando pasamos a la cooperativa ya era un descuento directo y al igual que en el seguro era obligatorio, pero la erogación era asumida cien por ciento por el trabajador. Preguntado: Manifieste al despacho si lo sabe, la E.S.E. Antonio Nariño, dejó de cancelar al señor Ortega, algún mes o período laborado. Contestó: Sí, a Alfonso Ortega le quedaron debiendo un mes, el mes de septiembre de 2008. (...) Pregunto: sírvase manifestar en qué área de la E.S.E. Antonio Nariño hoy liquidada, usted prestaba sus servicios. Contestó: La última área donde trabajé fue en facturación de servicios médicos, área de ginecología. Preguntado: Sírvase Manifestar si usted adelanta algún proceso judicial de las mismas connotaciones de este, contra la E.S.E. Antonio Nariño, hoy liquidada. Contesto: No, ninguno.

iii) El 12 de diciembre de 2012, la señora Alba Mireya Escobar Hurtado rindió testimonio, manifestó ser auxiliar de servicios asistenciales en farmacia y dijo²⁶ concretamente lo siguiente:

(...) conozco al señor demandante porque fuimos compañeros de trabajo en el I.S.S. en la misma área de farmacia con los mismos jefes, cumplíamos horario de trabajo y algunos turnos los desempeñamos juntos, fue largo el tiempo de trabajo, casi 15 años, conozco que él presentó demanda porque en primer lugar la E.S.E Antonio Nariño le quedó debiendo como un mes y medio de pago de salario del mes de septiembre del 2008 hasta 14 de octubre del mismo año, además también reclama prestaciones por el tiempo de servicios que nunca le fueron canceladas. Preguntado: Manifieste, al despacho si sabe desde qué fecha y hasta cuando laboró el señor Alfonso Ortega para la E.S.E Antonio Nariño. Contestó: Alfonso Ortega inició a trabajar con el ISS en el año 1995 en junio, pero no sé exactamente el día, hasta junio 26 del año 2003, cuando se escindió el ISS a la E.S.E Antonio Nariño, desde esa fecha continuó trabajando para la E.S.E Antonio Nariño, con el mismo contrato civil, hasta el 30 de noviembre del año 2003, en esa fecha a Alfonso y a todos los compañeros de contratación civil se les condicionó para continuar con el trabajo, que debían asociarse a una cooperativa de las que ya existía en ese momento y Alfonso se tuvo que asociar igual que todos los demás porque esa era la condición para continuar en el trabajo, con esa condición Alfonso Ortega siguió trabajando para la E.S.E con la figura de cooperativa hasta el 14 de octubre del año 2008. Preguntado: manifieste al despacho si el señor Alfonso Ortega estaba sometido al cumplimiento de órdenes y disciplina impuestos por la E.S.E Antonio Nariño a su personal de planta. Contestó: sí Alfonso y los otros compañeros de contratación civil, tenían que cumplir horarios de trabajo, que eran programados por los jefes inmediatos y seguir las órdenes que le daban al personal a su cargo, tanto de planta como de contratación, haciendo la diferenciación de que el personal de planta tenía un tope de horas de 220 horas mes, qué es el horario para las personas que trabajamos en salud, contrario Alfonso y sus compañeros de

²⁶ Folios 269 a 271.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

contratación que trabajaban muchas más horas hasta 270 horas en un mes, no todos los meses, pero algunos meses se les llegó a cumplir 270 horas. Preguntado: manifieste al despacho si durante el tiempo laborado por el ISS después para la E.S.E Antonio Nariño aún a través de la cooperativa, las condiciones en que desarrolló su labor el señor Ortega fueron las mismas. Contestó: fueron exactamente las mismas, los mismos jefes, las mismas labores, los mismos turnos a cumplir, más o menos el mismo salario establecido, no cambió absolutamente en nada todo el tiempo en el ISS, luego a través de la E.S.E. y con la cooperativa en la que trabajó que fue una figura creada por la E.S.E para evitar el pago de las prestaciones a los trabajadores. Preguntado: manifieste al despacho, qué mecanismo de control ejerció la E.S.E Antonio Nariño con el señor Alfonso Ortega para programar y controlar los horarios de trabajo y turnos asignados. Contestó: En primer lugar, los jefes permanecían en el área de trabajo dándose cuenta de que el personal que estuviera programado para los turnos y que cumplieran las labores asignadas. Preguntado: manifieste al despacho quién asumía el pago de los valores correspondiente a salud, ARP y pensión del señor Ortega durante todo este tiempo laborado para la E.S.E Antonio Nariño. Contestó: todo el tiempo que Alfonso Ortega trabajó desde que inició el ISS era Alfonso quién pagaba su afiliación a la Seguridad Social. Preguntado: manifiesta el despacho si el señor Ortega laboró de manera continua e interrumpida durante lapso comprendido entre 1995 a octubre del 2008. Contestó: sí, fue un solo contrato de forma ininterrumpida desde junio de 1995 pasando por la escisión de junio del 2003 a la E.S.E Antonio Nariño y hasta el 14 de octubre del 2008 con la E.S.E. Antonio Nariño. Preguntado: Manifieste al despacho si recuerda los horarios que cumplía el señor Ortega en el desarrollo de sus funciones. Contestó: Alfonso Ortega igual que todo el personal de contratación civil y de planta cumplía horarios por turno de trabajo de 7 am a 1 pm, de 1 pm a 7 pm, de 7 am a 7 pm, o de 7 pm a 7 am, en algunas ocasiones cumplía Alfonso turno de 18 horas, por necesidad del servicio. Preguntado: manifieste al despacho si sabe, qué valor recibía el señor Ortega como contraprestación a su labor realizada para la E.S.E. Antonio Nariño aún durante el tiempo que lo hizo a través de la cooperativa que le fuera asignada. Contestó: Alfonso recibía un pago de salario lo que se le llamaba un salario integral aproximadamente de \$ 790.000. (...) Pregunto: manifieste si sabe y le consta si el señor Ortega mientras fue asociado a la cooperativa Consentir S.A., realizó aportes sindicales. Contestó: no, sé que no realizaba aportes sindicales y que Alfonso como el resto de las personas de contratación civil se les permitía pertenecer al sindicato. Preguntado: manifieste al despacho si usted adelanta algún proceso judicial en las mismas connotaciones de este, contra la extinta E.S.E. Antonio Nariño. Contestó: sí, adelanto demanda contra el ISS y la E.S.E Antonio Nariño, pero no de las mismas connotaciones puesto que yo pertenecía a la planta de trabajadores y mi demanda es para que la indemnización sea reliquidada de acuerdo con la convención colectiva vigente. Preguntó: sírvase manifestar al despacho con claridad, cuando usted menciona que el señor Ortega tuvo que firmar el contrato de asociado con la cooperativa, cuando él es una persona cabal de sus funciones. Contestó: sí, es cabal en todas sus funciones, inclusive como padre de familia, con hijos pequeños a los que tiene que alimentar y educar, con condiciones económicas muy deficientes, a cualquier persona en esas condiciones es muy fácil ejercerle presión y hacer que ceda a lo que se le imponga, por esta razón Alfonso y muchos de sus compañeros de contratación, se asociaron a las cooperativas pero conozco también que era la E.S.E. Antonio Nariño la que realizaba los pagos al personal de contratación civil. Preguntado: manifieste si sabe o le consta que el señor Ortega no tuvo objeción durante los cuatro años que estuvo vinculado por contrato asociativo. Contestó: no tuvo quejas ni objeciones porque eso le hubiera significado perder el puesto de trabajo. Es todo. Preguntado por el despacho: por favor dígame al despacho cómo sabe y le consta todo lo que acaba de decir en la declaración. Contestó: me consta porque viví todo el proceso como compañera de trabajo, en la misma área de trabajo, con los mismos jefes, en las mismas condiciones, además el último mes y medio de trabajo de Alfonso la cooperativa no lo pago porque la E.S.E no lo había pagado. Es todo.

2.4. Caso concreto. Análisis de la Sala.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

En primer término, sobre la vinculación con la cooperativa Consentir, se debe precisar que, respecto de la utilización de cooperativas de trabajo asociado para esconder una relación laboral, esta corporación ha señalado lo siguiente:²⁷

En la práctica, el trabajo asociado en algunos casos se ha utilizado como instrumento para escapar a la legislación laboral y así eludir las obligaciones para con los trabajadores dependientes o subordinados. Por ello, el Legislador consagró la prohibición de que las Cooperativas de Trabajo Asociado actúen como empresas de intermediación laboral, dispongan del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o terceros beneficiarios, remitan a los asociados como trabajadores en misión con la finalidad de que atiendan labores propias de un usuario o tercero beneficiario del servicio, o permitan que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes; y como consecuencia, estableció que el asociado que acuda a estas prácticas se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo. De tal manera que el tercero contratante, la Cooperativa y sus directivos serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas generadas a favor del trabajador asociado. Sin perjuicio de que queden incursas en causal de disolución y liquidación y que les sea cancelada la personería jurídica.

Por su parte, la Corte Constitucional, en la sentencia C – 855 de 2009 afirmó lo siguiente:²⁸

[...] Si por conducto de la Cooperativa de Trabajo Asociado llega a suscitarse una relación laboral de un trabajador asociado con la cooperativa, para prestarle servicios a un tercero -con elementos de subordinación, horario y remuneración propios del contrato de trabajo-, esta relación laboral prevalece sobre el acuerdo cooperativo, y en tal caso aplican todas las regulaciones laborales, incluyendo, por supuesto, la protección laboral reforzada a las mujeres embarazadas o lactantes (T-177/03, T-291/05, T-873/05, T-063/06, T-195/07, T-531/07), a las personas en estado de debilidad manifiesta (T-1219/05, T-002/06), o a los discapacitados o disminuidos físicos (T-504/08, T-962/08, T-1119/08). De comprobarse la existencia de un contrato laboral paralelo o concomitante con la relación de índole cooperativa, la Corte también ha impuesto el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con los aportes al sistema de salud (T-413/04), al sistema de riesgos profesionales (T-632/04), o incluso la muy elemental de reconocer los salarios pactados con el trabajador (T-353/08). Cuando los hechos del caso lo ameritan, la Corte ha ordenado, no a la Cooperativa, sino al tercero que se beneficia de la labor del trabajador asociado, que responda por las obligaciones laborales omitidas (T-471/08), más aún si el vínculo entre el trabajador y la cooperativa ya no pasa por la prestación de servicios a un tercero, sino que se trata de una relación laboral ordinaria entre aquel y ésta (T-900/04).

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 27 de abril de 2016, expediente 2525-2014, M. P. Gabriel Valbuena Hernández.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C – 855 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

Teniendo en cuenta esto, resulta claro que, en caso de encontrarse demostrados los elementos constitutivos de una relación laboral encubierta o subyacente, es posible condenar a quien se benefició de los servicios de los trabajadores asociados a una cooperativa, en especial cuando se advierte que el objeto de la vinculación fue desarrollar funciones misionales de la entidad beneficiaria.

Ahora, en los asuntos en los que se pretende demostrar una relación laboral encubierta o subyacente, quien demanda debe acreditar que no prestó un servicio de colaboración o coordinación en el marco de las actividades contratadas y que, por el contrario, desarrolló funciones permanentes o inherentes al objeto social de la entidad y que en el adelanto de la actividad contractual se configuraron los elementos relativos a i) la prestación personal del servicio; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador; y, iii) la remuneración como retribución.

Teniendo claro esto, para resolver la alzada se debe solucionar el siguiente interrogante.

2.4.1. ¿Se encuentra probado en el dossier que entre el señor Alfonso Ortega Meneses y la ESE Antonio Nariño existió una relación laboral encubierta que permita el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que no devengó durante el tiempo en que permaneció vinculado?

2.4.1.1. Prestación personal del servicio. En primer término, debe precisar la Sala que el apoderado del demandante manifestó en la demanda que aquel ingresó a prestar sus servicios personales a la ESE Antonio Nariño, luego de la escisión del ISS, a través de «contrato de prestación de servicios», entre el **26 de junio y el 30 de noviembre de 2003**; no obstante, en el expediente no reposan evidencias documentales que se refieran a la totalidad de ese período y que permitan establecer el tipo de relación o vinculación que surgió, ni las condiciones de modo, tiempo y lugar que se pactaron.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

Lo anterior por cuanto en el dossier no reposan los medios de prueba que acrediten la efectiva vinculación con la ESE por esos lapsos, ya sea a través de un contrato de prestación de servicios, en cuyo caso la prueba es solemne, o por intermedio de otro tipo de vinculación.

En ese orden, advierte la Sala que el único medio probatorio con suficiente entidad para acreditar la suscripción del contrato de prestación de servicios personales es el **contrato**, pues solo de la lectura de aquel se logran advertir los elementos que lo constituyen tales como los objetos contractuales, la vigencia de los encargos, las funciones encomendadas, los honorarios pactados como contraprestación del servicio prestado, la temporalidad o continuidad del vínculo, entre otros aspectos.

Al respecto, esta Subsección en reciente pronunciamiento indicó que no es posible suponer una relación contractual con el Estado con fundamento en prueba distinta a la documental contenida en los contratos. Textualmente se precisó lo siguiente:²⁹

64. En relación con el argumento expuesto por la parte demandante según el cual la relación fue continua y no existieron interrupciones, es necesario tener en cuenta que el contrato estatal por regla general es solemne. Al respecto, la doctrina ha afirmado lo siguiente:

«...Ahora bien, dada la naturaleza del contrato del Estado, este es esencialmente formalista en atención a motivos de certeza, claridad y seguridad, amén de la aplicación irrestricta de los principios de la función administrativa, entre ellos, la publicidad y la transparencia (art. 23 de la Ley 80 y 13 de la Ley 1150 de 2007), de modo que acá no opera el principio de la libertad de forma de manifestación del consentimiento para efectos de su celebración y configuración. Por ello, su nacimiento a la vida jurídica debe rodearse del cumplimiento de requisitos que, de no reunirse a cabalidad, traerían como consecuencia su inexistencia, diferencia básica con el régimen privado, en donde la autonomía de la voluntad en este aspecto tiene total aplicación, salvo que exista norma especial que exija una forma determinada, cual es el caso de la hipoteca previsto en el artículo 2434 CC, y más específicamente lo que consagra el inciso 1.º del artículo 39110] de la Ley 80 de 1993, que exige el escrito en los contratos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las leyes vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

Como consecuencia de lo anterior, en consideración a las clasificaciones legales y las elaboradas por la doctrina *iusprivatista*, se puede afirmar que el contrato estatal es de carácter i) bilateral, por cuanto las partes adquieren obligaciones que se miran

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de marzo de 2022, expediente: 5593-2018, M. P. Gabriel Valbuena Hernández.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

como recíprocas; ii) oneroso, en cuanto reporta utilidad o beneficio para ambos contratantes, gravándose uno a favor del otro; iii) conmutativo, como regla general, porque cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se entiende como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez, y iv) principalmente, solemne, ya que la manifestación de voluntad, si no se expresa bajo la forma *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus* exigida por la ley, es inexistente, es decir, se entiende que el contrato jamás ha sido creado para el mundo jurídico. Así, el contrato estatal es esencialmente formalista, a diferencia de lo que acontece en el derecho privado en donde impera, por regla general, la plena libertad de forma conforme al principio *solus consensus obligat*, en virtud del cual, con la mera aceptación de la oferta, nace el contrato a la vida jurídica. Ello significa que en el derecho administrativo la solemnidad es la regla general y absoluta para poder hablar de contrato estatal, de tal manera que acá opera el brocardico romano forma *dat esse rei*».

Adicionalmente, no se puede perder de vista que en el artículo 256 del Código General del Proceso se determinó expresamente que la falta del documento que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato no podrá suplirse por otra prueba.

Así las cosas, en el expediente no se encuentra debidamente probado el vínculo contractual que presuntamente unió a las partes entre el **26 de junio y el 30 de noviembre de 2003**, de suerte que no pueda hacerse un estudio sobre la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por el referido lapso.

Asimismo, no se puede perder de vista que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso,³⁰ los supuestos fácticos alegados por el demandante con los cuales pretendía demostrar la existencia de una relación de orden laboral, implicaba necesariamente que al proceso se trajeran todos los elementos probatorios que le generasen al fallador la certeza de lo afirmado, de tal forma que al no cumplirse con la carga probatoria que le correspondía asumir, forzoso es concluir que no se encuentran acreditados los supuestos que consolidan la existencia de una relación entre las partes.

³⁰ «**Artículo 177. Carga de la prueba.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen [...]».



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

Además, revisada la actuación procesal se observa que el apoderado de la parte demandante **desistió expresamente de la prueba de oficios solicitada** en la demanda con la que pretendía que la ESE allegara la actuación administrativa y/o hoja de vida del señor Ortega Meneses y los contratos de prestación de servicios suscritos,³¹ solicitud a la que accedió el *a quo* mediante providencia del 19 de abril de 2013.

En segundo término, **entre el 1° de diciembre de 2003 y el 14 de octubre de 2008**, según el dicho de la demanda, el actor continuó trabajando al servicio de la ESE por medio de la cooperativa de trabajo asociado **Consentir**; no obstante, la totalidad del período no se encuentra debidamente acreditada, pues en el expediente únicamente reposa copia del convenio de trabajo que se detalló en el acápite de hechos probados de esta providencia, en el cual solo se indica la fecha de inicio de la relación (1° de diciembre de 2003), pero no se establece la periodicidad de este, ni una fecha de terminación.

Así las cosas, no se tiene certeza de los extremos temporales en los que pudo ocurrir la prestación de servicios mediante la figura del convenio de trabajo, luego tampoco se puede afirmar la existencia de una relación de forma continuada.

En gracia de discusión, si bien es cierto en el expediente obra la certificación expedida por el gerente de Consentir, en la que hizo constar que el demandante prestó sus servicios a esa Cooperativa con un convenio de trabajo asociado, también lo es que del contenido de dicho documento no se puede determinar de forma fehaciente la existencia de la relación contractual o laboral, toda vez que de ella no se extraen los extremos temporales, las órdenes suscritas entre las partes en dichos períodos que sustentan la vinculación, su objeto, ni las obligaciones derivadas del contrato o convenio.

³¹ Folio 274.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

Además, en dicho documento no se indica expresamente que los servicios que desarrolló el señor Ortega Meneses hubieran sido prestados en la Clínica Rafael Uribe Uribe o para la E.S.E. Antonio Nariño.

En suma, los referidos medios de prueba no llevan a la Sala a la convicción de que entre el 1° de diciembre de 2003 y el 14 de octubre de 2008 existió una relación continuada e ininterrumpida entre el señor Ortega Meneses y la cooperativa Coosentir y mucho menos con la ESE demandada.

Teniendo en cuenta ello, en este caso, se colige la **imposibilidad** de predicar una relación laboral **continua e ininterrumpida** entre las partes. Aunado a esto, los demás medios probatorios traídos al plenario (planillas de turnos y liquidaciones de los aportes), no tienen la entidad de probar la vinculación entre el 1° de diciembre de 2003 y el 14 de octubre de 2008, y además evidencian vacíos o interrupciones considerables.

Nótese como del año 2004 solo reposan cuatro planillas de turnos correspondientes a los meses de julio a octubre; de 2005 obran 3, referentes al período comprendido entre enero y marzo de 2005; 3 de 2006, de junio, septiembre y octubre; y solo 2 de 2007, de los meses de febrero y marzo. Así las cosas, este medio probatorio, *per se*, no resulta indicativo de la continuidad o permanencia de la presunta relación laboral encubierta que se reclama.

Por consiguiente, esa falta de continuidad que demuestran las pruebas no le permite determinar a la Sala si en este caso en efecto la ESE Antonio Nariño utilizó indebidamente la figura de la adquisición de servicios a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado en los términos de la Ley 79 de 1988 y el Decreto 4588 de 2006.³²

2.4.1.2. Remuneración. En el dossier reposan algunos formatos de liquidación de los valores pagados al demandante como compensación al trabajo prestado a la

³² Véase la sentencia del 9 de junio de 2022, exp. 11001-03-25-000-2016-00263-00 (1488-2016), tema tercerización laboral.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

Cooperativa Consentir C.T.A., esto es, los expedidos en los meses de enero, marzo, septiembre, octubre y diciembre de 2004; enero a diciembre de 2005; abril, mayo, junio, agosto, septiembre y octubre de 2006; enero, noviembre y diciembre de 2007; y enero, febrero, mayo y junio de 2008.

Adicionalmente, al revisar con detenimiento el contenido de dichos formatos de pago de las compensaciones de los meses que se enunciaron, en la mayoría de estos no se indica expresamente que los servicios que se estaban retribuyendo hubieran sido prestados a la ESE Antonio Nariño.

Dicha circunstancia refuerza la argumentación expuesta en el numeral anterior, pues, en efecto, no se tiene certeza de que la labor desempeñada por el actor se diera de manera ininterrumpida entre el 1° de diciembre de 2003 y el 14 de octubre de 2008, ya que la remuneración no fue percibida de forma continua, salvo en el año 2005, y en todo caso, tampoco demuestran la alegada prestación de servicios a la ESE Antonio Nariño.

De suerte que, en la sentencia de primera instancia, el Tribunal hubiera resuelto «reconocer la presunta relación laboral por los períodos debidamente probados con los formatos de liquidación de los valores pagados como compensación, por cuanto no le está dado al juez presumir que se trabajaron lapsos sobre los cuales no se encuentra acreditada la retribución».

Esa indeterminación en los pagos, a juicio de la Sala, deja en evidencia, precisamente, la falta de certeza frente a la continuidad del vínculo que unió a la Cooperativa y al demandante, que redundo, sin lugar a duda, con la posibilidad de declarar la relación que hubiera logrado surgir entre este último y la ESE demandada.

2.4.1.3. Subordinación continuada. Al no estar acreditada en debida forma la vinculación con la entidad demandada carece de objeto realizar el estudio de este elemento, propio de las relaciones laborales.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

Sin embargo, y en gracia de discusión, la Sala advierte que las aseveraciones de los testigos no pueden considerarse por sí solas como demostrativas de la existencia de una relación en condición de subordinación y dependencia continuada, pues en todo caso, debían ser valoradas con otros elementos probatorios para concluir de manera fehaciente que la prestación del servicio no fue autónoma e independiente, y que se dio de forma continuada.

Adicionalmente, las declaraciones de los señores Francisco Andrés Chávez Méndez y Luis Gerardo Carrillo Rodríguez no dan cuenta de los hechos o circunstancias que pudieron ocurrir durante la totalidad del período reclamado, por cuanto, el primero, manifestó que le constaba todo lo señalado en el testimonio porque se comunicaba con el demandante y estuvieron charlando, luego se infiere que no conoció de forma directa la relación que surgió a raíz de la vinculación con la cooperativa de trabajo y con la empresa accionada, ya que el testigo estuvo vinculado con el ISS, no con la ESE; y, el segundo; indicó expresamente que trabajó únicamente un mes con la ESE Antonio Nariño mientras que el actor presuntamente prestó servicios por más de 4 años.

Así, del escaso acervo probatorio allegado al plenario no es posible establecer con total certeza i) la vinculación por medio de contratos de prestación de servicios con la E.S.E. Antonio Nariño y; ii) los extremos temporales en los que se desarrolló el convenio de trabajo suscrito entre el señor Ortega Meneses con la Cooperativa Consentir, ni que este se hubiera cumplido de manera continua para prestar servicios al interior de la mentada ESE; y iii) que existiera subordinación continuada y/o permanencia del servicio. Lo anterior, constituye razón suficiente para estimar que lo pretendido en la demanda no encuentra asidero o respaldo en las pruebas que obran en el proceso, por lo que la sentencia de primera instancia deberá ser revocada.

De acuerdo con lo anterior, para la Sala resulta innecesario estudiar el segundo problema jurídico propuesto, relacionado con la legitimidad del Ministerio de Salud y de la Protección Social para asumir las condenas en aquellos casos en los que se



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

demuestre que la E.S.E. tuvo una relación laboral encubierta con uno de sus contratistas.

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 las pretensiones de la demanda deben despacharse desfavorablemente, toda vez que la parte demandante no logró demostrar efectivamente la vinculación contractual con la ESE Antonio Nariño ni con la Cooperativa Consentir, así como los elementos de una relación laboral. En ese orden, se revocará la decisión de instancia.

La Sala no condenará en costas a las partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del CCA, comoquiera que no se evidenció una conducta encaminada a obstruir el presente trámite.

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 20 de septiembre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso instaurado por el señor Alfonso Ortega Meneses en contra de la E.S.E. Antonio Nariño. En consecuencia, se dispone:

Segundo.- Negar las pretensiones de la demanda interpuesta, por las razones explicadas en la parte considerativa de esta providencia.



Radicado: 76001-23-31-000-2011-00821-01 (2143-18)
Demandante: Alfonso Ortega Meneses

Tercero.- No condenar en costas de segunda instancia.

En firme esta providencia, devolver el expediente al Tribunal de origen, previo a realizar las anotaciones correspondientes en el sistema SAMAI.

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.