



## Sentencia 2016-00304 de 2021 Consejo de Estado

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Objeto / DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Configuración / PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS PACTADAS

El contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no pueden asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual. (...). El contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el Artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 32 / DECRETO 2400 DE 1968 - ARTÍCULO 2 / DECRETO LEY 1045 DE 1978 - ARTÍCULO 20 / LEY 995 DE 2005

CONTRATO REALIDAD / RELACIÓN LABORAL - Elementos / AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES - Labor subordinada / PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS - Configuración / RECONOCIMIENTO DEL CONTRATO REALIDAD - Procedencia / RECONOCIMIENTO DEL CONTRATO REALIDAD - No le atribuye al contratista la calidad de empleado público

Se encuentra demostrado con la copia de los contratos de prestación de servicios y las demás pruebas recaudadas (documentos y testimonios), la existencia de los elementos de la relación laboral, por un lado, (i) la prestación personal del servicio, por cuanto efectivamente la accionante fue contratada por la ESE Hospital Psiquiátrico San Camilo para desempeñarse como auxiliar de servicios generales, aseo y cocina, según el objeto contractual ya relatado, lo que implica que fue quien prestó el servicio; por otro, (ii) la remuneración por el trabajo cumplido, comoquiera que en dichos contratos de prestación de servicios se estipuló un «Valor y forma de pago» con cargo a los recursos presupuestales de la entidad, es decir, la suma de dinero que tenía derecho a recibir y la modalidad del pago, lo que se entiende como la remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios o salario), que le era pagada de manera mensual, según la suma acordada. Sin embargo, cabe anotar que, pese a que no se aportó prueba de los pagos recibidos, la accionada no lo controvertió ni se opuso a ello, razón por la cual ha de entenderse que sí los efectuó, al cumplir sus obligaciones contractuales. (...). Valoradas las pruebas en su conjunto, se colige que, si bien la reclamante se vinculó a la dirección de sanidad para laborar en la ESE Hospital Psiquiátrico San Camilo a través de sucesivos contratos de prestación de servicios, se desdibujaron las características propias de este tipo de vínculos, circunstancia que originó una relación laboral distinguida por la permanencia y continuidad en su ejecución y la correspondiente subordinación, la que además se extendió por más de 6 años. Así las cosas, al asunto le es aplicable el principio de «la primacía de la realidad sobre formalidades», pues es indudable que la demandante se encontraba en las mismas condiciones de otros empleados públicos de la planta de personal de la entidad, toda vez que desempeñaba personalmente la labor en un cargo que revestía las características de permanente y necesario para su funcionamiento, motivo por el cual estaba sujeta a subordinación y dependencia, tal como lo determinó el a quo. (...). Pese a que se encuentran probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), destaca la Sala que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, puesto que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el Artículo 122 superior.

RECONOCIMIENTO DEL CONTRATO REALIDAD / PRESCRIPCIÓN TRIENAL - Inoperancia

En lo atañedor a la no configuración del fenómeno jurídico-procesal de la prescripción, se tiene que como en este caso la prestación del servicio de la accionante para todos los efectos ha de entenderse ininterrumpida desde el 7 de octubre de 2008 hasta el 28 de febrero de 2014, en aplicación de la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016 que, entre otras, fijó la regla de que «[q]uien 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», es dable concluir que entre la finalización del último vínculo contractual (28 de febrero de 2014) y el 15 de octubre de 2015, cuando ella presentó la petición en sede administrativa, no trascurrieron más de 3 años, por lo tanto, no se encuentra configurado el mencionado fenómeno extintivo, como lo concluyó el a quo.

RECONOCIMIENTO DEL CONTRATO REALIDAD / COMPENSACIÓN DE VACACIONES - Procedencia / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - No incluye primas extralegales / PRIMAS EXTRALEGALES - Solo para los empleados públicos

Al haber declarado la existencia de una relación laboral entre la supuesta contratista y la Administración, correspondería compensarle a la primera el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria, pero comoquiera que el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, debería compensársele con dinero tal garantía en los términos del aludido Artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005. (...). A la demandante le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales de carácter legal que devenga, en este caso, un auxiliar de servicios generales de la ESE Hospital Psiquiátrico San Camilo, tales como 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.

RECONOCIMIENTO DEL CONTRATO REALIDAD / DEVOLUCIÓN AL CONTRATISTA DEL PORCENTAJE DE COTIZACIÓN AL SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL - Improcedencia / APORTES A SEGURIDAD SOCIAL - No constituyen un crédito a favor del interesado

En lo referente a la devolución de los aportes efectuados por la demandante a pensión, salud y riesgos profesionales, lo cierto es que, en criterio de la sala mayoritaria, esos recursos del sistema integral de seguridad social son de obligatorio pago y recaudo para fines específicos y no constituyen un crédito a favor del contratista, por lo tanto, no es dable que se le sufraguen directamente al interesado. En consecuencia, resulta improcedente que se disponga el reembolso por los mencionados conceptos en la forma solicitada por la demandante, sino que únicamente se ordenará consignar los correspondientes al fondo de pensiones, motivo por el que la sentencia apelada será adicionada en ese aspecto.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00304-01(4683-18)

Actor: GLORIA RUIZ SANTAMARÍA

Demandado: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO (ESE) HOSPITAL PSIQUIÁTRICO SAN CAMILO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la accionada contra la sentencia de 11 de abril de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

## I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control (ff. 89 a 96). La señora Gloria Ruiz Santamaría, mediante apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al Artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Empresa Social del Estado (ESE) Hospital Psiquiátrico San Camilo, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad del «[...] acto administrativo número 2015-784 proferido el [...] 15 de octubre del [...] 2015, por medio del cual la E.S.E. Hospital Psiquiátrico San Camilo negó la existencia de un vínculo laboral [...]» con la actora.

A título de restablecimiento del derecho, se condene al pago de (i) «[...] todas y cada una de las prestaciones sociales con los factores salariales y bonificaciones desde el [...] 7 de octubre del [...] 2008 hasta el [...] 28 de febrero del [...] 2014, en igualdad de condiciones a las que tiene un empleado público vinculado legal y reglamentariamente con la E.S.E. Hospital Psiquiátrico San Camilo como auxiliar de servicios generales que cumplía con las mismas funciones que desempeñó [...]» la demandante; (ii) «[...] diferencia salarial resultante entre los honorarios recibidos [...] y el salario correspondiente a un empleado público vinculado legal y reglamentariamente con la E.S.E. [...] como auxiliar de servicios generales que cumpla con las mismas funciones [...]»; (iii) «[...] de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones [...]»; (iv) «[...] las cuotas partes que debió asumir la E.S.E. [...] en los aportes que realizó [...] al sistema general de seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales [...]»; (v) «[...] un salario por cada día de retardo en el pago de las prestaciones sociales con los factores salariales y bonificaciones desde el [...] 01 de marzo del [...] 2014 hasta el día en que se verifique el pago de estos»; (vi) «[...] las estampillas que [...] canceló con destino a la E.S.E. [...] en la [g]obernación de Santander [...] para celebrar [...] [los] contratos de prestación de servicios». Todo lo anterior debidamente indexado, junto con la condena en costas.

1.3 Fundamentos fácticos. Relata la actora que «[...] desde el [...] 7 de octubre del [...] 2008 hasta el [...] 03 de febrero del [...] 2014 celebró con la E.S.E. Hospital Psiquiátrico San Camilo, [...] contratos [...] y órdenes de prestación de servicios», para el «[...] desempeño [de] funciones [en] forma continua e ininterrumpida de servicios generales de aseo en las áreas de [...] hombres, [...] mujeres, [...] inimputables, clínica, útil, almacén, en área de programa infantil y en el área de cocina sirviendo almuerzos y llevándolos a los pacientes del hospital»; «[...] recibió órdenes[,] instrucciones[,] directrices y condiciones de manera permanente y continua en el desarrollo de su trabajo por parte de sus superiores jerárquicos [...]»; «[...] cumplió un horario de lunes a sábado de siete de la mañana a cuatro y media de la tarde, en ocasiones trabajó el domingo y los días festivos» y «[d]urante todo el tiempo [...] [la] entidad le suministró todos los elementos para prestar su servicio en actividades de servicios generales y [...] de cocina como: jabones, traperos, ollas y demás».

Que «[l]a E.S.E. [...] en su plan de cargos y asignaciones tiene creado el [...] de auxiliar de servicios generales grado 11 código 470, con las funciones de contribuir al procesamiento de alimentos, procesar y distribuir dietas, realizar labores de aseo de las áreas y utensilios durante los procesos, asistir y participar a las reuniones programadas, distribuir y servir las comidas en los diferentes servicios de hospitalización [y] portar el uniforme adecuado para cada labor[,] entre otras».

Dice que el 15 de octubre de 2015 solicitó de la entidad accionada el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, negado con el acto acusado.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por el acto administrativo demandado los Artículos 13, 25, 53, 58 y 93 de la Constitución Política; 2 de la «Ley» (sic) 2400 de 1968; 32 de la Ley 80 de 1993; 17 de la Ley 790 de 2002 y 21 de la Ley 909 de 2004, así como el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Asevera que la entidad accionada desconoce la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>1</sup>, y con ello la primacía de la realidad sobre las formas, pues desdibujó la verdadera relación contractual al pactar por medio de contratos de prestación de servicios, la ejecución permanente de las mismas funciones que desempeñaba un empleado de planta.

1.5 Contestación de la demanda (ff. 111 a 117). El ente demandado, por intermedio de apoderado, se opuso a la prosperidad de las súplicas del libelo introductorio; respecto de los hechos afirmó que unos son ciertos, otros parcialmente y los demás no le constan, por lo que deben probarse; y formuló las excepciones denominadas inexistencia de la relación laboral, imposibilidad de hecho y de derecho, ausencia de normatividad, carácter especial de las empresas sociales del Estado y las excepciones al régimen contractual y laboral administrativo, prescripción y compensación.

Asevera que «[...] los contratos se suscribieron de acuerdo a la NECESIDAD DEL SERVICIO y teniendo en cuenta la sostenibilidad financiera que permita la ejecución de lo pactado en términos de brindar una atención óptima en salud a los pacientes que ingresan a las instalaciones de la entidad hospitalaria y propender por un mejoramiento del estado físico y de salud en la población» (sic).

Que «[...] los contratos establecen la autonomía, autogestión y autodeterminación de [la] contratista, para la ejecución de las actividades contratadas, no estando sometid[a] a subordinación laboral y sus derechos se limitarán, de acuerdo con la naturaleza del contrato, a exigir el cumplimiento de las obligaciones de la E.S.E. HOSPITAL PSIQUIÁTRICO SAN CAMILO y al pago por la ejecución del mismo, en aplicación de lo previsto en el Artículo 1602 del Código Civil» (sic).

1.6 La providencia apelada (ff. 343 a 351). El Tribunal Administrativo de Santander, en sentencia de 11 de abril de 2018, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda (con condena en costas), al considerar que «[...] si bien las funciones desarrolladas por la demandante en calidad de contratista, no son inherentes directamente al objeto [m]isional de la E.S.E. HOSPITAL PSIQUIÁTRICO SAN CAMILO, como es prestar servicios de salud, las mismas s[í] contribuyen al cumplimiento de dicho objeto o fin misional, toda vez que [...] [aquella] desarrollaba funciones de preparación de alimentos, el suministro de dietas y el mantenimiento y aseo de las áreas donde se encontraban los pacientes. También se puede concluir, que se trata de funciones permanentes, pues si se revisan cada uno de los contratos, desde el 7 de octubre de 2008 [hasta el] 28 de febrero de 2014, el objeto contratado requiere continuidad y permanencia en su desarrollo, esto sin contar que los mismos fueron continuos e ininterrumpidos» (sic).

Que «[...] en cuanto a las condiciones en que la demandante desarrollaba sus labores como AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES Y AYUDANTE DE SERVICIOS GENERALES, se recibieron [...] declaraciones [...] [de] quienes son coincidentes en señalar que los contratistas cumplían el mismo horario que el personal de planta, que existía un cargo de [a]uxiliar de [s]ervicios [g]enerales, quien desempeñaba funciones similares a los contratistas ayudantes de servicios [g]enerales. Que la contratista no tenía autonomía para desarrollar sus labores, debía ejecutarlas dentro del horario establecido. Que los elementos con los que desarrollaba la labor la demandante, eran suministrados por la entidad».

Sostiene que «[...] no es equivocado inferir que un contrato que se hace violando las disposiciones, en forma tal que no cumple con los requisitos legales, puede ser meramente formal y el vehículo para ocultar una verdadera relación laboral»; por lo tanto, se «[...] encuentra[n] demostrados los elementos constitutivos de una verdadera relación laboral, pues tenemos que se probó la existencia del vínculo contractual, que prestó sus servicios de manera personal, que aquella prestación fue remunerada por la entidad, según los documentos que obran en el expediente, y que existió [s]ubordinación [...]».

En lo atañedor al fenómeno jurídico-procesal de la prescripción, precisa que «[...] los contratos fueron sucesivos e ininterrumpidos hasta el 28 de febrero de 2014, lo que significa que es a partir de ésta [sic] última fecha que se cuentan los tres (3) años para presentar la reclamación, es decir hasta el 28 de febrero de 2017. En el presente caso la petición fue presentada el 15 de octubre de 2015, por lo tanto en [este] [...] caso no opera [...]».

En consecuencia, declaró la nulidad del oficio 2015-784 de 15 de octubre de 2015 y, a título de restablecimiento del derecho, únicamente ordenó a la accionada pagar «[...] las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral reconocida en esta sentencia, por el período comprendido [desde el] 7 de octubre de 2008 [hasta el] 28 de febrero de 2014, conforme a los contratos que obran en el expediente, salvo los cortes períodos de tiempo de interrupciones [...]».

1.7 El recurso de apelación (ff. 356 a 365). Inconforme con la anterior sentencia, la accionada, mediante apoderado, interpuso recurso de apelación, al estimar que «[d] contenido de los testimonios y de las pruebas aportadas, no se logró demostrar la SUBORDINACIÓN, como el elemento principal, de los tres [...] esenciales, que generaría la supuesta relación laboral, la cual no se demostró [...]» (sic).

Que «[...] no existió relación laboral alguna, si se tiene en cuenta que [la actora] [...] contaba con la completa autonomía e independencia para desarrollar las actividades para la[s] cuales fue contratada, siendo las actividades realizadas, en virtud de lo estrictamente concertado y establecido en la minuta contractual; así mismo, no cumplía horario, toda vez que no existe dicha estipulación en los contratos [...] suscritos [...] sino que se coordinaba la ejecución del objeto contractual, según las necesidades del lugar en el que ejecutaba las actividades, y los honorarios cancelados [...] son consecuencia del valor pactado dentro del contrato como contraprestación por los servicios prestados [...] y tampoco se configura la prestación del servicio *intuitu personae*, porque las actividades asignadas [...] podían ser desarrolladas por otra persona [...]».

## II. TRÁMITE PROCESAL.

El recurso de apelación fue concedido mediante proveído de 11 de julio de 2018 (f. 370) y admitido por esta Corporación a través de auto de 13 de noviembre de 2019 (f. 375), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los Artículos 198 (numeral 3) y 201 del CPACA.

2.1 Alegatos de conclusión. Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, con providencia de 8 de julio de 2020 (f. 381), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por las primeras para reiterar sus argumentos de demanda, defensa y apelación<sup>2</sup>.

## III. CONSIDERACIONES.

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del Artículo 150 del CPACA a esta Corporación le corresponde conocer del presente litigio, en segunda instancia.

3.2 Problema jurídico. De acuerdo con el recurso de apelación, corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si a la demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar de la ESE Hospital Psiquiátrico San Camilo el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales no devengadas durante el tiempo que permaneció vinculada como auxiliar de servicios generales, aseo y cocina, en aplicación del principio de «*primacía de la realidad sobre formalidades*»; o por el contrario, si los contratos de prestación de servicios que celebró con dicha entidad se ajustan a la normativa legal vigente, por cuanto no se configuraron los elementos de subordinación y continua dependencia que alega, propios de una relación laboral.

3.3 Marco jurídico. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

En principio, cabe precisar que respecto de los contratos estatales de prestación de servicios, la Ley 80 de 1993, en su Artículo 32 (numeral 3), dispone:

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 general relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Posteriormente, este Artículo fue modificado por los Decretos 165 de 1997, 2209 de 1998 y 2170 de 2002, que precisaron «*solo se realizarán para fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar*».

Es decir, que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no pueden asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

Por su parte, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de las expresiones «no puedan realizarse con personal de planta o» y «en ningún caso [...] general relación laboral ni prestaciones sociales», contenidas en el precitado numeral 3 del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en sentencia C-154 de 1997<sup>3</sup>, precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, así:

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

Ahora bien, el Artículo 2 del Decreto 2400 de 1968<sup>4</sup>, «[p]or el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil [...]», dispone:

Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.

La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009, al señalar la permanencia, entre otros criterios, como un elemento más que indica la existencia de una relación laboral. Frente al tema, expuso:

La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no

hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el Artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado «*contrato realidad*» aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales<sup>5</sup>.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda<sup>6</sup> recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto *sub examine*.

3.4 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) La accionante prestó sus servicios como auxiliar de servicios generales, aseo y cocina en la ESE Hospital Psiquiátrico San Camilo en virtud de los siguientes contratos de prestación de servicios:

Contrato de prestación de servicios	Inicio	Finalización	Folios
683	07/10/2008	30/10/2008	131
Interrupción de 1 día hábil			
807	01/11/2008	30/11/2008	3
938	01/12/2008	31/12/2008	4
121	02/01/2009 <sup>7</sup>	30/01/2009	5
257	02/02/2009 <sup>8</sup>	28/02/2009	6
330	02/03/2009 <sup>9</sup>	31/03/2009	7
434	01/04/2009	30/04/2009	8
567	01/05/2009	31/05/2009	9
692	01/06/2009	30/06/2009	10

825	01/07/2009	31/07/2009	11
959	01/08/2009	31/08/2009	12
1186	01/09/2009	30/09/2009	13
1373	01/10/2009	31/10/2009	14
1468	01/11/2009	30/11/2009	15
Interrupción de 1 día hábil			
1635	02/12/2009	31/12/2009	16
73	04/01/2010 <sup>10</sup>	31/01/2010	17
203	01/02/2010	31/05/2010	18
Adición al contrato 203	01/06/2010	30/06/2010	301
716	01/07/2010	31/07/2010	19
844	01/08/2010	31/08/2010	20
1057	01/09/2010	30/09/2010	21
1141	01/10/2010	31/10/2010	22
1288	01/11/2010	30/11/2010	23
1449	01/12/2010	30/12/2010	24
Interrupción de 1 día hábil <sup>11</sup>			
99	03/01/2011	31/01/2011	25
Interrupción de 2 días hábiles			
246	03/02/2011	28/02/2011	26
389	01/03/2011	31/03/2011	27
539	01/04/2011	30/04/2011	28
688	01/05/2011	31/05/2011	28A
792	01/06/2011	30/06/2011	29
950	01/07/2011	31/10/2011	30
1304	01/11/2011	30/11/2011	31
1541	01/12/2011	31/12/2011	32
60	02/01/2012	31/03/2012	33
Adición al contrato 60	01/04/2012	30/04/2012	34
389	02/05/2012	31/05/2012	35

516	01/06/2012	30/06/2012	36
636	01/07/2012	31/07/2012	37
826	01/08/2012	31/08/2012	38
986	03/09/2012 <sup>12</sup>	30/09/2012	303
1115	01/10/2012	31/10/2012	39
1236	01/11/2012	31/12/2012	40
80	02/01/2013	31/01/2013	41
167	01/02/2013	28/02/2013	42
380	01/03/2013	31/03/2013	47
501	01/04/2013	30/04/2013	44
590	02/05/2013	02/06/2013	45
640	04/06/2013	30/06/2013	46
686	02/07/2013 <sup>13</sup>	31/07/2013	47
795	01/08/2013	31/08/2013	48
940-13	02/09/2013	30/09/2013	49
1090-13	01/10/2013	31/10/2013	50
1218-13	01/11/2013	30/11/2013	51
1420-13	02/12/2013 <sup>14</sup>	31/12/2013	52
126-14	02/01/2014	02/02/2014	53
152-14	03/02/2014	28/02/2014	54

b) Los anteriores interregnos se encuentran soportados en la certificación expedida el 29 de junio de 2017 por el jefe de talento humano de la demandada (ff. 301 a 315).

c) En los folios 67 a 73 obra la relación de los valores deducidos a los contratos suscritos entre las partes, durante todo el vínculo contractual.

d) Oficio de 28 de octubre de 2015 (ff. 75 y 76), dictado por el jefe de la oficina jurídica de la entidad demandada, en el que indica la existencia en la planta de personal del cargo de auxiliar de servicios generales, grado 11, código 470, lo que se corrobora con el manual de funciones visible en los folios 129 y 130 y la certificación de 30 de junio de 2017, del jefe de talento humano de dicha institución (f. 300).

e) El 15 de octubre de 2015 (ff. 60 a 65), la accionante solicitó del jefe de personal de la entidad demandada el reconocimiento de una relación laboral, debido a su desempeño como auxiliar de servicios generales, aseo y cocina, negado con el acto acusado (f. 74).

f) Dentro de este proceso judicial se recaudaron los testimonios de los señores María Helena Blanco Ochoa, Ana del Carmen Toro Ortega y Pedro Pablo Giraldo, que relataron circunstancias referentes a la prestación de servicios de la actora como auxiliar de servicios generales, aseo y

cocina del referido Hospital (ff. 316 y 317).

De las pruebas relacionadas en el acápite anterior, se tiene que la demandante prestó de manera personal e ininterrumpida sus servicios como auxiliar de servicios generales, aseo y cocina de la ESE Hospital Psiquiátrico San Camilo desde el 7 de octubre de 2008 hasta el 28 de febrero de 2014, vinculada a través de contratos de prestación de servicios, durante los siguientes períodos:

Contrato de prestación de servicios	Inicio	Finalización
683	07/10/2008	30/10/2008
Interrupción de 1 día hábil		
807	01/11/2008	30/11/2008
938	01/12/2008	31/12/2008
121	02/01/2009	30/01/2009
257	02/01/2009	28/02/2009
330	02/03/2009	31/03/2009
434	01/04/2009	30/04/2009
567	01/05/2009	31/05/2009
692	01/06/2009	30/06/2009
825	01/07/2009	31/07/2009
959	01/08/2009	31/08/2009
1186	01/09/2009	30/09/2009
1373	01/10/2009	31/10/2009
1468	01/11/2009	30/11/2009
Interrupción de 1 día hábil		
1635	02/12/2009	31/12/2009
73	04/01/2010	31/01/2010
203	01/02/2010	31/05/2010
Adición al contrato 203	01/06/2010	30/06/2010
716	01/07/2010	31/07/2010
844	01/08/2010	31/08/2010
1057	01/09/2010	30/09/2010
1141	01/10/2010	31/10/2010
1288	01/11/2010	30/11/2010
1449	01/12/2010	30/12/2010
Interrupción de 1 día hábil		
99	03/01/2011	31/01/2011

Interrupción de 2 días hábiles

246	03/02/2011	28/02/2011
389	01/03/2011	31/03/2011
539	01/04/2011	30/04/2011
688	01/05/2011	31/05/2011
792	01/06/2011	30/06/2011
950	01/07/2011	31/10/2011
1304	01/11/2011	30/11/2011
1541	01/12/2011	31/12/2011
60	02/01/2012	31/03/2012
Adición al contrato 60	01/04/2012	30/04/2012
389	02/05/2012	31/05/2012
516	01/06/2012	30/06/2012
636	01/07/2012	31/07/2012
826	01/08/2012	31/08/2012
986	03/02/2009	30/09/2012
1115	01/10/2012	31/10/2012
1236	01/11/2012	31/12/2012
80	02/01/2013	31/01/2013
167	01/02/2013	28/02/2013
380	01/03/2013	31/03/2013
501	01/04/2013	30/04/2013
590	02/05/2013	02/06/2013
640	04/06/2013	30/06/2013
686	02/07/2013	31/07/2013
795	01/08/2013	31/08/2013
940-13	02/09/2013	30/09/2013
1090-13	01/10/2013	31/10/2013
1218-13	01/11/2013	30/11/2013
1420-13	02/12/2013	31/12/2013
126-14	02/01/2014	02/02/2014
152-14	03/02/2014	28/02/2014

También se encuentra acreditado que el 15 de octubre de 2015 la accionante solicitó de la ESE Hospital Psiquiátrico San Camilo el

reconocimiento de la existencia de una relación laboral, debido a su desempeño como auxiliar de servicios generales, aseo y cocina, negado con el acto demandado.

Sobre la configuración del contrato realidad, resulta oportuno precisar que, de acuerdo con los precitados contratos de prestación de servicios, su objeto fue «[...] prestar los [...] *SERVICIOS GENERALES inherentes a los procesos de mantenimiento, aseo, orden y presentación de todas las áreas del Hospital que le sean asignadas; al igual del procesamiento de alimentos en la [u]nidad de [n]utrición cuando se le asignen dichas actividades (preparación, antes, durante y después de cada proceso, servida de comidas normales y dietas especiales. Realizar almacenamiento, refrigeración de los productos en las bodegas, despensas, cuartos fríos, cocinar y porcionar las carnes, preparación de todas las clases de frutas, verduras y vegetales para los jugos y ensaladas) así como también coordinar y observar el cumplimiento de todas las normas de aseo y manejo de desechos [...]*» (sic).

De igual modo, se encuentra demostrado con la copia de los contratos de prestación de servicios y las demás pruebas recaudadas (documentos y testimonios), la existencia de los elementos de la relación laboral, por un lado, (i) la prestación personal del servicio, por cuanto efectivamente la accionante fue contratada por la ESE Hospital Psiquiátrico San Camilo para desempeñarse como auxiliar de servicios generales, aseo y cocina, según el objeto contractual ya relatado, lo que implica que fue quien prestó el servicio; por otro, (ii) la remuneración por el trabajo cumplido, comoquiera que en dichos contratos de prestación de servicios se estipuló un «*Valor y forma de pago*» con cargo a los recursos presupuestales de la entidad, es decir, la suma de dinero que tenía derecho a recibir y la modalidad del pago, lo que se entiende como la remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios o salario), que le era pagada de manera mensual, según la suma acordada. Sin embargo, cabe anotar que, pese a que no se aportó prueba de los pagos recibidos, la accionada no lo controvertió ni se opuso a ello, razón por la cual ha de entenderse que sí los efectuó, al cumplir sus obligaciones contractuales.

En lo concerniente a (iii) la subordinación, como último elemento de la relación laboral, que comporta el argumento principal de la alzada, resulta procedente examinar la naturaleza de las funciones desempeñadas por la actora en el ente demandado y su verdadero alcance, con el fin de establecer si existió o no.

Lo primero que ha de precisarse es que la ESE Hospital Psiquiátrico San Camilo tiene como objetivo la «[...] *prestación de servicios de salud, entendidos como un servicio público a cargo del Estado [...]* [con] *acciones de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación de salud, acordes con su nivel de complejidad*», por lo que las funciones desempeñadas por la accionante (servicios generales) son complementarias a la materialización de ese propósito, y no fueron temporales, sino permanentes y directamente relacionadas con la misión de la entidad.

Se aclara 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, sin embargo, en armonía con las condiciones necesarias impuestas por su contraparte, respecto de las cuales esta ejerce control, seguimiento y vigilancia al pacto suscrito.

Diferente es 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.

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

En efecto, no le asiste razón a la apelante frente al argumento de que existía una coordinación para el adecuado cumplimiento de los contratos suscritos, puesto que de las declaraciones recaudadas no existe duda sobre la inexistencia en la distinción entre el personal de planta y los contratistas, con cumplimiento de idénticas funciones y disparidad en pagos y horarios de turnos, por lo que, igualmente, se descarta la

afirmación de no configuración de los elementos propios de la relación laboral (subordinación, prestación personal y remuneración), cuanto más si los referidos testimonios merecen credibilidad, toda vez que relatan la manera como la demandante ejecutó los servicios para los cuales fue contratada, y en conjunto con los contratos obrantes en el expediente, permiten evidenciar la concurrencia de dichos elementos; pero, sobre todo, que prestó la labor en forma subordinada y dependiente respecto del empleador, sujeta a órdenes al interior de la entidad.

Por lo tanto, valoradas las pruebas en su conjunto, se colige que si bien la reclamante se vinculó a la dirección de sanidad para laborar en la ESE Hospital Psiquiátrico San Camilo a través de sucesivos contratos de prestación de servicios, se desdibujaron las características propias de este tipo de vínculos, circunstancia que originó una relación laboral distinguida por la permanencia y continuidad en su ejecución y la correspondiente subordinación, la que además se extendió por más de 6 años.

Así las cosas, al asunto le es aplicable el principio de «*la primacía de la realidad sobre formalidades*», pues es indudable que la demandante se encontraba en las mismas condiciones de otros empleados públicos de la planta de personal de la entidad, toda vez que desempeñaba personalmente la labor en un cargo que revestía las características de permanente y necesario para su funcionamiento, motivo por el cual estaba sujeta a subordinación y dependencia, tal como lo determinó el *a quo*.

La jurisprudencia de esta sección ha sostenido que cuando el objeto del contrato versa sobre el desempeño de funciones de carácter permanente y en el proceso se demuestra que hubo subordinación o dependencia respecto del empleador, surge el derecho al pago de prestaciones<sup>15</sup>, porque de lo contrario se afectan los derechos del trabajador.

No obstante, pese a que se encuentran probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), destaca la Sala que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, puesto que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el Artículo 122 superior<sup>16</sup>.

En lo atañedor a la no configuración del fenómeno jurídico-procesal de la prescripción, se tiene que como en este caso la prestación del servicio de la accionante para todos los efectos ha de entenderse ininterrumpida desde el 7 de octubre de 2008 hasta el 28 de febrero de 2014<sup>17</sup>, en aplicación de la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016<sup>18</sup> que, entre otras, fijó la regla de que «*[q]uien 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*», es dable concluir que entre la finalización del último vínculo contractual (28 de febrero de 2014) y el 15 de octubre de 2015, cuando ella presentó la petición en sede administrativa, no trascurrieron más de 3 años<sup>19</sup>, por lo tanto, no se encuentra configurado el mencionado fenómeno extintivo, como lo concluyó el *a quo*.

Por otra parte, el Tribunal de instancia no se pronunció sobre las prestaciones sociales pagaderas a la actora y, por ende, procede la Sala realizar las siguientes precisiones acerca de las deprecadas por aquella.

Sobre las vacaciones, esta subsección, en sentencia de 29 de abril de 2010, al resolver un caso de «*contrato realidad*», sostuvo que no tiene «*[...] la connotación de prestación salarial porque [es] un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios*»<sup>20</sup>, no obstante, en pronunciamiento de 21 de enero de 2016<sup>21</sup>, asumió un entendimiento diferente de aquellas, cuando dijo:

Dentro de nuestra legislación, las vacaciones están concebidas como prestación social y como una situación administrativa, la cual consiste en el reconocimiento en tiempo libre y en dinero a que tiene derecho todo empleado público o trabajador oficial por haberle servido a la administración durante un año y el monto de las mismas se liquidará con el salario devengado al momento de salir a disfrutarlas.

Por tanto, resulta menester precisar, en consonancia con este último criterio, que las vacaciones comportan una prestación social y son un derecho de los trabajadores, derivado del principio de garantía de descanso previsto por el Artículo 53 de la Constitución Política, consistente en la concesión de 15 días no laborables remunerados<sup>22</sup>, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978<sup>23</sup>, que dispone:

ARTÍCULO 20.- De la compensación de vacaciones en dinero. Las vacaciones solo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:

- a) Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual solo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año;
- b) Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016<sup>24</sup>, la sección segunda de esta Corporación determinó, entre otras reglas, 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».

Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre la supuesta contratista y la Administración, correspondería compensarle a la primera el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria, pero comoquiera que el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, debería compensársele con dinero tal garantía en los términos del aludido Artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005<sup>25</sup>.

Frente al reconocimiento de las primas y las cesantías, cabe destacar que esta Sala, en sentencia de 4 de febrero de 2016<sup>26</sup>, precisó que «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 subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización». Asimismo, en providencia de 6 de octubre siguiente<sup>27</sup> aclaró que «el reconocimiento de la primacía de la realidad sobre la formalidades que conlleva a 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 la accionante no acreditó dentro del proceso cuales son las prestaciones a las que considera tener derecho ni el origen de las mismas».

En virtud del derrotero jurisprudencial expuesto, a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales de carácter legal que devenga, en este caso, un auxiliar de servicios generales de la ESE Hospital Psiquiátrico San Camilo, tales como 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, en los términos de esta sentencia.

En lo referente a la devolución de los aportes efectuados por la demandante a pensión, salud y riesgos profesionales, lo cierto es que, en criterio de la sala mayoritaria<sup>28</sup>, esos recursos del sistema integral de seguridad social son de obligatorio pago y recaudo para fines específicos y no constituyen un crédito a favor del contratista, por lo tanto, no es dable que se le sufraguen directamente al interesado. En consecuencia, resulta improcedente que se disponga el reembolso por los mencionados conceptos en la forma solicitada por la demandante, sino que únicamente se ordenará consignar los correspondientes al fondo de pensiones, motivo por el que la sentencia apelada será adicionada en ese aspecto.

En relación con la condena en costas y las agencias en derecho que corresponde a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, esta Corporación, en sentencia de 1º de diciembre de 2016<sup>29</sup>, se pronunció así:

En ese orden, la referida norma especial que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dispone:

ARTÍCULO 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación especial gira en torno al significado del vocablo disponer, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse».

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación *per se* contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (Artículo 366 del CGP).

En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (Artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (Artículo 79 CGP).

Así las cosas, frente al resultado adverso a los intereses de la demandante, se tiene que ejerció de forma legítima el reclamo por la vía judicial del derecho que le asistía de acceder a la pensión gracia, pues con base en el ordenamiento que la rige y los lineamientos jurisprudenciales en la materia, así lo consideró.

Por lo tanto, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, por cuanto para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que los resultados del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el *a quo*, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte accionada, se revocará la condena en costas.

3.5 Síntesis de la Sala. Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se (i) confirmará parcialmente el fallo de primera instancia, que accedió de manera parcial a las súplicas de la demanda; (ii) adicionará su parte decisoria para ordenar que se efectúe el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones por el tiempo trabajado por la demandante bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios durante el período comprendido desde el 7 de octubre de 2008 hasta el 28 de febrero de 2014, en los términos fijados en el fallo de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016<sup>30</sup> de esta sección segunda; y (iii) revocará la condena en costas.

En razón a que quien se halla habilitado legalmente para ello confirió poder en nombre de la ESE Hospital Psiquiátrico San Camilo<sup>31</sup>, se reconocerá personería a la profesional del derecho destinataria de aquel.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º. Confírmase parcialmente la sentencia de 11 de abril de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Gloria Ruiz Santamaría contra la Empresa Social del Estado (ESE) Hospital Psiquiátrico San Camilo, conforme a lo indicado en la parte motiva.

2º. Adiciónase la parte decisoria del fallo apelado, para ordenar que se efectúe el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones por el tiempo trabajado por la demandante bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios durante el período comprendido desde el 7 de octubre de 2008 hasta el 28 de febrero de 2014, en los términos fijados en el fallo de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016 de esta sección segunda, de acuerdo con las consideraciones de la presente providencia

3º. Revócase la condena en costas, que incluye las agencias en derecho, impuesta a la parte demandada, de acuerdo con las consideraciones del presente fallo.

4º. Reconócese personería a la abogada Camila Andrea Arias Estupiñán, con cédula de ciudadanía 1.100.962.999 y tarjeta profesional 280.645 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la Empresa Social del Estado Hospital Psiquiátrico San Camilo, en los términos del poder conferido

5º. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.

Firmado electrónicamente

CARMELO PERDOMO CUÉTER

Firmado electrónicamente

Firmado electrónicamente

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Sentencias C-154 de 1997 y C-614 de 2009.

2. Memoriales adjuntados a la herramienta electrónica para la gestión judicial denominada SAMAI.

3. M. P. Hernando Herrera Vergara.

4. Modificado por el Decreto 3074 del mismo año.
5. En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01 (202-10).
6. Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (316-2014).
7. El 1º. de enero es día festivo.
8. Los días 31 de enero y 1º. de febrero de 2009 fueron sábado y domingo, respectivamente.
9. El 1º. de marzo de 2009 que fue domingo.
10. El 1º. de enero de 2010 fue festivo, mientras que 2 y 3 siguientes fueron sábado y domingo, respectivamente.
11. Por cuanto el 1º. de enero de 2011 fue festivo y el 2 y 3, en su orden, sábado y domingo.
12. Los días 1º. y 2º. de septiembre de 2012 fueron sábado y domingo, respectivamente.
13. El 1º. de julio de 2013 fue festivo.
14. El 1º. de diciembre de 2013 fue domingo.
15. Consejo de Estado, sala plena de lo contencioso administrativo, sentencia de 18 de noviembre de 2003, expediente: IJ-0039.
16. *«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.*  
*Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.*  
*Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.*  
*Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público [...].»*
17. Toda vez que entre los contratos no se presentó una suspensión considerable, sino a penas de algunos días hábiles y a través de los medios de prueba se logró establecer que en la práctica ella se mantuvo en ejercicio continuado de sus actividades durante dicho lapso, tal como lo declaró el a quo.
18. Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (88-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.

19. En lo concerniente al término prescriptivo, su fundamento normativo está consagrado en los Artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de 3 años contados a partir del momento en que el derecho se hace exigible y que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador.
20. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia de 29 de abril de 2010, expediente 05001-23-31-000-2000-04729-01 (821-09), posición reiterada por la misma subsección en fallo de 6 de octubre de 2011 dentro del proceso 25000-23-25-000-2007-01245-01 (493-11).
21. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, providencia de 21 de enero de 2016, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho 05001-23-31-000-2005-03979-01 (2316-12).
22. De conformidad con el Decreto 3135 de 1968, «por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales», Artículo 8º, «Los empleados públicos o trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio, salvo lo que se disponga por los reglamentos especiales para empleados que desarrollan actividades especialmente insalubres o peligrosos [...]».
23. Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al presidente de la República mediante Ley 51 de 1978, «por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional».
24. Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (88-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.
25. «Artículo 1º. Del reconocimiento de vacaciones en caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo. Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado».
26. Expediente 810012333000201200020-01 (316-2014).
27. Expediente 660012333000201300091 01 (237-2014).
28. Del cual en pronunciamientos anteriores se ha apartado el suscrito ponente, porque la devolución del porcentaje de cotizaciones al sistema integral de seguridad social en salud y pensiones hace parte del restablecimiento del derecho del demandante (lo que estará sujeto al fenómeno prescriptivo), y una decisión en contrario podría constituir un enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad estatal demandada. De igual manera, una cosa es que las entidades completen al sistema los aportes correspondientes a pensión (que comporta un derecho imprescriptible), como se dejó sentado en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, y otra, la devolución de lo que el demandante tuvo que sufragar respecto del porcentaje que correspondía a su empleador, que, se insiste, integra su restablecimiento del derecho.
29. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.
30. Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (88-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.
31. *Memorial adjuntado a la herramienta electrónica para la gestión judicial denominada SAMAI.*

*Fecha y hora de creación: 2025-08-02 08:19:36*