

Salud y derechos: médicos, prestaciones laborales y relaciones de trabajo encubiertas en el sector público*

Juan Pablo Villarreal Acosta**, Néstor Javier Ortiz Díaz***

Recibido: 17 de abril de 2022. Aceptado: 28 de junio de 2022.

Resumen

El ámbito de las relaciones laborales presupone interacciones asimétricas que, necesariamente, implican la necesidad de que el Estado -mediante sus diferentes herramientas- intervenga en aras de equilibrar la balanza y proteger a la parte débil de la relación contractual. En el presente trabajo analizaremos diez sentencias del Consejo de Estado y un proyecto de ley que presenta una de las principales problemáticas del derecho laboral, esto es: el encubrimiento de relaciones laborales mediante el uso del contrato de prestación de servicios en el ámbito del derecho público.

Las sentencias que reseñamos se ocupan de explicar la configuración de relaciones laborales mediante la figura de “contrato realidad”, además de enfatizar en un elemento clave del contrato de trabajo: la subordinación. Luego, en virtud de la concurrencia de los elementos de la esencia y de las disposiciones relativas a la declaratoria de la relación laboral, reconoce prestaciones que garanticen una protección plena al empleado. Es allí entonces donde abordaremos a profundidad la problemática de ¿cómo proteger a quien fuere perjudicado por esta forma de contratación que esconde una relación de trabajo subordinada?

En todo caso, como miembros de un grupo de investigación de derecho médico y de la salud, tenemos el compromiso de analizar cómo la problemática enunciada ha afectado el gremio de los trabajadores de la salud. En ese sentido, la jurisprudencia reseñada en el presente texto recoge las experiencias de personal de la salud que han sido sujeto de la práctica conocida como encubrimiento de relaciones laborales. Lo anterior, permite entrever que el gremio no ha sido ajeno a dicha práctica y que por contrario tenemos que cuestionar las prácticas contractuales que se tienen dentro de este sector.

Palabras clave

Relaciones Laborales, contrato de prestación de servicios, contrato realidad, subordinación, indemnización integral, personal de la salud.

* Artículo de revisión.

** Estudiante de octavo semestre de la carrera de derecho. Miembro del Semillero de Derecho Médico y Derecho de la Salud. jp.villarreal@uniandes.edu.co.

*** Abogado, especialista en Instituciones Jurídicas de la Seguridad Social, especialista en Derecho del Trabajo, Magíster en Derecho (Investigación). Asesor en el Consultorio Jurídico y profesor de cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Miembro y codirector del Semillero de Derecho Médico y Derecho de la Salud de la Universidad de los Andes. nj.ortiz@uniandes.edu.co

UNA Rev. Derecho (En línea). Vol. 7 (1). Julio 2022. e-ISSN2539-5343.

Health and rights: Medical doctors, Employment Benefits and Disguised Employment Relationships in the Public Sector.*

Juan Pablo Villarreal Acosta**, Néstor Javier Ortiz Díaz***

Received: April 17, 2022. Accepted: June 28, 2022.

Abstract

Labor Law supposes asymmetric interactions that necessarily require the state's intervention with all of its resources and tools in order to balance them and offer enough guarantee of its right for the unprotected party. The following work analyses thoroughly ten judicial decisions from the Colombian Council of State and a legislative proposal surrounding one main issue: the disguising of labor relationships by the improper use of the provision of services contract in the Public Law scenario.

The analyzed decisions explain the configuration of a labor relationship through the figure of "Contract reality" In addition to emphasize in the element of the essence of subordinate relationship. Then, given the concurrence of the elements of the essence and the legal regulations related to the declaration of a labor relationship, it recognizes benefits that we don't consider to provide full protection. It is there, then, that we address in greater depth the problem of how to protect those who are harmed by this form of contracting that hides a subordinate employment relationship.

In any case, as members of a health and medical law investigation group, we will analyze how the enounced issue has affected the guild of health associate personnel. Given that, the analyzed jurisprudence exhibits experiences of how these personnel has been beneath under covered labor relations.

Key words

Labor relationships, provision of services contract, contract reality, subordinate relationship, full compensation, health personnel.

* Review article.

** Eighth-semester law student. Member of the Seedbed of Medical Law and Health Law. jp.villarreal@uniandes.edu.co.

*** Lawyer, specialist in Social Security Legal Institutions, specialist in Labor Law, Master in Law (Research). Advisor at the Legal Clinic and professor at the Faculty of Law of the Universidad de los Andes. Member and co-director of the Medical Law and Health Law Seedbed of the Universidad de los Andes. nj.ortiz@uniandes.edu.co

Introducción

El acuerdo de voluntades para celebrar un contrato presupone la libertad de las partes y la igualdad de condiciones para celebrarlo. Por eso, si quienes lo celebran son libres e iguales y el acuerdo cumple con los requisitos legales, no queda de otra que cumplir, sin, las cláusulas contractuales, que son ley para las partes. No obstante, cuando los presupuestos de libertad y de igualdad se derrumban, el contrato tendrá menos obligatoriedad que la ley general, la cual establece los medios para proteger a quien no puede sostener con acierto que era libre e igual con el contratante. Este es el caso de las relaciones de trabajo subordinadas³, en las cuales el presupuesto es que quien trabaja está en desventaja y, por ende, no pacta en condiciones de igualdad ni libertad.

Este presupuesto es muy relevante cuando desde el inicio se pretende esconder la verdadera naturaleza del vínculo contractual porque permite dejar de lado el acuerdo de voluntades originario, el cual normalmente contiene un contrato de prestación de servicios, para dar paso a las consecuencias de una verdadera relación de trabajo subordinada⁴. Este giro implica el pago de aquellas acreencias laborales que solamente surgen cuando hay una Relación de Trabajo Subordinada (RTS) y no se causan cuando se trata de un contrato de otro tipo. Esa forma de abordar relaciones contractuales en el trabajo no distingue si quien trabaja lo hace para una entidad del Estado o para un particular. Es decir, con independencia de quien sea el contratante (potencial empleador), puede haber lugar a que se declare que la relación que existe entre aquel y el contratista es en realidad de carácter subordinado⁵.

En el escenario anterior se instala nuestro interés académico actual, que es sobre cómo aborda la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶ las relaciones encubiertas⁷ en el sector público, y específicamente, cómo aborda la misma corporación este tipo de relaciones entre médicos e instituciones de salud del sector público. El primer aspecto es relevante debido a la proliferación y continuidad de prácticas que camuflan relaciones de carácter subordinado. También es relevante debido a una sentencia reciente de la Corporación que aborda tales prácticas y unifica varios aspectos notables y que, dada su importancia, ha sonado con cierta intensidad en el ámbito profesional y también en algunos medios de comunicación, y ha recibido críticas favorables y desfavorables; el segundo es relevante debido a que la pandemia agudizó, o por lo menos dejó en mayor evidencia, las situaciones de precariedad laboral

3 Usaremos la noción de Relaciones de Trabajo Subordinadas como aquellas en que una persona presta sus servicios personales a otra, bajo continuada subordinación y dependencia. Es distinta a la noción de Contrato de Trabajo porque este es un acuerdo de voluntades que, desde un inicio, da por sentado que el vínculo contractual contiene una relación de subordinación, mientras que la primera puede surgir de un contrato formal distinto. Tampoco utilizamos la noción de Relación Laboral porque nos parece que la relación laboral, aunque siempre implique un vínculo de trabajo humano, no siempre implica subordinación y dependencia. De todas formas, vale anotar que en las sentencias es usual encontrar la noción de “Relación Laboral” como indicadora de una relación de trabajo en la cual hay subordinación y dependencia.

4 En adelante: RTS.

5 La figura general que recoge esta posibilidad suele denominarse “Teoría del contrato realidad”. De acuerdo con la terminología que usaremos, esta teoría da lugar a la posibilidad de develar relaciones de trabajo subordinadas originadas en contratos distintos a un contrato de trabajo.

6 En adelante: La Corporación o el CDE

7 También usaremos las palabras camuflada/s o subyacente/s.

del personal de salud. Además, como miembros de un semillero de investigación que tiene como una de sus finalidades estudiar las relaciones entre el personal de salud y las entidades que los contratan, nos interesa aportar algunas reflexiones frente a estos temas cruciales.

Ahora bien, como la jurisprudencia es solo una forma de abordar dichos problemas, se indagó si hay iniciativas por parte del legislador para evitar las relaciones encubiertas en el sector público y se encontró que, en efecto, existe un proyecto de ley que está en debate en la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes. Luego de este descubrimiento, consideramos que un ejercicio que analiza decisiones judiciales y las confronta con un proyecto de ley que parece atacar los problemas abordados en tales decisiones resulta enriquecedor desde varios puntos de vista: primero, desde la descripción, porque se sintetizan las decisiones judiciales y el proyecto de ley. Segundo, desde el análisis, porque se interpretan las fuentes abordadas para comprender su alcance y limitaciones. En tercer lugar, este ejercicio es enriquecedor porque propone algunas alternativas que pueden resultar más ajustadas a la necesidad de protección plena de los trabajadores que mencionaremos en este trabajo.

A continuación, en este texto: i) se identificarán y se describirán las sentencias seleccionadas. También se justificará el criterio metodológico de selección. ii) Se realizará una síntesis del proyecto de ley N.º 423 de 2021 y se harán breves comentarios sobre su articulado y iii) se llevará a cabo un análisis sobre el alcance de las reglas generales fijadas en tales sentencias y en el proyecto de ley.

i) Justificación metodológica de la selección, identificación y descripción de las sentencias seleccionadas.

A. Identificación de las sentencias y justificación metodológica de selección

Seleccionamos diez⁸ sentencias del Consejo de Estado (CDE), de las cuales nueve definen la segunda instancia⁹ de procesos judiciales en los cuales los demandantes son médicos (hombres y mujeres) vinculados con entidades estatales, mediante contratos de prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993¹⁰. La décima sentencia es una sentencia de unificación que no trata una relación laboral entre médico y entidad estatal, pero es fundamental porque unifica subreglas jurisprudenciales que son transversales para todo tipo de relaciones entre el Estado y contratistas que reclaman del juez la declaratoria de una RTS y el consecuente pago de las acreencias laborales que derivan de estas relaciones.

⁸ Ver anexo 1. Para evitar escribir el número de la sentencia cada vez que la mencionamos, en el anexo asignamos a cada sentencia un número y, en el texto, las citaremos con ese número.

⁹ La segunda instancia consiste en la decisión del juez superior de confirmar o revocar (modificar o “anular”) la decisión del juez de primera instancia. En estos casos, los jueces de primera instancia son jueces administrativos.

¹⁰ Es la ley más importante de contratación estatal.

Escogimos sentencias¹¹ de los años 2018, 2019, 2020 y 2021¹² sin usar técnicas propias de la elaboración de líneas jurisprudenciales ni criterios o finalidades distintas al interés explicado en la introducción. La elección tampoco apuntó a un barrido exhaustivo ni a una medición de litigiosidad del gremio médico, sino a obtener una muestra pequeña que permita identificar la forma en que una jurisdicción decide ciertos conflictos recurrentes de nuestro interés para confrontarla con un Proyecto de Ley que pretende sortearlos y formular algunas críticas y propuestas.

B. Descripción de las providencias seleccionadas

A continuación, sintetizaremos la sentencia de unificación. Posteriormente, abordaremos las sentencias relacionadas con médicos.

Sentencia 10. Sentencia de unificación. Consejo de Estado – Sección Segunda (STC) N.º 50001-23-33-000-2013-01143-01 del 09-09-2021. Sentencia de unificación de jurisprudencia. Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez

En la sentencia de unificación¹³, el CDE decidió el caso y unificó jurisprudencia en algunos puntos claves. Lo primero que hizo fue precisar el uso del contrato estatal de prestación de servicios, es decir, cuáles reglas deben seguir las autoridades estatales para su uso y cuáles son las obligaciones que surgen de este tipo de contratos. Recordó las múltiples advertencias y recomendaciones de la Corte Constitucional para que las entidades estatales cesen su uso indiscriminado, el cual constituye una violación sistemática a la Constitución Política porque desconoce garantías especiales de la relación laboral. Pese a tales advertencias, dice el CDE, la práctica persiste y se ha extendido.¹⁴ Debido a lo anterior, dice la sentencia, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) invitó¹⁵ a los Estados miembros a reconocer y proteger los derechos de los trabajadores y a contribuir a la eliminación de las prácticas de empleo encubierto y los exhortó a desarrollar políticas públicas de protección de los trabajadores.

La Corporación citó la Constitución de la OIT, que establece el Principio de igualdad, desarrollado por el artículo 2 del Convenio III de la misma organización¹⁶. También trajo a colación los artículos 6 y 7 del Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, los

11 Buscamos las sentencias por medio del buscador de la plataforma V/Lex, usando los filtros “Consejo de Estado/Médicos/contrato realidad”

12 Seleccionamos estos años porque permiten revisar dos años con pandemia y dos años sin pandemia. También seleccionamos estos años para poder determinar un antes y un después de la sentencia de unificación.

13 Consejo de Estado – Sección Segunda (STC) N.º 50001-23-33-000-2013-01143-01 del 09-09-2021. Sentencia de unificación de jurisprudencia. Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez.

14 Un punto importante de la sentencia es que reseña algunas formas de poner límite a la indebida celebración de contratos de prestación de servicios. En la sentencia se habla incluso de medidas disciplinarias.

15 Por medio de la Recomendación 198. OIT, Recomendación 198 sobre la Relación de Trabajo. (Ginebra, 2006)

16 En la sentencia también se hace referencia al Plan estratégico 2030 para el Desarrollo Sostenible y Plan Estratégico de la OIT para 2018-2021. Estos instrumentos, según la sentencia, apuntan al trabajo decente; pretenden mejorar los indicadores relacionados con el trabajo decente, considerado por la organización como elemento esencial del desarrollo sostenible. Con el concepto de trabajo decente, la OIT ha pretendido establecer condiciones y principios universales que garanticen la dignidad humana en las relaciones laborales de los Estados Miembros.

cuales establecen el derecho al trabajo y el trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias. Estas disposiciones, según la sentencia, generan para el Estado colombiano el deber de otorgar esas garantías mínimas para la materialización del derecho al trabajo. De acuerdo con lo anterior, 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.

Luego de abordar los principios¹⁷ y reglas generales que regulan la relación de trabajo y el contrato estatal de servicios¹⁸, la sentencia estableció los parámetros que permiten distinguir una relación de trabajo encubierta, así:

A) Los estudios previos¹⁹: como parámetro para develar los elementos de una RTS²⁰

B) La subordinación continuada. Este, según la sentencia, constituye el elemento determinante y estos son los indicios de su existencia:

- 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. Se deben considerar las situaciones particulares, por ejemplo, la pandemia, y revisar cada caso concreto.
- ii) El horario de labores. La existencia de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, subordinación. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.
- iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar. Ya 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*²¹. Lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que é

17 Cita los artículos 13, 25 y 53 para establecer que la finalidad de este articulado es la de exigir al legislador la materialización uniforme, en los distintos regímenes, de los principios mínimos sustantivos que protegen a los trabajadores y su garantía. En el aspecto específico del empleo público, la sentencia citó el artículo 122 constitucional, según el cual no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento.

18 Señaló que es un negocio jurídico y un contrato típico, cuya fuente normativa es la Ley 80 de 1993, complementada con varias otras como la Ley 1150 de 2007 y reglamentada hoy, principalmente, por el Decreto 1082 de 2015. En el considerando 87 establece las características del contrato de prestación de servicios.

19 La sentencia toma la definición de estudio previo del Artículo 87 de la Ley 1474 de 2011.

20 Consejo de Estado – Sección Segunda (STC) N.º 50001-23-33-000-2013-01143-01 del 09-09-2021. Sentencia de unificación de jurisprudencia. Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez. “los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de los contratos de prestación de servicios, 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.”

21 *Consejo de Estado (STC) 05001-23-31-000-2004-04860-01(1376-11). 10/10/2013. Consejero Ponente Alfonso Vargas Rincón.* Según el Consejo de Estado: *el ius variandi consiste en la facultad que tiene el empleador de alterar las condiciones de trabajo en cuanto a modo, lugar, cantidad y tiempo de labor, en virtud del poder subordinante que tiene sobre sus trabajadores. El uso de este poder no es ilimitado pues debe ejercerse dentro del marco normativo establecido por la Constitución Política, según el cual el trabajo debe desarrollarse en condiciones dignas y justas y acatando los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política.*

ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual.

- iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta. El demandante deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad²².

Además de la subordinación continuada y los estudios previos, el CDE determinó que se debe establecer la prestación personal del servicio y la remuneración por los servicios prestados²³.

Luego, el CDE procedió a unificar su jurisprudencia en los siguientes aspectos:

- i) El sentido y alcance de la expresión «término estrictamente indispensable» del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993²⁴.

ii) El término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios: la solución de continuidad²⁵. La sentencia acogió un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios²⁶.

iii) El Término de prescripción y el momento a partir del cual se inicia. La sentencia reiteró que la prescripción tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral.

iv) Finalmente, en cuanto a los derechos que derivan de la declaración de la RTS²⁷, la sentencia tocó explícitamente la devolución de aportes al sistema general de seguridad social. Consideró que, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta²⁸.

22 De todas formas, dice La Corporación, el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal no descarta, per se, la existencia de una relación laboral porque tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad.

23 Aunque estos dos elementos se explican con cierta profundidad en la sentencia, no los desarrollamos más porque luego de leer las diez sentencias, concluimos que son los que menos problemas conceptuales y probatorios implican para los trabajadores y para los jueces.

24 Consejo de Estado Sección Segunda Sentencia de unificación de jurisprudencia N° 50001-23-31-000-2013-00304-01 del 09-09-2021 9 de septiembre de 2021 Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez. La sentencia unificó este requisito 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*”.

25 Solución: interrupción.

26 La sentencia aclaró que tal término no debe entenderse como una camisa de fuerza que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad. En cualquier caso, dice la sentencia, 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, dice, 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.

27 En esta sentencia no hubo un pronunciamiento expreso sobre la indemnización moratoria.

28 En ese orden de ideas, la Sala unificó su jurisprudencia en el sentido de precisar que, frente al hecho consumado de la no

Sentencias que resuelven pretensiones de médicos

Haremos esta descripción en dos partes: en la primera, sintetizaremos las sentencias de forma individual. En la siguiente, sistematizaremos algunos puntos transversales que encontramos en todas las sentencias. Aclaramos que, en la primera parte, en cada sentencia indicaremos de qué forma la sentencia de unificación de 2021 reseñada impacta en las decisiones relacionadas con médicos.

Síntesis individual

Sentencia 9: Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, N.º 50001-23-31-000-2011-00304-01 del 06-05-2021. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

El demandante acudió a la jurisdicción para obtener la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales el Hospital Departamental de Villavicencio (Meta) negó el reconocimiento de acreencias laborales propias de una RTS; como restablecimiento de derecho, solicitó que se declarara la existencia de una relación de trabajo subordinada y se ordenara el pago de las acreencias laborales propias de este tipo de relaciones laborales²⁹. La Corporación, en segunda instancia, concluyó que se encontraba probado que el demandante prestó sus servicios como médico general en la entidad demandada, desde el 1 de noviembre de 2000 hasta el 30 de junio de 2009, en sucesivos pero interrumpidos contratos de prestación de servicios.

El CDE analizó el caso bajo los elementos establecidos por la misma corporación para desentrañar contratos de prestación de servicios que camuflan relaciones de trabajo subordinadas y determinar las consecuencias de una declaración en ese sentido. El CDE explicó que el «contrato realidad» surge cuando se constata 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, y bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos. De este modo, se configuran la dependencia y la subordinación propias de las relaciones laborales.

De igual manera, recordó algunos elementos claves reiterados por dicha entidad, entre los cuales están: (i) la subordinación o dependencia, la cual implica la exigencia al servidor público del cumplimiento de órdenes en cualquier momento (sobre modo, tiempo o cantidad de trabajo) y la imposición de reglamentos; esto debe mantenerse durante todo el vínculo; (ii) la permanencia, o sea que la labor

afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.

²⁹ Dentro de los mecanismos judiciales instaurados para obtener del Estado alguna prestación de carácter económico está el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual tiene como finalidad que un juez declare la nulidad de uno o varios actos administrativos y tome medidas de restablecimiento del derecho o derechos vulnerados o amenazados por los actos declarados nulos. Ver: Art. 138 y ss de la Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, como parámetro de comparación con los demás empleados de planta. Esto debe probarlo el demandante; (iii) Más que un requisito para declarar la RTS, el siguiente elemento es una consecuencia de su declaración: el CDE establece que por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral³⁰ y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien inicialmente fue vinculado mediante contratos de prestación de servicios, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, pues para esto es imprescindible que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.

La Corporación concluyó que, efectivamente, en la prestación del servicio del médico demandante se dieron los elementos propios de una RTS. El CDE hizo alusión a algunas pruebas testimoniales y a las consideraciones de primera instancia del Tribunal Administrativo. Como consecuencia de tal declaración ordenó compensar en dinero el derecho a descansar y recibir remuneración ordinaria en el periodo de descanso. Frente al reconocimiento de las primas, las bonificaciones, las cesantías y sus intereses, la sentencia citó dos decisiones del mismo CDE para determinar que cabe una condena a manera de reparación por haberse escondido la relación laboral subordinada por las prestaciones sociales de carácter legal que devenga un médico general del Hospital Departamental de Villavicencio (Meta), sin embargo, esto no implica que el demandante pueda ser considerado como empleado público y por eso no podrán reconocérsele las prestaciones extralegales, por cuanto comportan un beneficio exclusivo para los empleados públicos.

Por otro lado, negó las pretensiones relacionadas con la devolución de aportes efectuados a seguridad social porque son de obligatorio pago y recaudo para fines específicos y no constituyen un crédito a favor del contratista.³¹ Tampoco accedió al reintegro de las sumas descontadas por concepto de retención en la fuente. Finalmente, la sentencia encontró acertada la decisión de negar las pretensiones de pago de la sanción moratoria por falta de cancelación de las cesantías y de reconocimiento de perjuicios morales porque la obligación de pagar las prestaciones sociales surge con la sentencia y porque no se probó la causación de tales perjuicios, los cuales, dice el CDE, no se pueden presumir.

Sentencia 8: Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección A, N.º 76001-23-31-000-2011-01583-01(1580-18). C.P. William Hernández Gómez

El demandante solicitó la declaratoria de nulidad del acto administrativo mediante el cual la ESE Antonio Nariño (en adelante: el hospital o la demandada) negó el reconocimiento de una RTS y el pago de acreencias laborales. Como restablecimiento del derecho solicitó que se ordene el pago en su favor

³⁰ En los términos de este escrito: Relación de Trabajo Subordinada.

³¹ Como regla general, los aportes para los subsistemas de salud y pensión en los contratos de trabajo están a cargo del empleador y del trabajador. Para una explicación detallada de este punto, ver: Mintrabajo, Respuesta Radicado no 08SE201712030000029170 (Bogotá D.C 2017) extraído de: <https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/58601869/ID133282%20Obligaciones%20del%20Empleador.pdf/f807397c-92ba-0a7d-eaf4-43556acf696c>

de las prestaciones sociales de carácter convencional, la sanción moratoria y los aportes a seguridad social. Como hechos, el demandante indicó que se vinculó con la demandada desde el 27 de junio de 2003 hasta el 15 de noviembre de 2008, como médico general. Por otro lado, desde el 30 de noviembre de 2003, las directivas de la demandada manifestaron que para continuar prestando sus servicios, debía afiliarse a una Cooperativa de Trabajo Asociado (CTS). El demandante se afilió a dos CTA.

La sentencia de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda por falta de legitimidad en la causa del demandado y también argumentó la falta de pruebas que den cuenta de los horarios de prestación del servicio, turnos, permanencia, entre otros. En últimas, según la sentencia de primera instancia, el demandante no acreditó que su autonomía e independencia se coartó por la CTA.

El demandante apeló. La apelación fue resuelta por el CDE en el sentido de confirmar la sentencia. Para resolver, el CDE ilustró la definición y alcance del contrato de prestación de servicios y el principio de primacía de realidad sobre las formalidades. Al respecto, el CDE señaló que dicho principio, establecido en el artículo 53 constitucional, debe aplicarse cuando se usa un contrato de prestación de servicios para esconder una relación laboral. De igual manera, trajo a colación la sentencia C-154 de 1997 para explicar las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo.

El CDE señaló también que, además de los elementos reseñados, el demandante también debe demostrar la permanencia en el servicio, lo cual supone acreditar que las labores que desarrolló son inherentes a la entidad y que existe similitud o igualdad en las funciones de otros empleados de planta³².

En cuanto al caso concreto, el CDE analizó cada uno de los elementos de la RTS. Declaró probadas la prestación personal del servicio y la remuneración, pero no la subordinación, a pesar de los testimonios de colegas médicos, compañeros del demandante. El CDE señaló que el cumplimiento de un horario e incluso el sometimiento a directrices e instrucciones no son, en sí, elementos suficientes para demostrar la subordinación, pues solamente pueden indicar coordinación. La sentencia también echó de menos memorandos, llamados de atención, comunicaciones, circulares entre otros.

Por otro lado, dice el CDE, el demandante no demostró las funciones de personal de planta similares a las desarrolladas por el querellante.

Sentencia 7: Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, N.º 66001-23-33-000-2015-00327-01(1294-18) del 14-10-2021. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

El demandante acudió a la jurisdicción para solicitar la nulidad del acto administrativo expedido por la Empresa Social del Estado (ESE) Salud Pereira (en adelante: Hospital o la demandada), mediante el

³² La sentencia también abordó el tema de las CTA. Explicó su marco normativo, los tipos de cooperativas, el régimen de compensaciones, entre otros. El CDE concluyó el acápite conceptual con la regla según la cual quien esté vinculado a una cooperativa y quiera desvirtuar la relación cooperativa para dar paso a una RTS, deberá acreditar los tres elementos de una RTS.

cual le negó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales. Como restablecimiento del derecho, el médico solicitó el pago de las diferencias salariales y el total de las prestaciones sociales de los empleados de planta que desempeñan las mismas funciones. Pidió, entre otras cosas, las vacaciones, la prima de vacaciones, las cesantías, las primas de servicios y la sanción moratoria.

Según la síntesis de los hechos elaborada en la sentencia, el demandante prestó sus servicios personales como médico general, entre el 10 de abril de 2007 y el 30 de octubre de 2012. Durante ese periodo, estuvo vinculado mediante contratos de prestación de servicios. Ejecutó las labores de manera directa, cumpliendo órdenes y rindiendo informes a sus superiores. También utilizaba los implementos de la demandada y cumplía un horario de forma habitual y en ocasiones le llamaban la atención.

La sentencia de primera instancia concedió algunas de las solicitudes de la demanda. Concluyó que existió una RTS durante todo el tiempo de vigencia del vínculo. En lo referente a la prescripción, la sentencia concluyó que no hubo prescripción porque no hubo interrupciones significativas en la prestación del servicio y, como la solicitud se presentó antes de que transcurrieran tres años desde la terminación del vínculo, ésta no se configuró. Como consecuencia de tales conclusiones, el CDE condenó al pago de las prestaciones sociales legales que devengue un empleado público en el mismo o similar cargo de médico general y los porcentajes de cotización de salud y pensión. A su vez, negó las pretensiones relacionadas con el reembolso de las pólizas de cumplimiento, la sanción moratoria y el reajuste salarial, entre otras.

Contra esa decisión se interpuso recurso de apelación por parte del demandante y la demandada. El demandante argumentó que la entidad demandada debería ser condenada a pagar el subsidio de alimentación, las primas de antigüedad y de servicios, la bonificación por servicios prestados y el reconocimiento y pago del trabajo suplementario porque todas ellas se otorgan por la entidad a sus trabajadores de planta. Si no se hace, argumentó el demandante, se violaría el derecho a la igualdad. Por su parte, la demandada argumentó la apelación en la existencia de un verdadero contrato de prestación de servicios por ausencia de subordinación laboral.

El CDE resolvió las apelaciones en el sentido de confirmar parcialmente la sentencia apelada y determinar que hubo varias relaciones laborales, debido a las interrupciones significativas en la prestación del servicio, declaró la prescripción de algunas acreencias, revocó la condena en costas y modificó lo relacionado con las cotizaciones a pensiones y salud.

Para decidir, el CDE citó el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 para definir el contrato de prestación de servicios. También citó el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968 y la sentencia C-614 de la Corte Constitucional, la cual fue citada textualmente para fundamentar el uso de contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones permanentes de la entidad contratante. A renglón seguido, el CDE procedió a explicar que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los

tres elementos: la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación. Si se dan estos elementos hay lugar al pago de las prestaciones sociales, en virtud del artículo 53 constitucional y el principio de primacía de la realidad. En el último párrafo antes de comenzar el análisis el caso concreto, el CDE explicó con detalle la subordinación o dependencia, la permanencia en el cargo, la equidad o similitud con cargos de planta y explicó que la declaración de una RTS no implica que al demandante se le pueda otorgar la calidad de empleado público. Hasta aquí, la sentencia no ha citado la sentencia de unificación abordada en este escrito.

Al estudiar el caso concreto, el CDE analizó las pruebas documentales y concluyó que los periodos de trabajo narrados en la demanda y tomados en la sentencia de primera instancia no estaban probados (de ahí la modificación de la sentencia apelada). Luego, aplicó la sentencia de unificación analizada en este escrito para determinar los periodos de interrupción que tienen el mérito de partir un vínculo en varios contratos, lo cual, como se ha explicado al sintetizar otras sentencias, tiene efectos importantes para la declaratoria de la relación de trabajo y para la aplicación de la prescripción. Después, el CDE confrontó cada uno de los elementos de la RTS con las pruebas y concluyó que todos se probaron. Finalmente, estableció que en la relación entre demandante y demandado hubo más que coordinación, y que aquel se encontraba en las mismas condiciones de otros empleados públicos de la entidad.

En cuanto a la aplicación de la prescripción al caso, tuvo en cuenta también la sentencia de unificación que sintetizamos³³. Lo que sigue en la sentencia es un análisis de cada una de las acreencias laborales que podrían proceder luego de la declaratoria de una RTS. Por ejemplo, en cuanto a primas, bonificaciones, cesantías y sus intereses: el CDE concluyó que

“al demandante le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales de carácter legal que devenga, en este caso, un médico general de la ESE Salud Pereira (Risardal), tales como vacaciones, primas, bonificaciones, cesantías y las reconocidas por el sistema integral de seguridad social, mas no podrán reconocérsele aquellas extralegales, por cuanto comportan un beneficio para los empleados públicos, condición de la que él carece.”³⁴

Sentencia 6: Consejo de Estado – Sección Segunda Subsección A, N.º 44001-23-33-000-2015-00105-01(1066-20) del 25-11-2021. C.P. Gabriel Valbuena Hernández

El demandante acudió a la jurisdicción para solicitar la nulidad del acto administrativo expedido por el Hospital San Rafael de Albania (en adelante: Hospital o la demandada), mediante el cual le negó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales. Como restablecimiento del derecho, el médico solicitó el pago de todas las prestaciones sociales que les pagaban a los empleados de planta del hospital y

³³ Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia N° 23001-23-33-000-2013-0026001 (00882015). Sentencia Unificación de Jurisprudencia CESUJ N° 5 de 2016 conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011. 25 de agosto de 2016. CP Carmel Perdomo Cuéter.

³⁴ Ibidem.

otros aspectos relacionados con seguridad social. También pidió el reconocimiento y pago de indemnización por la no consignación de cesantías.

Según los hechos, el demandante trabajó como médico general mediante contratos de prestación de servicios renovados de forma sucesiva. Trabajó desde el 1 de diciembre de 2008 y el 30 de noviembre de 2011. Luego, al médico le exigieron que se vincule por medio de una empresa de Servicios Temporales, lo cual sucedió desde el 1 de diciembre de 2011. Desde esa fecha y hasta el 16 de enero de 2013, la empresa envió al demandante a prestar sus servicios como médico al hospital demandado. Finalmente, de acuerdo con los hechos sintetizados en la sentencia, el demandante desempeñó el cargo bajo continuada subordinación y dependencia del gerente y la jefe de recursos humanos, quien fijaba los turnos.

La sentencia de primera instancia concedió algunas de las pretensiones de la demanda. Declaró nulo el acto administrativo demandado y, como restablecimiento de derecho, ordenó el reconocimiento y pago al demandante de las prestaciones que devengaban los médicos de planta, con descuento de las acreencias pagadas por la empresa temporal. Además, declaró probada la prescripción. La sentencia no condenó a la sanción moratoria solicitada porque consideró que la sentencia es de carácter constitutivo. Tal sentencia fue apelada por el demandante, cuya inconformidad se centró en la forma de aplicar la prescripción. Sostuvo que las acreencias no prescribían porque se hacen exigibles desde la sentencia.

La apelación fue resuelta en la sentencia que estamos sintetizando, en el sentido de revocar la sentencia de primera instancia en lo relacionado con la prescripción y modificar lo relacionado con las prestaciones que debía pagar la entidad demandada. Confirmó la sentencia en todo lo demás.

Para tomar esa decisión, el CDE explicó el marco normativo y jurisprudencial que aplicaría para resolver el caso. El primer aparte de dicho marco analiza el contrato realidad y la primacía de la realidad sobre las formas. Al respecto, el CDE citó los artículos 122 y 125 de la Constitución Política para determinar que hay tres formas de vinculación de personas naturales al servicio público. De estas, la sentencia profundizó en la definición y alcance del contrato de prestación de servicios, en los términos del artículo 32 de la ley 80 de 1993. Luego, determinó que el contrato realidad aplica cuando se acreditan fehacientemente los elementos propios de una RTS, citó el artículo 23 constitucional y comenzó a explicar los aspectos que permiten inferir se está en frente de una RTS, los cuales deben ser demostrados por el demandante.

El primer elemento que explicó el CDE fue el de los estudios previos. La sentencia los abordó desde su definición legal y desde su propósito en la contratación pública, para luego determinar que se debe demostrar con base en los documentos precontractuales y contractuales tanto las necesidades que la administración quería satisfacer, como las condiciones pactadas en su celebración y las circunstancias que revelan su ejecución esconden una verdadera RTS. El segundo elemento explicado en la sentencia es el de la subordinación continuada, frente al cual cita el artículo 23 del CST y posteriormente citó

la sentencia de unificación que abordamos en este escrito. El CDE citó como indicios de subordinación los mismos desarrollados en dicha decisión, es decir, el lugar de trabajo, el horario de labores, la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar y que las actividades o tareas a desarrollar corresponden a las que tienen asignadas los servidores de planta. Finalmente, explicó los elementos de la remuneración y la prestación personal del servicio y reiteró que la declaración del contrato realidad depende exclusivamente de la actividad probatoria del demandante, quien debe desvirtuar la naturaleza de los contratos de prestación de servicios, mediante la prueba de los elementos explicados.

A renglón seguido, el CDE explicó las reglas de interrupción de los contratos de prestación de servicios y citó nuevamente la sentencia de unificación abordada en este escrito. Reiteró el plazo de 30 días de solución de continuidad entre un contrato y otro para considerar que el vínculo se interrumpió. Esta sentencia citó en extenso la parte de la sentencia de unificación que estableció las reglas relacionadas con la prescripción de los derechos derivados de una RTS. De estas, una regla muy importante para decidir la apelación es que el demandante deberá reclamarlos dentro del término de tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

El siguiente aspecto tratado en la sentencia fue el de las Empresas de Servicios Temporales. Explicó el marco legal y determinó que los servidores públicos vinculados mediante esas empresas tienen un verdadero contrato de trabajo, regido por el CST. También estableció que el salario del servidor vinculado por medio de esas empresas, debe ser equivalente a los trabajadores de la empresa usuaria (o sea la empresa estatal que contrató a la EST) y también debe haber similitud en materia de transporte, alimentación y recreación.

Luego de establecer los aspectos normativos y conceptuales, el CDE analizó el caso concreto. Revisó las pruebas para determinar cada uno de los elementos de la RTS. Después de concluir que la parte demandante logró acreditar todos los elementos, analizó el material probatorio para determinar la solución de continuidad del vínculo del demandante con la demandada y las reglas aplicables en materia de prescripción. Concluyó que el demandante prestó sus servicios en una única y continua relación laboral porque no se interrumpió por periodos superiores a 30 días hábiles. Esto llevó a la conclusión de que no había lugar a declarar la prescripción como lo hizo la sentencia de primera instancia.

Sentencia 5: Consejo de Estado – Sección Segunda Subsección A, N.º23001-23-33-000-2013-00195-01(4534-14). C.P. William Hernández Gómez

El demandante acudió a la jurisdicción para solicitar la nulidad de los actos administrativos expedidos por la ESE Hospital La Unión (en adelante: Hospital o la demandada), mediante los cuales le negó el pago de las acreencias laborales derivadas de una RTS. Como restablecimiento del derecho, el médico solicitó el pago de cesantías, intereses de cesantías, sanción moratoria, vacaciones, prima de servicios, entre otras.

Según la sentencia, el demandante prestó sus servicios a la demandada por medio de contratos de prestación de servicios, desde el 17 de marzo de 2009. El demandante desempeñó dos cargos: uno, como médico de consulta externa, en el cual estuvo desde el 17 de marzo de 2009 hasta el 27 de octubre de 2010. Otro, como coordinador médico y de consulta externa, en el cual estuvo desde el 27 de octubre de 2010, hasta el 5 de agosto de 2012. El actor sostuvo que en ambas vinculaciones los contratos de prestación de servicios mutaron en una RTS por configurarse los tres elementos necesarios para esta consideración.

La sentencia de primera instancia encontró demostrados los tres elementos de la RTS para los dos cargos que desempeñó el médico, declaró nulos los actos administrativos objeto de la demanda, declaró la RTS y, a título de restablecimiento de derecho, condenó a la demandada al pago de las prestaciones sociales que percibía un trabajador en empleo de la misma categoría y el cumplimiento de funciones similares. También condenó al pago de los porcentajes de cotización que le correspondían a la demandada. Negó las demás pretensiones. El Hospital interpuso recurso de apelación, el cual fue decidido por el CDE, quien modificó la sentencia en el sentido de que la RTS solamente se dio cuando hubo desempeño simultáneo de los cargos de médico de consulta extramural y externa, por un lado, y como coordinador médico, por otro. En cuanto a las sumas condenadas, no hubo mayor modificación.

Para tomar esta decisión, el CDE explicó las tres formas en las que una persona se puede vincular al servicio público -vinculación legal y reglamentaria, laboral contractual y la contractual o de prestación de servicios. Posteriormente, indicó que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos de la relación laboral, es decir, cuando: i) la prestación de servicio es personal; ii) subordinada de manera continuada; y iii) remunerada. Estos elementos, dice el CDE, permiten la aplicación de la figura del contrato realidad consagrada en el artículo 53 constitucional.

Luego de fijada la parte conceptual y normativa, la sentencia continuó con el análisis de las pruebas. Concluyó que para ambos cargos el demandante probó la prestación personal y la remuneración, pero no la subordinación. Al respecto, el CDE dedujo que, como médico, el demandante tenía cierta independencia y autonomía porque podía prestar sus servicios en las instalaciones de la demandada o en otro lugar y también manejar sus horarios y turnos, siempre y cuando informara antes a la contratante. No pasaba igual cuando se desempeñaba como coordinador médico en simultáneo con el de médico de consulta externa, pues acá sí debía prestar su servicio directamente en el hospital, existía la prohibición expresa de prestar el servicio por terceras personas, debía cumplir el reglamento de trabajo, usar los elementos de trabajo suministrados por el hospital y estaba sujeto a una evaluación de desempeño.

Finalmente, el CDE asumió el estudio de la prescripción. Aplicó las reglas asumidas por La Corpora-

ción en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, que, en resumen, disponen que el término prescriptivo es de tres años y se cuenta a partir de la finalización de cada vínculo laboral.

Sentencia 4: Consejo de Estado – Sección Segunda Subsección A, N.º 20001-23-39-000-2015-00195-01(5186-16). C.P. William Hernández Gómez

El demandante acudió a la jurisdicción para solicitar la nulidad del acto administrativo presunto que implicó la negación por parte de la ESE Hospital San Andrés de Chiriguana (en adelante: Hospital o la demandada) del pago de acreencias laborales derivadas de una RTS. Solicitó la declaración de una RTS entre el 11 de septiembre de 2011 y el 30 de junio de 2012, sin solución de continuidad. Como restablecimiento del derecho, el médico solicitó el pago de cesantías, intereses de cesantías, prima de navidad, indemnización moratoria, entre otras.

Como hechos de la demanda, el demandante narró que desempeñó labores para la demandada, mediante contratos de prestación de servicios, por el periodo señalado en sus pretensiones. Se desempeñó como médico especializado en ginecología y obstetricia, labor que era inherente a la actividad económica de la demandada. Además, el médico demandante señaló que se regía por el mismo reglamento de los empleados de planta y seguía las instrucciones, órdenes y exigencias del empleador. También dijo que cumplía un horario.

La sentencia de primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones del demandante. Luego de determinar que el demandante probó los tres elementos de la RTS, declaró su existencia sin solución de continuidad. Como consecuencia, ordenó el pago al demandante de las prestaciones sociales que se reconocen a los empleados de planta que desempeñan labor similar y los aportes a seguridad social, pero no concedió las pretensiones relacionadas con la indemnización por despido sin justa causa ni a la sanción moratoria. Esta sentencia fue apelada por ambas partes y fue revocada por el CDE, quien decidió negar todas las pretensiones de la demanda.

Para tomar tal decisión, el CDE comenzó por explicar cuál es el marco normativo del contrato de prestación de servicios en el sector público. Con base en el Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, explicó que la vinculación de personal por medio de dicho contrato es excepcional y no puede usarse para cubrir funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren en la ley o el reglamento para un empleo público. Esta restricción, dice el CDE, tiene como propósito evitar el abuso de tal forma de contratación y protege la relación laboral.

Sobre este punto -protección de la relación laboral-, el CDE citó los artículos 6 y 7 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, relacionados con el derecho al trabajo y las condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo. Luego, transcribió el artículo 53 constitucional y señaló los tres

elementos que deben demostrarse para que se desfigure la prestación de servicios y se establezca una RTS. Explicó así los tres elementos:

“la figura del contrato realidad se aplica cuando se constata 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 continuada propia de las relaciones laborales...”³⁵”

A renglón seguido el CDE analizó el caso concreto. Concluyó que el demandante sí demostró la prestación de servicios y la remuneración. Frente a la subordinación y dependencia continuada, indicó que este es el elemento esencial del contrato de trabajo, citó el artículo 23 del CST y la sentencia C-386 de 2000 de la Corte Constitucional.

Luego de estas definiciones, estudió los testimonios y concluyó, entre otras cosas, que el demandante podía ausentarse y también delegar el ejercicio de sus actividades. De las pruebas documentales concluyó que, aunque las actividades del demandante eran inherentes al objeto de la demandada, los contratos específicos del demandante eran de carácter transitorio. También concluyó que los turnos no parecían definidos de manera unilateral por la demandada. En conclusión, dice el CDE, el demandante no logró demostrar el elemento de la subordinación y dependencia.

Sentencia 3: Consejo de Estado – Sección Segunda Subsección A, N.º 20001-23-39-000-2015-00100-01(3645-16) del 18-10-2018. C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas

La demandante acudió a la jurisdicción para solicitar la nulidad de los actos administrativos, mediante los cuales el Servicio Nacional de Aprendizaje (en adelante: SENA o la demandada) le negó el pago de acreencias laborales derivadas de una RTS. Como restablecimiento del derecho, el médico solicitó el reconocimiento de prima de navidad, indemnización por despido sin justa causa y vacaciones -entre otras-, reconocidas a los empleados públicos de planta.

Según los hechos, la demandante estuvo vinculada con la demandada como médico general entre el 18 de febrero de 2008 y el 31 de diciembre de 2013, por medio de consecutivos contratos de prestación de servicios. La demandante desempeñó sus labores en un horario determinado y en coordinación con diferentes gerentes y la supervisora del área médica del SENA.

La sentencia de primera instancia condenó a la demandada al pago de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de planta con funciones similares a las de la demandante. Tal condena fue consecuencia de la conclusión de que la demandante claramente acreditó la prestación

35 Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B Sentencia N° 23001-23-33-000-2013-00195-01 26 de Julio de 2018 Consejero Ponente William Hernández Gómez.

personal, la subordinación y la remuneración. El SENA apeló la sentencia, la cual fue confirmada por el CDE, aunque modificó algunos de sus apartes con base en la aplicación de la prescripción.

Para tomar dicha decisión, el CDE desarrolló el marco normativo y jurisprudencial aplicable. Inició con la citación del preámbulo y los artículos 13, 25 y 53 de la Constitución Política de Colombia. Luego, citó la Constitución de la OIT, especialmente la parte del reconocimiento del principio de “salario igual por un trabajo igual”. También citó el convenio 111 de la OIT, como fuente de aplicación directa. Luego, mencionó el artículo 122 de la Constitución Política de Colombia para enfatizar sobre la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas que desempeñarán funciones propias o permanentes de las entidades contratantes. También trajo a colación algunos decretos y la sentencia C-614 de 2009 para terminar de fundamentar este punto. Posteriormente, citó el artículo 23 del CST y desarrolló los elementos de la RTS.

Posteriormente, el CDE explicó las reglas y características del contrato de prestación de servicios en los términos de la Ley 80 de 1993 y la sentencia C-154 de 1997, para finalizar con una síntesis de lo que había abordado en la sentencia hasta ese momento y con la reiteración de que la parte demandante es quien debe demostrar la desnaturalización del contrato de prestación de servicios por medio de la prueba de los elementos señalados en el párrafo citado.

Al respecto, el CDE concluyó que el servicio médico asistencial es una función permanente y obligatoria de la entidad demandada y que en la planta de personal del SENA había cargos de médicos. De igual manera, del análisis de la prueba testimonial, el CDE concluyó que la demandante cumplía un horario, tenía fijado el tiempo de atención de cada paciente, requerían de su presencia en el SENA, la atención médica se prestaba con insumos e instrumental de la demandada y no se le permitía prestar el servicio en otras instalaciones externas o particulares. De igual manera, el CDE concluyó que la demandante prestaba el servicio sometida a las directrices de la entidad demandada. También concluyó que la demandante acreditó los tres elementos configurativos de la RTS.

Sentencia 2: Consejo de Estado – Sección Segunda Subsección B, N.º 05001-23-33-000-2016-01224-01(5700-18) del 19-06-2020. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

El demandante acudió a la jurisdicción para solicitar la nulidad de los actos administrativos, mediante los cuales la entidad de salud E.S.E. Metrosalud (en adelante: Metrosalud o la demandada) negó la vinculación laboral por medio de una RTS y también negó el pago de acreencias laborales derivadas de tal relación. Como restablecimiento del derecho, el médico solicitó el reconocimiento de cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, indemnización moratoria, entre otras acreencias laborales, en su calidad de médico general de tiempo completo.

El demandante señaló que se desempeñó como médico general desde el 14 de septiembre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2012, por medio de reiterados contratos de prestación de servicios sin solución de continuidad. Indicó que ejerció sus funciones en las mismas condiciones que lo hacían los médicos de planta y que cumplía un horario en forma habitual y permanente, impuesto por el director de la entidad demandada, quien también fungía como jefe inmediato y lo subordinaba. El demandante también indicó que la relación laboral fue terminada sin justa causa.

La sentencia de primera instancia accedió a lo solicitado por el médico demandante y declaró la existencia de una RTS entre el 14 de agosto de 2009 y el 31 de diciembre de 2012. Como restablecimiento del derecho condenó a la demandada a pagar la diferencia entre el salario y prestaciones que devengaba un médico general de planta con respecto a los honorarios que devengó el médico, entre otras. Contra dicha sentencia de primera instancia, la demandada interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por la sentencia que estamos sintetizando, en el sentido de confirmar la sentencia de primera instancia en lo relacionado con la declaratoria de la RTS y el restablecimiento del derecho.

El CDE inició con la citación de disposiciones normativas y la aclaración de conceptos e instituciones aplicables. Citó el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 para definir el contrato de prestación de servicios, explicar su alcance e ilustrar los presupuestos para su celebración. Señaló que el contrato de prestación de servicios implica la no existencia de una relación de trabajo e imposibilita el derecho a prestaciones sociales, siempre y cuando no se utilice dicho contrato para ocultar la existencia de una RTS.

A continuación, el CDE citó el artículo 53 de la Constitución Política, profundiza en la figura de la primacía de la realidad sobre las formalidades y cita los tres elementos que debe probar el demandante para la declaratoria de la RTS y el derecho al pago de las prestaciones sociales laborales. Tales elementos son: la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral. También citó el Código Sustantivo del Trabajo para explicar los elementos de su artículo 23 y también para aclarar que en las relaciones laborales de servidores públicos no aplica la presunción del artículo 24 de tal código. El CDE reiteró que quien debe desvirtuar la presunción del artículo 23 de la Ley 80 es el demandante y, demostrando los tres elementos referidos.

Después del análisis normativo y conceptual, el CDE abordó el caso concreto. Analizó la prueba documental y testimonial. Con respecto a la prueba testimonial concluyó que la ejecución de funciones era la misma entre la del demandante y la de los médicos generales de la entidad demandada, hubo cumplimiento estricto de horarios en las instalaciones de la entidad demandada y con sujeción a los turnos impuestos por tal entidad y el demandante debía acatar las órdenes dadas por el director.

Sentencia 1: Consejo de Estado – Sección Segunda Subsección B, N.º 05001-23-33-000-2013-01176-01 (0446-16) del 16-05-2019. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

El demandante acudió a la jurisdicción para solicitar la nulidad de los actos administrativos, mediante los cuales el hospital Bello Salud negó la vinculación laboral por medio de una RTS y el pago de acreencias laborales derivadas de tal relación. Como restablecimiento del derecho, el médico solicitó el reconocimiento de cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, indemnización moratoria, entre otras acreencias laborales.

Como hechos, el demandante señaló que prestó sus servicios de forma ininterrumpida y continua desde el 1º de septiembre de 2009 hasta el 28 de septiembre de 2012. Dijo que su vinculación con la entidad demandada se dio por medio de contratos de prestación de servicios profesionales, los cuales fueron ejecutados -en realidad- como contratos de trabajo. El demandante relató que cumplió la jornada asignada por medio de los “cuadros de turnos médicos”, cumplió permanentemente órdenes, llevó a cabo funciones que también desempeñan los médicos de planta, prestó sus servicios en las instalaciones del hospital demandado y usó herramientas y utensilios suministrados por la entidad demandada. También indicó que recibió una contraprestación económica por los servicios prestados.

La sentencia de primera instancia absolvió a la entidad demandada, es decir, no concedió lo solicitado por el médico demandante. La decisión se fundamentó en que el médico no logró probar una RTS, en especial, porque no probó la continuada subordinación o dependencia. El demandante interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia, el cual fue resuelto por el CDE en el sentido de confirmar la decisión de primera instancia.

La sentencia del CDE comenzó con la citación textual de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia. Su cita obedece a que un argumento de la apelación es que en la primera instancia no se hizo una adecuada interpretación de tales disposiciones. El CDE también señaló la inconformidad del demandante sobre la valoración probatoria de la subordinación y, a renglón seguido, determinó que lo que debe establecer es si en el caso concreto hubo subordinación o más bien una normal supervisión contractual. La sentencia también estableció que la subordinación laboral es el elemento esencial de la RTS (relación laboral, en los términos de la sentencia). Luego, citó el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 para ilustrar cuándo es permitida la contratación de personas naturales bajo el contrato de prestación de servicios, las consecuencias del uso adecuado de este tipo de contratos y qué debe suceder para que se declare una RTS oculta bajo un contrato de prestación de servicios.

En este punto, el CDE citó algunas sentencias de la Corte Constitucional y del CDE para concluir que deben probarse estos tres elementos: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador. A renglón seguido, el CDE citó de forma textual el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Remató el acápite señalando que es el

demandante quien debe desvirtuar la presunción del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y debe demostrar los tres elementos de la relación laboral ya indicados.

En la parte 3 -análisis del caso concreto- el CDE analizó las pruebas documentales y concluyó que la supervisión y control de la ejecución del contrato son parte de las obligaciones contractuales de la entidad contratante y no implican una continuada subordinación y dependencia. Luego, el CDE analizó la prueba testimonial (entre la cual se encontraba el interrogatorio del demandante) y concluyó que la contratación de servicios de la entidad demandada obedecía a la necesidad de satisfacer la creciente demanda de servicios y que las actuaciones de la entidad que se alegaron por el demandante como indicadoras de subordinación en realidad son funciones de supervisión propias del desarrollo contractual. En cuanto al cumplimiento de turnos, el CDE señaló que tal cumplimiento es necesario para el desarrollo eficiente de la actividad contratada. También concluyó que el demandante no desempeñó sus funciones en las mismas condiciones de subordinación y dependencia propias de otro servidor público.

Aspectos transversales y relación sentencias de médicos y sentencia de unificación

En seis³⁶ de las nueve sentencias sintetizadas, el CDE confirmó, modificó o adicionó las sentencias de primera instancia que habían ordenado el pago de acreencias laborales porque concluyeron que las relaciones contractuales entre los demandantes y las demandadas eran, en realidad, RTS. En tres de las nueve el CDE absolvió, ya sea confirmando³⁷ o revocando³⁸ la sentencia de primera instancia.

Por su parte, en la fundamentación general de las sentencias, en algunas de estas, el CDE acudió a más instrumentos normativos que en otras y explicó con mayor amplitud los fundamentos jurídicos de su decisión que en otras, pero desarrolló, sin falta, estos pilares: naturaleza y características del contrato de prestación de servicios en el marco de la Ley 80 de 1993, definición del contrato realidad y su fundamento constitucional -Artículo 53-, los elementos de la RTS, la carga probatoria en cabeza del demandante para probar esos elementos, el derecho a prestaciones legales -no a prestaciones extralegales- y, dentro de éstas, cómo funcionan los aportes a seguridad social, la interrupción de los vínculos contractuales y la prescripción.

De esos puntos comunes nos interesa resaltar tres y hacer notar algunas diferencias de manejo en las sentencias leídas:

Primero, los elementos de la relación de trabajo. Todas las decisiones coinciden en señalar tres: la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración, pero algunas introdujeron el artículo

36 Sentencias 2, 3, 5, 6, 7 y 9.

37 Sentencias 1 y 8. La confirmación significa que el juez de primera instancia no había declarado la RTS.

38 Sentencia 4. La revocatoria significa que el juez de primera instancia había declarado la RTS, pero el CDE no consideró probada la RTS.

23 del Código Sustantivo del Trabajo³⁹ y otras enfatizaron en ciertos requerimientos complementarios⁴⁰. Entre estos requerimientos complementarios, encontramos: la identidad de funciones y formas de desarrollarlas entre el médico demandante y el personal de planta, la relación del cargo con la misión de la entidad, la permanencia o continuidad en el cargo o, en el caso de una⁴¹ de las sentencias posteriores a la sentencia de unificación reseñada, los estudios previos como parámetro para definir si había o no una RTS. En lo atinente a la subordinación, algunas sentencias enfatizaron en la necesidad de no asociar las exigencias propias de coordinación con la subordinación.

Segundo: las sentencias condenatorias establecen, explícita o implícitamente, que los trabajadores bajo una RTS camuflada no ostentan la calidad de empleados públicos. La decisión sobre este punto define a cuáles acreencias laborales tiene derecho el médico demandante⁴², esto es, las prestaciones legales de los servidores públicos de similar cargo, pero no la prestaciones extralegales que solamente se reservan para quienes ostentan la calidad de servidor público⁴³. En este punto, el matiz viene de qué tanto énfasis explícito haga la sentencia en que el trabajador no puede ser considerado un empleado público⁴⁴.

El *tercer punto* que nos interesa resaltar es que en dos de las sentencias proferidas con posterioridad a la sentencia de unificación⁴⁵, el CDE usó las reglas establecidas en tal sentencia⁴⁶ para explicar los elementos de existencia de una RTS y también para establecer cómo opera la solución de continuidad y la prescripción.

Por otro lado, en el análisis de los casos concretos, encontramos rasgos similares en todas las sentencias. El primer rasgo que queremos destacar es que el mayor análisis de pruebas en las sentencias se centró en el elemento de la subordinación y consistió en escudriñar los documentos y los testimonios de terceros recaudados en el proceso. Los documentos protagonistas fueron los contratos de prestación de servicios y aquellos otros documentos que reflejaban sujeción y órdenes a los médicos, más allá de la mera coordinación. Por su parte, los testimonios valorados fueron dados por compañeros y compañeras de trabajo. La prueba del elemento de subordinación era tan importante en las sentencias, que fue el principal motivo de absolución en las tres decisiones absolutorias que revisamos⁴⁷, mientras que en otra sentencia sirvió de motivo para modificar la sentencia de primera instancia que favorecía en mayor medida al médico demandante⁴⁸.

39 Sentencias 1, 2, 3 y 6.

40 Sentencias 1, 5, 6, 7 y 9.

41 Sentencia 6.

42 La sentencia 6 es algo distinta de las demás porque en la parte resolutive (numeral 2) no excluye de forma explícita las prestaciones extra legales.

43 Es decir, aquellas mínimas establecidas en la ley. Las extra legales son aquellas que superan los mínimos establecidos en la ley. Usualmente estos derechos extralegales se establecen en convenciones colectivas de trabajo, que son producto de negociaciones colectivas entre sindicatos y empleadores.

44 Más énfasis en las sentencias 3, 7 y 9.

45 Sentencias 4, 6 y 7.

46 La sentencia 4 no la usa, las sentencias 6 y 7, sí.

47 Sentencias 1, 4 y 8.

48 En la sentencia 5, el médico demandante trabajó como médico general y como coordinador médico. La juez de primera instancia concluyó que en ambos cargos hubo subordinación, mientras que la sentencia de segunda instancia, luego de valorar

El segundo rasgo de los análisis de los casos concretos que queremos destacar es el razonamiento para determinar las condenas: lo primero que hace el CDE es definir qué tipo de acreencias son viables en el caso; todas las sentencias establecieron que los médicos demandantes tienen derecho a prestaciones sociales legales similares a los empleados de planta que tienen un cargo similar o igual y ninguna⁴⁹ condena a prestaciones sociales extralegales ni a sanciones moratorias. Después de determinar las acreencias a las que los y las demandantes tienen derecho, las sentencias establecieron los términos de prescripción, para lo cual usaron la figura de la interrupción o solución de continuidad de la relación contractual. En dos de las sentencias posteriores a la sentencia de unificación, el CDE usó los parámetros determinados en tal sentencia⁵⁰.

Por último, para completar la descripción, diremos que las nueve sentencias de médicos abordan el caso desde aristas similares a la sentencia de unificación. Por supuesto que esta, dada su finalidad como sentencia de unificación, organiza las reglas de forma más sistemática que varias de las nueve, pero tanto la metodología de decisión como las fuentes normativas suelen ser similares a pesar de que el caso es distinto⁵¹. Un punto importante en que es notable la diferencia de la sentencia de unificación con respecto a las demás es el diagnóstico del abuso de la contratación por servicios, la recordación de los compromisos del Estado colombiano con el orden internacional (OIT y sistema interamericano) y la sugerencia de medidas, como los supernumerarios y el servicio temporal, para honrar tales compromisos.

Otro punto de relación identificado es que la sentencia de unificación comienza a incidir en las decisiones posteriores que resuelven casos de médicos contratados por prestación de servicios que pretenden la declaratoria de una RTS. Así, a pesar de que la sentencia no trata un asunto del gremio médico, sí generó reglas que afectarán a quienes pertenecen a ese gremio y a los procesos que lleguen a conocimiento de la alta Corporación de lo Contencioso Administrativo. Como mostramos en la descripción individual, las sentencias de médicos usaron las reglas de la sentencia de unificación especialmente para explicar en general o aplicar en el caso concreto los elementos de la relación de trabajo, los indicios de la subordinación, la solución de continuidad de los contratos –cuánto tiempo debe pasar para que se entienda que la relación laboral se interrumpió– y cómo funciona la prescripción en este tipo de casos.

las pruebas, determinó que el demandante no acreditó que en su cargo de médico general hubiera subordinación continuada y permanente. Un aspecto clave para concluir esto fue que el demandante podía escoger su horario y también tenía la posibilidad de trabajar por su cuenta en su propio consultorio.

49 Una sentencia que no excluye explícitamente las prestaciones extralegales en su parte resolutoria es la 6

50 Sentencias 6 y 7.

51 Aunque hay un punto de semejanza: los demandantes son profesionales de profesiones liberales (abogada y médicos).

ii) Síntesis del proyecto de ley N.º 423 de 2021 de la Cámara de Representantes y breves comentarios sobre su articulado.

En este acápite, además de describir el proyecto de Ley presentamos algunos comentarios, los cuales se desarrollan en el próximo acápite o se enuncian como una invitación a profundizar en la crítica.

El Proyecto de Ley número 423 de 2021 de la Cámara de Representantes tiene como objetivo principal evitar el encubrimiento de relaciones laborales mediante el contrato de prestación de servicios, reforzando y salvaguardando el principio de la realidad sobre las formas y disposiciones que buscan la protección especial de los trabajadores. Para ello, delimita un ámbito de aplicación: la contratación estatal, escenario en el cual se hace constante uso de la práctica de camuflar relaciones laborales bajo contratos de prestación de servicios, siendo en el sector público:

“una modalidad contractual de naturaleza administrativa autónoma e independiente que se caracteriza por el especial conocimiento técnico, científico, profesional o de apoyo a la gestión que tiene el contratista. Su duración debe estar limitada por el tiempo estrictamente necesario para ejecutar el objeto del contrato y en ningún caso para el cumplimiento de actividades o funciones permanentes de las entidades públicas⁵²”

Luego, el proyecto aclara que en virtud del principio de planeación de la contratación estatal⁵³ las entidades contratantes deberán acreditar la necesidad de celebrar el contrato bajo esta modalidad. A su vez, el proyecto propone que el Departamento Administrativo de la Función Pública proceda a realizar una identificación y registro de los contratos de prestación de servicios celebrados al momento, en aras de identificar las condiciones en las que se encuentren quienes estén vinculados a las entidades contratistas del Estado bajo la nombrada modalidad. Ello para poder dignificar y evitar el encubrimiento de relaciones laborales.

Vemos en las anteriores disposiciones un carácter preventivo, como un llamado de atención inicial para regularizar el esquema de contratación considerando, por un lado, las necesidades de la administración y, por otro, los derechos laborales. Este carácter, pretende convocar a replantear los esquemas de contratación implementados en el sector público, pero también supone medidas que por lo menos pueden implicar disuasores simbólicos⁵⁴ mediante la adopción de medidas como, por ejemplo, la inclusión de una cláusula penal y la acción de repetición. La dimensión simbólica consiste en advertir y prevenir a los servidores públicos encargados de la contratación, las consecuencias negativas que devienen de su inobservancia, más aún cuando ello degenera en consecuencias patrimoniales.

A continuación, comentaremos las medidas concretas para cumplir con los objetivos de la futura ley:

⁵² Así lo describe el proyecto de ley.

⁵³ Tal como se enuncia en los artículos 23 y siguientes de la ley 80 de 1993

⁵⁴ Como un efecto simbólico del derecho, tomamos el concepto de Mauricio García Villegas, La eficacia simbólica del derecho; Sociología política del campo jurídico en América Latina. (Bogotá, IEPRI 2015)

Artículo 6: El cual pretende la inclusión de una Cláusula Penal obligatoria para los contratos de prestación de servicios, que tendría como fin el reconocimiento de una suma del 10% del valor total del contrato en favor del contratista, cuando se le vulneren sus derechos en virtud de las disposiciones contractuales o los adicionales reconocidos por el proyecto de ley.

Sobre dicha cláusula, entendemos que se abre un escenario que limita la libertad de configuración contractual y que ello puede constituir un debate importante en sede de constitucionalidad, justamente por la contraposición de valores como son dicha libertad contractual y la especial protección a los trabajadores, además del derecho al trabajo dentro del bloque de los Derechos Económicos Sociales y Culturales⁵⁵ cuyo valor se encuentra en conexidad con principios como el de la dignidad humana.

Brevemente y a modo de introducción al debate que referimos en el párrafo anterior, consideramos de suma importancia incluir en el análisis de constitucionalidad elementos como: a) la inherente asimetría entre las partes en las relaciones laborales, que ha sido definida por la Corte Constitucional como multidimensional, toda vez que puede ser jurídica, contractual, económica e incluso simbólica⁵⁶; b) la especial protección al trabajador que la Constitución Política encomienda al Estado; c) los principios que rigen la contratación estatal y propiamente los fines del Estado. A modo de cierre, sobre la referida cláusula entendemos que puede ser un buen instrumento para salvaguardar los intereses de los contratistas y a su vez es una medida preventiva para el ocultamiento de las relaciones laborales.

Sin perjuicio de lo anterior, nos parece que esta medida por sí misma no es suficiente para evitar el encubrimiento, toda vez que para su activación se debe dar la declaración de incumplimiento de alguno de los derechos consignados en la misma ley para los contratistas del Estado. Además, nos planteamos el interrogante de que, en todo caso, la consecuencia patrimonial será en proporción a la base taxable, es decir, el valor del contrato. Igualmente, la reparación lograda por esta vía puede ser inferior a la que podría lograrse con condenas que abarquen la totalidad de las acreencias laborales dejadas de percibir por el trabajador.

Artículos 7 a 13: Estos artículos buscan hacer acreedor de derechos especiales al contratista por prestación de servicios, dentro de estos derechos se encuentran. Honorarios calculados en correspondencia al personal de planta y a la formación académica y experiencia; garantía de no terminación anticipada; disfrute del descanso de 12 días hábiles por año de servicio; acceso a cajas de compensación familiar, subsidios y beneficios; cotización de los aportes a seguridad social; incentivo a la cultura de ahorro y prima anual y la simplificación del proceso de pago de seguridad social.

Todo lo anterior, evidentemente busca dignificar a los contratistas bajo la modalidad de prestación de servicios entendiendo que dicha figura, por su desarrollo en el contexto colombiano, guarda una

⁵⁵ De ahora en adelante DESC.

⁵⁶ Corte Constitucional del Colombia, Sentencia T-340 MP; Gloria Stella Ortiz Delgado (2017)

especial relación con la fuerza laboral y, aunque no debe ser usada para el encubrimiento de relaciones laborales, sí debe tener una cercanía con las garantías de los trabajadores. Lo anterior, toda vez que esta modalidad de contratación sirve de sustento a muchas personas que adelantan el ejercicio de su profesión mediante ella. Entendemos este articulado como un intento de equiparar algunas protecciones de la RTS a los contratistas auténticos, es decir, aquellos que no padecen una relación subordinada camuflada.

Artículo 14: Este artículo refiere a la imposibilidad de que las entidades exijan a los contratistas el seguimiento de reglamentos de la entidad como garantía de no constitución de subordinación laboral. Lo anterior, puede constituir una forma de evitar la configuración del elemento de subordinación dentro de los contratos de prestación de servicios, sin embargo, los reglamentos de las entidades no son las únicas directrices que pueden constituir el antedicho elemento. Por ese motivo, es imperativo que dentro de cada caso que se someta a revisión las condiciones particulares a las cuáles se sometieron las relaciones contractuales.

Artículos 15 a 22: Estos artículos pretenden ayudar al tránsito de entrada en vigencia de la norma, además incentivar, mediante las diferentes modalidades de contratación, bien sea mediante acuerdos de formalización laboral a término definido o indefinido, de expansión de las plantas de personal, la contratación laboral y formalización de los contratistas. Además, se formula la posibilidad de que los trámites administrativos se realicen por vías virtuales, implementando tecnologías que alivianen los procesos.

Sobre el artículo 15 consideramos que la fijación de topes máximos de contratación por medio de contratos de prestación de servicios es una buena medida, sin embargo, la formulación de dichos topes no está dada de una forma clara, toda vez que no establece una fórmula de cálculo en correspondencia con las nóminas de trabajadores y con las cualidades del contratante. Una primera observación es que sería conveniente plantear una correspondencia en razón de la nómina de trabajadores con elementos variables en virtud de la entidad contratante. Además, es preciso mencionar que este artículo enuncia los instrumentos punitivos a los que hay lugar en caso de incumplimiento. Se trata de sanciones administrativas, penales y disciplinarias por uso indebido de los recursos públicos. Tales sanciones son clave en aras de ejercer un control real y juicioso sobre las entidades contratantes. Luego, habrá que ver si efectivamente se surte dicho control y cómo se haría la argumentación de “cuánto es mucho” si no se fijare una fórmula o un tope numérico variable entre las distintas entidades.

Sobre el artículo 17: Los mecanismos tecnológicos de control y seguimiento mediante la información son importantes siempre y cuando la norma sea aplicada de forma sistemática. Es decir, por sí mismo no es una medida suficiente para el ejercicio de control, lo anterior ya que su finalidad, tal cómo se plantea en el proyecto, es la de crear una base de datos unificada. En ese sentido, habrá que pensar

cómo sistematizar dichas herramientas tecnológicas para otorgarles instrumentos que puedan advertir de las irregularidades que se evidencien en la recolección de los datos, en últimas esto se traduce en que efectivamente los mecanismos no sólo ejerzan seguimiento, sino que también activen el control.

Sobre el artículo 20: En cuanto a la actualización de las plantas globales de empleo⁵⁷, como medida transitoria, consideramos que es una gran oportunidad para formalizar a los trabajadores que se encuentren en los esquemas de encubrimiento de relaciones laborales. No obstante, las plantas temporales no dejan de ser problemáticas toda vez que la dimensión colectiva del derecho del trabajo se ve inherentemente vulnerada, desde su constitución y ejercicio, justamente por el elemento de transitoriedad. Profundizaremos sobre este punto en el ítem iii.

Sobre el artículo 21: Los acuerdos de formalización laboral, son medios claramente idóneos y con vocación de mejora en correspondencia a superar el problema de las condiciones contractuales de los trabajadores. No obstante, es pertinente señalar que dichos acuerdos deben enmarcarse en función de garantizar y ofrecer plenamente las potestades y derechos a los trabajadores, siempre y cuando se formulen los acuerdos en pro de dichas garantías.

Artículo 23: Este artículo abre la posibilidad de habilitar la acción de repetición contra los servidores públicos que hubieren participado en el ocultamiento de un contrato laboral, en el cuál se hubiere dado la posterior declaratoria bajo la figura del contrato realidad. Esta figura es sin duda un mecanismo sumamente idóneo para evitar el encubrimiento, toda vez que tiene una función preventiva muy fuerte al permitir al Estado repetir en contra de sus funcionarios. El problema que encontramos de frente a su implementación es que como lo ha establecido el CDE,⁵⁸ es que la acción de repetición procede siempre que se acredite que el funcionario en contra de quien se pretenda repetir hubiera actuado con culpa grave o dolo. En ese sentido, atender a la carga probatoria, para acreditar que existen algunos de estos dos presupuestos es complejo, siempre que la demostración del dolo o la culpa grave mediante estos esquemas de contratación no es tan evidente.

Para poder entender la sobreviniente dificultad enunciada en el anterior párrafo extraemos la siguiente cita

“Como lo ha evidenciado el Consejo de Estado, existen debilidades en el sustento probatorio presentado por las entidades demandantes, a pesar de que en ellas recae la carga de la prueba, es decir, les corresponde demostrar la situación fáctica que afirman, esto es, que el daño antijurídico por el cual fueron condenadas se originó en la acción u omisión dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes.⁵⁹”

⁵⁷ Las plantas globales de empleo son la base de empleos requeridos para el cumplimiento mínimos de las funciones de una entidad.

⁵⁸ Consejo de Estado SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B (STC) n° 11001-03-26-000-2008-00061-00 del 02-06-2021

⁵⁹ Cita directa extraída de Tatiana Paola Vargas Echeverría, *La Acción de repetición un mecanismo ineficaz respecto a la responsabilidad patrimonial del estado y funcionarios públicos en Colombia*. (Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2021)

Cita Original Contraloría General de La República, Informe No. 89113-059-05. <https://repository.upb.edu.co/bitstream/hand->

iii) ¿Son suficientes los instrumentos reseñados para proteger de forma idónea al trabajador vinculado como contratista? ¿Son suficientes para los médicos?

Hablar de la suficiencia en la protección de un sector de trabajadores puede ser de suma dificultad porque es difícil establecer y justificar parámetros que indiquen tal criterio de suficiencia. Además, si se logra establecerlos y justificarlos, pueden ser difíciles de aplicar. No obstante, intentaremos ambas cosas bajo el criterio de idoneidad. Para esto, se hará uso de aspectos sustantivos y aspectos procesales, leídos de forma transversal por el derecho a la igualdad⁶⁰, los principios del derecho al trabajo y al trabajo decente⁶¹, en los términos explicados en la sentencia de unificación reseñada.

La Sentencia de unificación establece un punto de referencia fundamental para valorar la protección a la que aspiran las sentencias y el Proyecto de Ley. Dicha protección es justamente la garantía de derechos del trabajo desde la constitución, el bloque de constitucionalidad y la implementación de las medidas del trabajo decente establecidas por la OIT. El logro de lo anterior, implica, entre otras cosas, poner unas cortapisas a una forma reiterada de evadir el reconocimiento de relaciones de trabajo subordinadas y de las acreencias que de aquellas se derivan, por parte de la administración pública. El Estado, en este escenario, se erige como un actor de violación directo de los derechos que está obligado a defender y garantizar.

No obstante, nos parece que a pesar de que la jurisprudencia estudiada logra en cierta medida la protección de los trabajadores demandantes, sirve como referente para futuros accionantes y que el proyecto de ley es bien intencionado, ambos instrumentos dejan de lado puntos que podrían efectivizar en mayor medida los derechos fundamentales del trabajo, la igualdad y el trabajo decente invocado por la OIT. Es decir, son insuficientes para lograr tales propósitos. Dichos derechos podrían servir como disuasivos potentes frente al abuso del uso de los contratos de prestación de servicios, como medio para camuflar relaciones de trabajo subordinadas. En otras palabras, a pesar del gran diagnóstico, de la claridad de los fines que pretenden lograr y de los efectos simbólicos⁶², las medidas para superar

[le/20.500.11912/8188/La%20acci%C3%B3n%20de%20repetici%C3%B3n%2C%20un%20mecanismo%20ineficaz.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm)

60 Una aclaración: el ejercicio de usar el derecho a la igualdad como parámetro de análisis de las sentencias y del proyecto de ley nos llevará en algunas ocasiones a comparar la situación de los contratistas públicos con los trabajadores del sector privado. Esta comparación no es un comodín ni desconoce que hay diferencias grandes y justificadas entre un régimen y otro, las cuales se han explicado de forma suficiente por las altas cortes. Véanse las siguientes sentencias para profundizar en el tema: Corte Constitucional (STC) C-055/99 Magistrado Ponente, Carlos Gaviria Díaz. y Corte Constitucional (STC) C-598/11 Magistrado Ponente, Alejandro Martínez Caballero. sino que plantea una comparación específica en el punto de las relaciones camufladas, el cual merece un análisis especial por los puntos de comparación y los criterios generales que confluyen en ambos regímenes (Trabajo decente, principios del trabajo y derecho de igualdad) y también plantea una crítica sobre si las diferencias y similitudes en este preciso punto pueden justificar un trato diferente.

61 Según la OIT, el trabajo decente sintetiza las aspiraciones de las personas durante su vida laboral. Significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres. Disponible en:

<https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm>

62 Además de los efectos simbólicos que mencionamos con respecto al proyecto de ley, nos parece que las sentencias también

el diagnóstico y lograr los fines identificados y compartidos, nos parecen insuficientes.

En cuanto al esfuerzo legislativo, como vimos, el Proyecto de Ley busca la implementación de medidas multidimensionales⁶³ para evitar el encubrimiento de las relaciones laborales mediante el contrato de prestación de servicios y también busca mejorar las condiciones de los verdaderos contratistas del Estado, haciéndoles acreedores de algunos derechos que hoy no se reconocen en la ley⁶⁴. Además, el proyecto implica, en sí, un claro llamado de atención al sector público para que regularice sus esquemas de contratación y hagan uso correcto de las figuras que la normatividad predispone para cumplir los fines del Estado. Esto implica un cambio legislativo importante y puede permitir el cierre de una brecha entre estos y los trabajadores de planta. Para lograrlo, el articulado del proyecto plantea medidas pertinentes que merecen un estudio individual profundo desde lo conceptual y también desde su aplicabilidad y potencial efecto. De todas formas, una lectura individual del proyecto complementada con el conjunto de las sentencias, nos permite formular algunos cuestionamientos que, a nuestro juicio, reflejan insuficiencia o falta de idoneidad con respecto a la finalidad y los objetivos identificados en los instrumentos referidos.

Finalmente, consideramos que el Proyecto de Ley y la sentencia de unificación –su diagnóstico, reglas y garantías– son extensibles a los médicos que son sometidos a prácticas que vulneran sus derechos laborales y los excluyen del anhelado trabajo decente, la igualdad con sus colegas de planta y todos aquellos valores del trabajo resaltados por la OIT y reiterados por el CDE en su sentencia de unificación. Tal extensión es posible en tanto que, como vimos, la forma de proteger judicialmente a los médicos es similar a la establecida para la generalidad de quienes ostentan una RTS camuflada en un contrato de prestación de servicios, generalidad representada en el Proyecto de Ley y en la sentencia de unificación descrita. En efecto, las medidas protectoras de ambos instrumentos no riñen con las reglas reiteradas o fijadas en las sentencias de médicos. De acuerdo con lo anterior, es plausible entender que las críticas y propuestas a las reglas generales que aplican a relaciones camufladas en el sector público puedan ser extensibles a los médicos. Además, téngase en cuenta que la sentencia de unificación se refiere a una persona que presta un servicio bajo una de las denominadas profesiones liberales, de las cuales forman parte los médicos.

Pasamos entonces a fundamentar nuestros cuestionamientos, así:

logran efectos simbólicos importantes. Entre estos, el reconocimiento explícito de que se continúa abusando de forma sistemática del contrato de prestación de servicios, de que ese abuso constituye una violación sistemática de derechos laborales y de que esa violación implica el desconocimiento de compromisos internacionales. Otros efectos simbólicos son la sensación de respaldo al trabajador y el regaño a las autoridades estatales encargadas de garantizar los derechos. Finalmente, la movilización alrededor de la protección de un sector que se vio como salvador en la pandemia se ve fortalecida por pronunciamientos judiciales que tuvieron cierto eco, como la sentencia 9.

63 En el sentido de que apunta a medidas para evitar relaciones encubiertas y a extender garantías para servidores públicos a contratistas y tales medidas encierran dimensiones objetivas que pueden traer efectos instrumentales materiales y también efectos simbólicos disuasorios.

64 Nos referimos a las Garantías Mínimas consagradas en el capítulo II del Proyecto de Ley y que son independientes de la declaración de una RTS. Por ejemplo, a la garantía de no terminación anticipada o de descanso necesario.

A. Prestaciones extralegales y permanencia en el empleo

Echamos de menos el reconocimiento de las prestaciones extralegales⁶⁵ de las que sí gozan o deberían gozar⁶⁶ los empleados de planta⁶⁷; recordemos que en ninguna de las sentencias revisadas se reconocen. Los argumentos para negar tales prestaciones son plausibles, pero incompletos⁶⁸: las sentencias consideran que la declaratoria de existencia de una relación laboral o RTS no convierte al accionante en empleado público y como las prestaciones extralegales son para estos, no pueden extenderse a quien inicialmente fue contratado por otra figura. Esto desconoce una base fundamental de la protección de todos esos derechos que menciona la sentencia de unificación y del trabajo decente como es la libertad sindical- negociación colectiva, asociación⁶⁹ y huelga. Este desconocimiento tiene por lo menos dos manifestaciones concretas: por un lado, con respecto al trabajador o trabajadora demandante que ve limitada su libertad de asociación por un actuar reprochable que le es ajeno –haber sido contratado mediante una figura que no correspondía- y, por otro, con respecto a la organización sindical de servidores públicos en tanto que la vinculación de contratistas por prestación de servicios, camuflando una relación laboral, permite restar fuerza al poder de asociación y negociación de las organizaciones sindicales de servidores públicos.

Todo lo anterior se consiente sin que haya una consecuencia que sirva para reparar tanto al trabajador vulnerado como a la organización sindical de la que podría haber formado parte. Infortunadamente, el Proyecto de Ley no contempla medidas explícitas para remediar este punto. Es más, en el Proyecto ni siquiera se mencionan de forma explícita los derechos colectivos y parece que quedará en cabeza de los jueces el papel de contribuir de mejor manera a la protección completa del trabajo decente, de los derechos fundamentales de asociación, negociación y de igualdad en relación con los trabajadores del sector privado y con los trabajadores de planta.

65 Aquellas que exceden el mínimo salarial y prestacional establecido en la ley y que se consagran en instrumentos como la convención colectiva, el pacto colectivo o el contrato de trabajo.

66 Conocemos que no siempre se garantiza a los servidores públicos vinculados de forma adecuada, los derechos de asociación, negociación colectiva y huelga. No obstante, no nos parece que las eventuales limitaciones justifiquen la restricción de tales derechos en los casos en que a los trabajadores de planta sí se les han garantizado. Sobre la falta de garantía de derechos colectivos de los servidores públicos, recomendamos consultar, entre otros: José Édgar Ospina Duque, *Derecho colectivo del trabajo: una guía teórica y práctica para los estudiantes, las nuevas generaciones de abogados y de trabajadores*. (Bogotá, Ibañez, 2005) y . Jorge Villada, *La negociación colectiva del sector público: obstáculos y posibilidades jurídicas, organizativas y políticas*. (Medellín, Escuela Nacional Sindical, 2005) Hernán Trujillo Tovar, *OIT, Estudio sobre los conflictos laborales y los mecanismos de solución en el sector público de Colombia*. (OIT, 2016) Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-lima/documents/genericdocument/wcms_561227.pdf

67 Es decir, aquellos vinculados desde el inicio como servidores públicos.

68 Y es incompleto, además de las razones que explicamos en este párrafo, porque resulta incomprensible que a quien le exigen que pruebe identidad de funciones con los trabajadores de planta, luego de lograr probarlo (porque si no lo prueba no habría lugar al restablecimiento del derecho), le digan que su situación en derechos es distinta; es una forma de justificar y de dejar impune un actuar del Estado que no le es imputable al trabajador. Es como si de le dijera al trabajador/a: tienes derechos, pero menos que aquellos en una situación fáctica similar, por el simple hecho de que la forma originaria de tu vínculo es distinta. Fijémonos acá también que eso es justamente reconocer mayor peso a la formalidad (el vínculo inicial) que a la realidad (la manera cómo se prestó el servicio).

69 Que además son derechos cuyo contenido se remite a rango constitucional y que a su vez están dirigidos a garantizar mínimos, también de rango constitucional para los trabajadores. Sobre el alcance, importancia y relación de los derechos colectivos del trabajo, ver los Convenios 87, 98 y 154 de la OIT, así como las decisiones del Comité de Libertad Sindical y la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, de 1998.

Adicionalmente, no conceder derechos extra legales no solo implica una posición de desventaja del contratista que deviene en trabajador con sus colegas de planta, sino también una posición desigual con respecto al trabajador particular que también encontró en la jurisdicción la declaración de su verdadera relación laboral, a quien sí se le ha reconocido por parte de la Corte Suprema de Justicia en algunas sentencias, derechos extra legales.⁷⁰

Otro aspecto sustantivo clave en la sentencia de unificación y en el Proyecto de Ley es la sugerencia -en la sentencia- y la orden -en el proyecto- de acudir a supernumerarios y a plantas temporales⁷¹ para paliar la proliferación de contratos de prestación de servicios. Nos parece que la adopción de estas medidas puede significar un avance hacia la protección plena del trabajo decente y los principios del derecho del trabajo, porque por lo menos pueden garantizar los derechos mínimos del trabajo en su ámbito individual (las Empresas de Servicios Temporales -en adelante, EST-, como están planteadas hoy, se rigen por el régimen privado⁷²). No obstante, en el caso de las Empresas de Servicios Temporales, el flanco de los derechos colectivos y las prestaciones extralegales sigue descubierto⁷³ y subsisten estos problemas:

En primer lugar, desincentiva el derecho colectivo en el sector público y las prestaciones extralegales públicas. Esta es una consecuencia natural de la contratación de trabajadores por un régimen como el de la Ley 50 de 1990, el cual es de carácter privado. Esta contratación, además, tiene un límite temporal de seis meses, prorrogables por otro periodo igual, al cabo del cual no es posible continuar con la misma persona contratada ni contratar los mismos servicios con otras EST. Esto genera un riesgo de que la EST se convierta en simple intermediaria y la empresa usuaria (el Estado, en estos casos) se considere el verdadero empleador⁷⁴. Esta situación, por un lado, vuelve al problema que la ley y la sentencia de unificación pretenden cubrir⁷⁵. Por otro lado, aunque nada impide que los trabajadores temporales creen sindicatos, negocien colectivamente y hagan huelga, tales derechos se garantizan como trabajadores particulares y se ejercen ante sus empleadores, que son las EST y no el Estado. Es decir, el ejercicio del derecho de libertad sindical no lo ejercen como servidores públicos, lo cual, ade-

70 Ver, por ejemplo, la sentencia SL825-2020; - con ponencia de Gerardo Botero Zuluaga, donde se identifica el presupuesto entredicho por el cual los trabajadores sí están facultados para ser indemnizados integralmente incluso las prestaciones extralegales. Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), Sentencia SL825-2020 (Bogotá, 2020). Ver también la sentencia: Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), Sentencia SL9372022-2022 (78762) (Bogotá, 2022) con ponencia de Iván Mauricio Lenis.

71 Entiéndase por supernumerarios: los auxiliares que se vinculan para suplir o atender necesidades del servicio y/o para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio. Definición extraída de: Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 164011 de 2019 Radicado 20196000164011 (Bogotá D.C). Entiéndase por plantas temporales el conjunto de los empleos requeridos para cumplir actividades de carácter extraordinario en cumplimiento de funciones que no son desarrolladas por la planta permanente o que son auxiliares a las funciones de dichas plantas. Departamento de Función Pública, Decreto 1083 de 2015.

72 Ver: Art. 70 y SS de la Ley 50 de 1990.

73 Con respecto a los Supernumerarios, nos parece que la temporalidad de la figura, la cual está definida en el artículo 83 del Decreto Ley 1042 de 1978, puede obstruir la continuidad necesaria para la participación del movimiento sindical. No obstante, consideramos que esta es una figura que tiene un fin loable en tanto que permite suplir vacantes derivadas de faltas temporales justificadas.

74 Ver: Artículos 77 y 78 de la Ley 50 de 1990. También el Decreto 1707 de 1991. La jurisprudencia también es clara sobre el efecto de vulnerar las disposiciones normativas sobre la temporalidad de las EST. Ver: Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), Sentencia SL467-2019 (Bogotá, 2019)

75 En el sentido de que el empleador terminará siendo el Estado, igual que pasa con los contratistas bajo relaciones camufladas.

más, impide una articulación con los servidores de planta.

En segundo lugar, el carácter permanente y misional que prevalece en las relaciones laborales tratadas en las sentencias leídas riñe con la temporalidad de los supernumerarios y con los límites temporales de Ley 50 de 1990. Recordemos que dos criterios establecidos en la sentencia de unificación y usados en algunas de las sentencias de médicos⁷⁶ son el carácter permanente del cargo ejercido por el contratista y su similitud con el cargo desarrollado por servidores de planta, lo cual se valora también desde el punto de vista misional de la entidad contratante. Estos rasgos riñen de forma protuberante con la temporalidad de las EST y los supernumerarios. Más con las EST porque justamente la razón de ser de estas empresas es prestar servicios temporales, no convertirse en empresas de suministro de personal permanente para asumir la misión de la empresa.

B. Sanciones moratorias

En cuanto a las sanciones moratorias, los dos argumentos usados en algunas de las sentencias de médicos leídas⁷⁷ para abstenerse de condenar son: que el derecho a las prestaciones deriva de la sentencia (primer argumento) y que el médico demandante no demostró perjuicios (segundo argumento). Por su parte, la sentencia de unificación reseñada no contiene un pronunciamiento expreso, mientras que el Proyecto de Ley no lo contempla de forma explícita.

Frente al primer argumento, consideramos que la sentencia es meramente declarativa porque genera efectos de reconocimiento y no ejecutorios o constitutivos frente al pago de las verdaderas acreencias ante el encubrimiento de la relación laboral. Lo que hace la sentencia laboral es reconocer, luego de un arduo debate probatorio, que el actor debía gozar de derechos prestacionales establecidos para quien presta un servicio en situación de subordinación y con los demás elementos identificados en las sentencias reseñadas. En otras palabras, la condena se basa en una realidad dada y en las consecuencias o efectos que la ley dispone para esa realidad pasada. Estas consecuencias, entre las cuales están el derecho a las prestaciones, las cuales son para cubrir dicha relación y no para lo que viene después de la sentencia, no implican un futuro vínculo con la entidad. De igual manera, no transforma el vínculo pasado ni las obligaciones de las partes.

Frente al segundo argumento, sobre la no demostración de perjuicios, formulamos los siguientes cuestionamientos:

Recordemos que para la declaratoria de la RTS hace falta probar la similitud de la relación laboral con la de los empleados de planta. De igual manera, tengamos en cuenta que las prestaciones económicas reconocidas a los servidores públicos de planta y también aquellas derivadas de la RTS tienen como

⁷⁶ Sentencias 3 y 6.

⁷⁷ Sentencia de unificación y sentencias 6 y 9

finalidad principal cubrir contingencias y remunerar el descanso del servidor⁷⁸. De acuerdo con esto, el objetivo de la regulación legal y de las decisiones judiciales para ir en consonancia con el trabajo decente y con el principio de igualdad, debería apuntar a igualar, en la medida de lo posible, a aquel trabajador que vio burlado su derecho y que recibe tarde sus prestaciones con aquel a quien se le garantizó oportunamente. Ahora bien, como es imposible devolver el tiempo para pagar oportunamente lo adeudado, podría acudir a la figura establecida en el ordenamiento que justamente repara la tardanza en el pago de acreencias laborales –la sanción moratoria-. Así, desde esta perspectiva, poco tendrían sentido las exigencias de probar perjuicios porque el perjuicio es el trato desigual entre iguales y hacer inane la finalidad de las prestaciones sociales y ambas cosas surgen de los requisitos probatorios para declarar la RTS –carácter permanente de la prestación personal e identidad con los funcionarios de planta- y de la falta de oportunidad obvia en el pago de las acreencias⁷⁹.

Por su parte, en el Proyecto de Ley, como dijimos, no hay propiamente el establecimiento de sanciones moratorias. Consideramos que esta era una buena oportunidad para plantear una indemnización tarifada como la establecida en el régimen privado⁸⁰, en aras de garantizar una indemnización equitativa y equiparable con los trabajadores del sector privado⁸¹. En este punto insistimos en que estas propuestas no desconocen las fundadas diferencias de trato entre servidores públicos y trabajadores del sector privado, sino que constituyen una idea de equiparación para casos y aspectos puntuales en los cuales el tratamiento jurisprudencial equipara a los trabajadores y trabajadores independientemente de su vínculo con el Estado. En ese sentido, por un lado, e independientemente de si el empleador es una persona jurídica de derecho público, por otro. Esta propuesta resulta loable si se tiene en cuenta el diagnóstico y el compromiso reconocido desde la misma jurisprudencia.

C. Solución de continuidad y prescripción

La sentencia de unificación es clave porque aclara cuáles son las reglas para entender que un vínculo contractual se interrumpió y cuáles son los efectos de esa interrupción en materia de prescripción. Recordemos que la Corporación consideró que el término mayor de treinta días hábiles entre un contrato es razonable para establecer que la relación se interrumpió⁸² y que, si hay interrupción, el

78 Una definición de prestación social para el sector público y la explicación pormenorizada de cada prestación social se encuentra en Departamento Administrativo de la Función Pública, *Concepto Marco 02* (2014). Disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=62920>

79 En las sentencias encontramos que la fecha de terminación de la relación laboral más reciente fue el 31 de diciembre de 2013 (sentencia 3). Esto implica cinco años de tardanza para obtener una decisión de segunda instancia, sin sumar lo que puede demorarse el Estado en pagar las condenas. Este punto también nos remite a otro aspecto que podría valorarse para determinar las sanciones moratorias. Nos referimos a la carga que implica para el médico trabajador tener que contratar un abogado, iniciar unas reclamaciones prejudiciales, asumir unas cargas procesales, esperar muchos años, entre otras cosas. Todos estos aspectos, aunque no necesariamente implican un perjuicio a resarcir por medio de una indemnización moratoria, quedan ínfimamente reparadas (con la imposición de costas y agencias en derecho).

80 En el Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

81 Aunque la indemnización no es automática porque hay que demostrar la buena fe, sí es un avance la indemnización tarifada toda vez que otorga parámetros y garantiza la igualdad respecto de a quienes ya les aplica.

82 Según el CDE, este término no es una camisa de fuerza, sino que debe valorarse en cada caso y no para determinar la existencia de la RTS sino solo para efectos de prescripción.

término de prescripción extintiva de tres años comienza a contarse desde cada terminación. Es decir, pasados tres años desde la terminación del vínculo, es posible que el juez declare extinto el derecho y no condene al demandado a pagar las acreencias que de tal derecho se derivan.

Este punto merece dos comentarios: el primero tiene que ver con la necesidad de hacer notar que la prescripción es una forma de “castigar” la inactividad del demandante⁸³ y también es una forma de dotar de seguridad jurídica a las relaciones laborales. Ambas finalidades no parecen cuidarse en el caso de las relaciones laborales encubiertas en el sector público. Primero, porque la “inactividad” de los demandantes no se deriva de la falta de diligencia sino del temor a perder la fuente de ingreso. No es descabellado pensar que ante una solicitud directa del pago de acreencias o ante el inicio de una acción judicial, la reacción de la entidad estatal sea terminar el vínculo. De acuerdo con lo anterior, una regla garante de la protección plena sería que el término de prescripción se cuente desde la terminación del último vínculo. Con esto, se limita la posibilidad de un uso inadecuado de la prescripción y de la manipulación del término de treinta días hábiles que tanto dio de qué hablar cuando se publicó la sentencia de unificación abordada en este escrito.

Lo segundo, porque la seguridad jurídica en estos casos viene de la relación sustancial y de las múltiples advertencias sobre el uso adecuado del contrato de prestación de servicios. Además, la seguridad jurídica se logra perfectamente con la regla de contar el término de prescripción desde la terminación del último vínculo. En otras palabras: si las entidades estatales conocen de los riesgos e implicaciones de que un contrato de prestación de servicios, sea en realidad una relación de trabajo subordinada, debe esperar razonablemente que el trabajador pueda iniciar en su momento una acción judicial para proteger sus derechos y, eventualmente, ser condenadas.

D. Aspectos procesales

Encontramos que ni el proyecto de ley, ni las sentencias consagran medidas procesales con miras al trabajo decente y a la protección de los principios del derecho del trabajo. Ambas dejan un vacío grande que afecta a quien, además de ser la víctima de una vulneración sistemática, debe litigar por un largo tiempo su derecho, lo cual implica costos de tiempo y dinero.

Tal vacío consiste en que los instrumentos reseñados no contemplan presunciones⁸⁴. Como lo describimos en el aparte correspondiente, la carga de la prueba queda de forma completa en el trabajador.

83 Según el CDE: “El fin de la prescripción es tener extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado. [...] Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio, o sea la negligencia real o supuesta del titular (...)”. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, auto del 7 de septiembre de 2015. Radicación: 270012333000201300346 01 (0327-2014). Demandante: Sandra Patricia Mena Martínez.

84 Una forma cercana de superar este obstáculo es el uso de la figura de la Carga Dinámica de la Prueba, la cual consiste en la distribución de la carga de probar considerando la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. Ver: Código General del Proceso, Art. 167. No obstante, esta opción ni siquiera se considera en las sentencias ni en el Proyecto de Ley y, de todas maneras, su uso dependerá del juez y las partes, no de una norma que establezca una presunción.

No desconocemos que el principio de planeación, si se desarrolla bien, puede ser un alivio en tanto que podría poner en cabeza de la administración la carga de probar que planeó de forma adecuada la contratación. Pero esto resulta insuficiente debido a que los demás elementos deben ser probados por el trabajador a pesar de que quien mejor podría desvirtuar su ocurrencia es el Estado, quien no solamente debe planear la contratación sino vigilar su ejecución. Sería mucho más fácil, por ejemplo, que la entidad demuestre la necesidad de contratar por prestación de servicios. También podría, con base en sus archivos, en la planeación de la contratación, en los manuales de funciones, entre otros documentos, a los cuales tiene mejor y fácil acceso en comparación con los accionantes, demostrar que las funciones del supuesto contratista no son idénticas a las de los empleados públicos de planta de la entidad empleadora.

Acá sale a la luz, otra vez, una desventaja con respecto al régimen privado, en el cual el Código Sustantivo de Trabajo trae dos presunciones fundamentales: por un lado, la del artículo 23 y, por otro, más importante, la del artículo 24 del mismo código. Estas presunciones no se aplican al tipo de casos estudiados en este escrito porque tal Código no aplica para las relaciones laborales individuales con entidades públicas. Estas presunciones serían bastante útiles para liberar de esa carga de la prueba absoluta en cabeza del trabajador público porque permiten, por un lado, que si se dan los tres elementos (señalados en el artículo 23 del CST) se presume que hay un contrato de trabajo. Y, por otro lado, permiten que, si se demuestra la prestación personal del servicio, el vínculo se entiende regido por un contrato de trabajo (Artículo 24). Esta presunción implica algo clave y es que al trabajador se le libera de la carga de demostrar la subordinación, elemento que, como señalamos en la parte descriptiva, es el rasgo característico definitorio de la RTS y cuya falta de demostración es, además, el principal motivo de absolución -como lo vimos también en la parte descriptiva de este escrito-.

iv) Conclusiones

La proliferación e incremento de relaciones laborales subordinadas camufladas bajo contratos de prestación de servicios en el sector público motivó la adopción de una sentencia de unificación por parte del Consejo de Estado y la iniciativa legislativa de un Proyecto de Ley, con el fin de confrontar el problema y cumplir con los compromisos adquiridos por el Estado colombiano con organismos internacionales como la OIT y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), compromisos que se cumplen si se garantizan ciertos derechos, fines y valores del trabajo.

Ahora bien, como personas interesadas en los problemas laborales de los médicos, notamos que estos profesionales no son ajenos a esa realidad presentada por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación reseñada y quisimos escudriñar en los instrumentos disponibles –sentencias y Proyecto de Ley- para determinar, primero, si en términos generales la sentencia de unificación y el Proyecto

de Ley cobijan a los médicos y, segundo, si esos instrumentos más las sentencias que tratan específicamente relaciones contractuales entre médicos y entidades estatales logran alcanzar los propósitos compartidos entre el Estado colombiano y la OIT y el SIDH, relacionados con el trabajo decente, la igualdad, el trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, entre otros.

Luego de revisar nueve sentencias del CDE en las cuales los demandantes son médicos, la sentencia de unificación y el Proyecto de Ley, todos emitidos en un lapso de cuatro años (2018-2021), logramos demostrar que: i) la sentencia de unificación y el Proyecto de Ley pueden cobijar a los médicos en tanto que los problemas que abordan pueden resolverse con la metodología y las fuentes señaladas en dichos instrumentos. Es más, identificamos que el CDE ya usa la sentencia de unificación para decidir casos de médicos demandantes. ii) Tanto el Proyecto como las sentencias no resuelven puntos fundamentales que, como argumentamos, forman parte del trabajo decente, la igualdad y el trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias. Esto implica que las medidas judiciales y legislativas estudiadas son insuficientes o no idóneas para proteger tales fines, valores y derechos y, en consecuencia, para superar el acertado diagnóstico presentado en la sentencia de unificación.

Bibliografía

Jurisprudencia:

- Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, Sentencia N.º 50001-23-31-000-2011-00304-01 del 06-05-2021. CP Carmelo Perdomo Cuéter.
- Consejo de Estado – Sección Segunda Sentencia N.º 50001-23-33-000-2013-01143-01 del 09-09-2021. Sentencia de unificación de jurisprudencia conforme al artículo 271 de la ley 1437 de 2011.
- Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B Sentencia N.º 05001-23-33-000-2013-01176-01 16 de mayo de 2019 Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez.
- Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B Sentencia N.º 05001-23-33-000-2016-01224-01 19 de Junio de 2020 Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez.
- Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A Sentencia N.º 20001-23-39-000-2015-00100-01 18 de Octubre de 2018 Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez.
- Consejo de Estado Sección Segunda Sentencia de unificación de jurisprudencia N.º 50001-23-31-000-2013-00304-01 del 09-09- 2021 9 de septiembre de 2021 Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez.
- Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A Sentencia N.º 20001-23-39-000-2015-00195-01 25 de Noviembre de 2021 Consejero Ponente William Hernández Gómez.
- Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B Sentencia N.º 23001-23-33-000-2013-00195-01 26 de Julio de 2018 Consejero Ponente William Hernández Gómez.
- Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A Sentencia N.º 44001-23-33-000-2015-00105-01 25 de Noviembre de 2021 Consejero Ponente William Hernández Gómez.
- Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B Sentencia N.º 76001-23-31-000-2011-01583-01 22 de Octubre de 2020 Consejero Ponente William Hernández Gómez.
- Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A Sentencia N.º 66001-23-33-000-2015-01-00105-01 14 de Octubre de 2021 Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter.
- Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A Sentencia N.º 66001-23-33-000-2015-01-5001-23-31-000-2011-00304-01 6 de Mayo de 2021 Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter.
- Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), Sentencia SL825-2020 (Bogotá, 2020)
- Corte Constitucional del Colombia, Sentencia T-340 MP; Gloria Stella Ortiz Delgado (2017)
- Mauricio García Villegas, La eficacia simbólica del derecho; Sociología política del campo jurídico en América Latina. (Bogotá, IEPRI 2015)

Otros:

Mintrabajo, Respuesta Radicado no 08SE201712030000029170 (Bogotá D.C 2017) extraído de: <https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/58601869/ID133282%20Obligaciones%20del%20Empleador.pdf/f807397c-92ba-0a7d-eaf4-43556acf696c>

Sala de Consulta y del servicio civil del Consejo de Estado, Las Sentencias de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia. (Bogotá D.C, 2014); <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/sentenciasunificacion/libro.pdf>.

OIT, Recomendación 198 sobre la Relación de Trabajo. (Ginebra, 2006)

Tatiana Paola Vargas Echeverría, La Acción de repetición un mecanismo ineficaz respecto a la responsabilidad patrimonial del estado y funcionarios públicos en Colombia. (Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2021) Cita Original Contraloría General de La República, Informe No. 89113-059-05. <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/8188/La%20acci%C3%B3n%20de%20repetici%C3%B3n%20C%20un%20mecanismo%20ineficaz.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

ANEXO N° 1

N°	Sentencia	Fecha	Consejero/a Ponente
1	Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, N° 05001-23-33-000-2013-01176-01	16 de mayo de 2019	SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
2	Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, N° 05001-23-33-000-2016-01224-01	19 de junio de 2020	SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
3	Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección A, N° 20001-23-39-000-2015-00100-01	18 de octubre de 2018	RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
4	Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección A, N° 20001-23-39-000-2015-00195-01	25 de noviembre de 2021	WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
5	Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, N° 23001-23-33-000-2013-00195-01	26 de julio de 2018	WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
6	Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección A, N° 44001-23-33-000-2015-00105-01	25 de noviembre de 2021	WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
7	Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, N° 66001-23-33-000-2015-00327-01	14 de octubre de 2021	CARMELO PERDOMO CUÉTER
8	Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección A, N° 76001-23-31-000-2011-01583-01	22 de octubre de 2020	WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
9	Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, N° 50001-23-31-000-2011-00304-01	6 de mayo de 2021	CARMELO PERDOMO CUÉTER
10	Consejo de Estado – Sección Segunda N.º 50001-23-33-000-2013-01143-01 del 09-09-2021. Sentencia de unificación de jurisprudencia conforme al artículo 271 de la ley 1437 de 2011.	9 de septiembre de 2021	Rafael Francisco Suárez Vargas