



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
Ibagué, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jacqueline Liévano Jiménez
Demandado: Hospital San Juan Bautista E.S.E. Chaparral
Radicación: 73001-33-33-003-2019-00144-00

ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Jacqueline Liévano Jiménez contra el Hospital San Juan Bautista E.S.E. Chaparral.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA (Fol. 144-146 exp. físico)

La demandante **Jacqueline Liévano Jiménez** actuando por intermedio de apoderada judicial, formulan demanda en contra de el Hospital San Juan Bautista E.S.E. Chaparral, pretendiendo se declare nulo el acto administrativo contenido en el oficio RH-131-330-08-2018 fechado el 30 de agosto de 2018, por el cual se negó la existencia del contrato realidad reclamado por la demandante; que como consecuencia de lo anterior se ordene el pago de las prestaciones sociales, salarios, vacaciones, prima de servicios, horas extras, sanción por no pago de cesantías, sanción por terminación unilateral del contrato, pago de dotación, intereses a las cesantías, desde el 1º de mayo de 2009 (entiéndase 2013) y hasta el 31 de octubre de 2016, que los montos resultantes sean debidamente indexados, y así mismo, que se condene al pago de los perjuicios morales causados a la demandante.

2. HECHOS (Fol. 134-144 exp. físico)

Como sustento fáctico relevante, se afirma que:

- 2.1. La señora Jacqueline Liévano Jiménez prestó sus servicios al Hospital San Juan Bautista E.S.E. Chaparral como Odontóloga durante el periodo comprendido entre el 1º de mayo de 2013 y hasta el 31 de octubre de 2016, atendiendo de manera personal, directa, subordinada, ininterrumpida y continuada las actividades contratadas en el área asistencial de la referida E.S.E.

- 2.2. La vinculación de Jacqueline Liévano Jiménez se efectuó a través de órdenes de trabajo y contratos de prestación de servicios, así:

Órdenes de trabajo

- No. 20130272 del 01-05-2013 al 31-05-2013 por \$2'554.735
- Del 01-06-2013 al 31-06-2013 por \$2'554.735
- Del 01-07-2013 al 31-07-2013 por \$2'554.735
- Del 01-08-2013 al 31-08-2013 por \$2'554.735
- Del 01-09-2013 al 31-09-2013 por \$2'554.735
- Del 01-10-2013 al 31-10-2013 por \$2'554.735

Contratos de Prestación de Servicios de Odontología

- No. 092 del 01-11-2013 al 31-12-2013 por \$2'554.735 mensuales
- No. 029 del 01-01-2014 al 30-06-2014 por \$2'631.377 mensuales
- No. 088 del 01-07-2014 al 31-12-2014 por \$2'631.377 mensuales

Órdenes de trabajo

- Del 01-01-2015 al 28-02-2015 por \$5'420.636 (\$2'710.318 mensuales)
- Del 01-03-2015 al 31-03-2015 por \$2'710.318
- Del 01-04-2015 al 31-04-2015 por \$2'710.318
- Del 01-05-2015 al 31-05-2015 por \$2'710.318
- Del 01-06-2015 al 31-06-2015 por \$2'710.318
- Del 01-07-2015 al 31-07-2015 por \$2'710.318
- Del 01-08-2015 al 31-09-2015 por \$5'420.636 (\$2'710.318 mensuales)
- Del 01-10-2015 al 31-10-2015 por \$2'710.318
- Del 01-11-2015 al 31-12-2015 por \$5'420.636 (\$2'710.318 mensuales)
- Del 01-01-2016 al 31-01-2016 por \$2'710.318

Contratos de Prestación de Servicios de Odontología

- No. 032 del 01-02-2016 al 28-02-2016 por \$2'710.318
- No. 050 del 01-03-2016 al 31-03-2016 por \$2'710.318
- No. 088 del 01-04-2016 al 30-04-2016 por \$2'710.318
- No. 105 del 01-05-2016 al 30-06-2016 por \$2'710.318 mensuales
- No. 198 del 01-07-2016 al 31-08-2016 por \$2'710.318 mensuales
- No. 311 del 01-09-2016 al 30-09-2016 por \$2'710.318
- No. 367 del 01-10-2016 al 31-10-2016 por \$2'710.318

- 2.3. Durante el periodo en que estuvo vinculada con el Hospital San Juan Bautista E.S.E. Chaparral solicitó varios permisos para ausentarse de sus labores, así:

- El 30-07-2013 al Coordinador Médico Ignacio Moreno, para el 02-08-2013 para atender asuntos personales.
- El 21-08-2013 a la Coordinadora de Odontología Elena Zapata Concha para el 22 y 23-08-2013 para asistir a curso de radio protección.
- El 02-09-2013 a la Coordinadora de Odontología Elena Zapata Concha para el 06 y 09-08-2013 para asistir a curso de radio protección y atender asuntos personales.
- El 18-09-2013 a la Coordinadora de Odontología Elena Zapata Concha para el 23 y 24-08-2013 para asistir a citas y exámenes médicos.
- El 07-04-2014 al Coordinador Médico Ignacio Moreno, para el 14, 15 y 16-04-2014 como compensatorios de brigadas realizadas en días domingos del año 2013.

- El 04-06-2014 a la Coordinadora de Odontología Elena Zapata Concha, para el 9, 10 y 11-06-2014 como compensatorios de brigadas realizadas en días domingos del año 2013.
- El 23-09-2014 a la Coordinadora de Odontología Elena Zapata Concha, para el 29-09-2014 atender asuntos personales.
- El 06-10-2014 a la Coordinadora de Odontología Elena Zapata Concha, para el 14-10-2014 atender asuntos personales.
- El 20-10-2014 a la Coordinadora de Odontología Elena Zapata Concha, para el 21-10-2014 como compensatorios de brigadas realizadas en día domingo del año 2014.
- El 02-12-2014 a la Coordinadora de Odontología Elena Zapata Concha, para el 9, 10 y 11-12-2014 como compensatorios de trabajo realizado en días domingos del año 2014.
- El 19-12-2014 al Coordinador Médico Ignacio Moreno, para el 22-12-2014 como compensatorios de trabajo realizado en día domingo del año 2014.
- El 06-01-2015 a la Coordinadora de Odontología Elena Zapata Concha, para el 21 y 22-01-2015 como compensatorios de trabajo realizado en días domingos del año 2015.
- El 06-01-2015 a la Coordinadora de Odontología Elena Zapata Concha, para el 21 y 22-01-2015 como compensatorios de trabajo realizado en días domingos del año 2015.
- El 02-07-2015 a la Coordinadora de Odontología Elena Zapata Concha, para el 15, 16 y 17-07-2015 como compensatorios de trabajo realizado en días domingos del año 2014.
- El 25-11-2015 a la Coordinadora de Odontología Elena Zapata Concha, para el 9, 10 y 11-12-2015 como compensatorios de trabajo realizado en días domingos del año 2015.
- El 30-12-2015 a la Coordinadora de Odontología Elena Zapata Concha, para medio día del 31-12-2015 para atender asuntos personales.
- El 08-02-2016 a la Coordinadora de Odontología Elena Zapata Concha, para el 15 y 16-02-2016 para asistir a citas médicas de su menor hija.
- El 07-04-2016 al Coordinador Médico Sigifredo Ariarte, del 11 al 15 y 18-04-2016 como compensatorios de trabajo realizado en días domingos del año 2015.
- El 06-07-2016 a la Coordinadora de Odontología Elena Zapata Concha, para el 08-07-2016 para asistir a cita médica.
- El 11-07-2016 a la Coordinadora de Odontología Elena Zapata Concha, para el 18, 19, 21 y 22-07-2016 como compensatorios de trabajo realizado en días domingos del año 2016.

2.4. La E.S.E. demandada en varias oportunidades le transmitió por escrito órdenes o circulares, así:

- El 29-04-2014 el Coordinador Médico Ignacio Moreno Ortiz, dirigido a Conductores, Jefes de Enfermería, Auxiliares de Enfermería, Odontólogos, Higienistas Dentales y Médicos Rurales
- Circular No. 08 del 25-09-2014 por la cual se ordena el cumplimiento de horarios y se prohíbe el uso de celulares y redes sociales, dirigido al personal de planta, supernumerarios y contratistas del Hospital
- Circular de Gerencia No. 11 del 16-09-2016 dirigida a personal del área asistencias y administrativa usuarios de software HOSVITAL, referente al manejo del mismo.

2.5. Durante todo el tiempo de su vinculación con el Hospital San Juan Bautista E.S.E. Chaparral debía cumplir horario, siendo su jornada laboral desde su

vinculación hasta el 31 de marzo de 2016 de lunes a viernes de 07:00 am a 12:00 m y de 02:00 pm a 06:00 pm, y a partir del 1° de abril de 2016 de lunes a viernes de 06:00 am a 02:00 pm.

- 2.6. Adicionalmente debía asistir a brigadas efectuadas las veredas para atender a pacientes, las cuales se realizaban los domingos o entre semana y sin que se pudiera negar a su participación.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas, argumentando que nunca se estructuró una verdadera relación laboral.

Propuso a título de excepciones las que denominó “**Inexistencia de relación laboral por falta de requisitos legales**” “**Prescripción**”, señalando que si bien la vinculación de la accionante se hizo como profesional en odontología, nunca se realizó de manera equitativa, igual o similar a la funcionaria de planta ni en cumplimiento de los criterios que enmarcan una relación laboral, por cuanto no cumplía órdenes ni horario, teniendo libertad de entrar y salir de la institución, con la simple obligación del cumplimiento de las tareas del objeto contractual (fl 216-222 expediente físico).

4. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 20 de febrero de 2019 ante el Juzgado Civil del Circuito de Chaparral (fl. 123 expediente físico), siendo remitido por competencia a los juzgados administrativos de Ibagué mediante auto de 11 de marzo de 2019 (fl. 124 expediente físico), correspondiendo por reparto del 26 de marzo de 2019 a este despacho (fl. 126 expediente físico). Mediante auto fechado 8 de abril de 2019 se avocó el conocimiento de la demanda, ordenando su adecuación al medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (fl. 128 expediente físico), y una vez adecuada al medio de control correspondiente, se inadmitió mediante auto del 6 de mayo de 2019 (fl. 167 expediente físico); subsanada la demanda, con auto del 10 de junio de 2019 se admitió, disponiendo lo de ley (fl. 207 expediente físico). Posteriormente, vencido el término para contestar, mediante providencia del 10 de diciembre de 2019 se fijó fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (fl. 313 expediente físico), la cual se llevó a cabo el día 3 de septiembre de 2020, en ella se realizó el saneamiento del proceso, se fijó el litigio, se evacuó el trámite correspondiente a las posibles fórmulas de conciliación, sin que las partes llegaran a un acuerdo y se decretaron pruebas (archivo “A7. 2019-00144 ACTA AUD INICIAL.pdf” del expediente electrónico).

El 8 de octubre de 2020 se adelantó la audiencia de pruebas (archivo “A9. 2019-00144 ACTA AUDIENCIA DE PRUEBAS.pdf” del expediente electrónico) y al considerarse innecesario realizar la de alegaciones y juzgamiento, se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes, conforme lo dispone el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido para el efecto, los apoderados judiciales de la parte actora (B1.1. 2019-00144 ALEGATOS PARTE DEMANDANTE.pdf”) y de la entidad demandada (B2.1. 2019-00144 ALEGATOS Hospital San Juan Bautista ESE DE CHAPARRAL.pdf”) presentaron alegatos de conclusión por escrito.

5.1. Parte demandante

El apoderado judicial del demandante en síntesis señala que en el proceso se encuentran acreditados los elementos que configuran la existencia de un contrato realidad entre su poderdante y la entidad hospitalaria demandada, y que por ende le asiste derecho en el reclamo de las pretensiones perseguidas.

5.2. Parte demandada

La apoderada judicial del Hospital San Juan Bautista E.S.E. Chaparral arguye que para que se declare la existencia de un contrato realidad se deben cumplir los 3 requisitos de toda relación laboral consagrados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, empero aduce que en el caso sub examine no se configura el elemento de la subordinación, como quiera que la demandante nunca estuvo sometida al direccionamiento interno como a cualquier otro funcionario de la entidad, no estaba obligada a cumplir el reglamento interno o régimen disciplinario interno, ni fue objeto pasivo de acción disciplinaria alguna; que no se debe confundir la subordinación con la coordinación para la prestación del servicio contratado.

Que en todo caso, en el presente asunto no se observa ninguna acción ejercida por parte del Hospital demandado como parte de su poder subordinante, ni existió proceso disciplinario u obligación cumplida, diferente a la señalada en el documento contractual, en cantidad, calidad de la labor, y conforme agenda del contratista

II. CONSIDERACIONES

Al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia.

1. COMPETENCIA

Es competente este despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en los incisos 2 y 4 del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Se centrará en determinar si los servicios prestados por la señora Jacqueline Liévano Jiménez al Hospital San Juan Bautista E.S.E. de Chaparral a través de órdenes de trabajo y/o contratos de prestación de servicios desde el 1 de mayo de 2013 al 31 de octubre de 2016, encubrieron una verdadera relación laboral y de ser así; establecer si es procedente el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas, así como la sanción moratoria por no pago de cesantías, perjuicios morales, indexación y demás condenas ultra y extra petita.

3. MARCO JURÍDICO

a) Del contrato de prestación de servicios

En nuestro ordenamiento jurídico, el contrato de prestación de servicios con el Estado se encuentra desarrollado en la Ley 80 de 1993, el artículo 32 de dicho estatuto, dispone: “3. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados (...)”.

En sentencia C-154-97¹ la Corte Constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita, determinó, entre otros, las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, sobre el particular:

*“El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características: **a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.** Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.”* (Negrilla y subraya fuera del texto)

Por esta misma senda, el Consejo de Estado, ha señalado que el contrato de prestación de servicios se utiliza como medio para contratar los servicios especializados que no pueden ser desempeñados por personas que hacen parte de la planta de personal, al respecto la sentencia del 05 de octubre de 2017, proferida por la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado², señaló:

“En este orden de ideas, se ha de recordar que el contrato de prestación de servicios se ha definido como el celebrado por las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las instituciones; sus condiciones están dadas, entre otras normas, por el artículo 32, numeral 3, de la Ley 80 de 1993, modificado por el Decreto 165 de 1997; el Decreto 2209 de 1998, que, al dictar normas sobre austeridad del gasto para las entidades que manejan recursos del tesoro nacional, reguló el tema; y el Decreto 2170 de 2002, que, en

¹ Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, CP. Dr. Carmelo Perdomo Cueter. Sentencia de 05 de octubre de 2017. Exp. 68001-23-31-000-2011-00711-01(2361-14)

relación con esas contrataciones, además de indicar la manera de selección del contratista, precisa que «solo se realizarán para fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar».

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

(...)

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

En otras palabras, el denominado «contrato realidad» aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.³”

Igualmente, en reiterada jurisprudencia el Consejo de Estado ha señalado que en el contrato de prestación de servicios, el contratista dispone de plena libertad, autonomía e independencia, de tal forma que sus actividades deben llevarse a cabo con el ánimo de cumplir con el objeto del contrato, bajo labores coordinadas y por la cual se le reconocen unos honorarios.

b) De la relación laboral y sus elementos constitutivos

La Constitución Política de 1991, contempló en el Capítulo II, de la función pública, lo siguiente:

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1º)...”

“Art. 125 Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...).”

³ En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10).

De acuerdo con las citadas normas, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal). Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un empleado público⁴.

Sobre los elementos constitutivos de la relación laboral, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, ha señalado que para que exista una verdadera relación laboral debe darse la configuración y existencia de tres elementos que resultan necesarios, tales como, la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación, haciendo especial énfasis en la subordinación la cual no se puede confundirse con la coordinación. Al respecto la Sección Segunda – Sub Sección “B”, con Ponencia del Consejero Luis Rafael Vargas Quintero, en sentencia del 05 de octubre de 2017, reitera:

“De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda⁵ recordó que i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto sub examine.”

Sobre esta misma senda, el Alto Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo⁶, expresó:

“El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, opera plenamente en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad, el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y

⁴ Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección “B”, C.P.: Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 08 de mayo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00919-01(0480-12).

⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, CP. Dr. Cesar Palomino Cortes, Sentencia de 16 de marzo de 2017.

garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con el fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.⁷

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

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003⁸, la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad, negó las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento "coordinación". No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento "subordinación", aspecto trascendente que como se anotó, requiere ser acreditado plenamente en la tarea de desentrañar la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido **personal** y que por dicha labor haya recibido una **remuneración** o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista **subordinación** o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte demandante demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia⁹ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral.

Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la **calidad de empleado público**, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación en diferentes fallos, entre los cuales cabe resaltar la sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, C.P. Tarcisio Cáceres Toro, la cual efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, precisando que:

⁷ Ibídem.

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P. Tarcisio Cáceres Toro.

*“(…) para que una persona natural **desempeñe un EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA)** que se realice su **ingreso al servicio público** en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, requiere **de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión**, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la **persona nombrada y posesionada** es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente”.*

Así es dable concluir que, no por el hecho de haber laborado para el Estado se adquiere la calidad de empleado público, dadas las condiciones especiales que se predicán de dicha vinculación establecidas en la Constitución y la Ley.”

c) De la vinculación de empleados a través de terceros.

El Consejo de Estado en sentencia del veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014), con ponencia del Consejero ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve, proferida dentro del proceso con radicado Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-13), señaló los límites constitucionales y legales a la contratación de servicios personales con terceros en las Empresas Sociales del Estado.

Indicó la citada sentencia que existen límites tanto constitucionales como legales, trayendo a colación los artículos 194, 195 de la Ley 100 de 1993 sobre este último dijo:

“... (E)stipula que i) las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990, y ii) que en materia contractual se regirá por el derecho privado pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, previsión que debe concordarse con el literal a) del artículo 2 de la Ley 80 de 1993[19].

Sobre el régimen laboral de los servidores públicos vinculados a las Empresas Sociales del Estado, el artículo en mención advierte que aquél será el previsto en la Ley 10 de 1990. En este punto, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 establece que la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado estará conformada por funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción, según el caso, a lo cual agrega en su parágrafo que “son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones”. Así mismo, es de mencionar que la Ley 1122 de 2007 en su artículo 27, introdujo algunas modificaciones a la regulación de las ESE”.

Así mismo hizo referencia a la sentencia C-171 de 2012, mediante la cual la Corte Constitucional reiteró los límites constitucionales trazados sobre la protección de las relaciones laborales y la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad, que se puedan desarrollar con personal de planta o que no requieran de conocimientos especializados, principios que constituyen el marco constitucional para la celebración de contratos de prestación de servicios por estas entidades y señaló:

“De acuerdo con lo anterior[21], es claro que la potestad de contratación otorgada a las Empresas Sociales del Estado para prestar servicios de salud mediante la contratación de terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando (i)no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, (ii)cuando estas funciones no puedan realizarse con personal de planta de la entidad o (iii)cuando se requieran

conocimientos especializados, toda vez que para prestar los servicios inherentes a su responsabilidad, las Empresas Sociales del Estado deben contar con una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente que les permita atender y desarrollar sus funciones.

En este orden de ideas, en criterio de la Sala, los procesos de "deslaborización de las relaciones de trabajo"[22], desarrollados por las Empresas Sociales del Estado para "disfrazar" u "ocultar" la verdadera relación laboral que subyace entre la entidad y el tercero que desempeña la labor subordinada, permanente y propia de la entidad, son inconstitucionales, porque atentan contra el derecho al trabajo, el derecho a acceder a la carrera administrativa, la permanencia y continuidad del servicio público y el respeto a los principios de la función pública"

Ahora bien, sobre los límites legales, indicó que la Ley 909 de 2004 creó los empleos temporales dentro de la función pública, como herramienta organizacional que pueden utilizar las entidades del Estado para atender necesidades funcionariales excepcionales que no pueden ser solventadas con su personal de planta, afirmando a su vez que se trata de empleos transitorios, creados exclusivamente para atender las necesidades enlistadas en el numeral 1 del artículo 21 de la Ley 909 de 2004¹⁰, los cuales requieren para su creación de justificación técnica, apropiación y disponibilidad presupuestal.

Afirma la Honorable Corporación *"... las necesidades de personal temporal de las entidades públicas sujetas al ámbito regulador de la Ley 909 de 2004, deben ser satisfechas mediante la creación de empleos de carácter temporal en las condiciones y con los requisitos previstos en dicha ley, **cuando se trate de funciones propias de la entidad que impliquen subordinación y que no puedan suplirse con personal de planta**, y no mediante el empleo de otras herramientas jurídicas como lo sería la contratación de servicios personales con terceros, en donde, casi siempre, se presentan condiciones de subordinación en el cumplimiento de las funciones contratadas, que desdibujan el vínculo, y esconden una verdadera relación de trabajo".* (Negrilla original)

Señala igualmente la misma providencia:

"La Sala recuerda que las entidades estatales no deben recurrir a la práctica de vincular personal bajo la modalidad de prestación de servicios para cumplir actividades permanentes propias de la administración y de esta manera evitar el pago de prestaciones sociales y de aportes parafiscales, entre otros. Tampoco debe acudir a la utilización de figuras jurídicas de "deslaborización de las relaciones de trabajo" para vincular personal que deba cumplir funciones permanentes y propias de la entidad, toda vez que dichas prácticas violan las reglas de protección constitucional de las relaciones laborales de los servidores del Estado y los principios de la función administrativa al ocultar la verdadera relación de trabajo. Se insiste en que en estos casos, prevalecen los derechos del trabajador sobre la modalidad de contratación que utilizó la administración para disfrazar la verdadera relación laboral en consonancia con el principio de primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales".

d) De la condena en el contrato realidad

¹⁰ Ley 909 de 2004 Artículo 21. Empleos de carácter temporal.

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;
b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;
c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;
d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

Ahora bien, la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado, se ha ocupado de explicar que, una vez desenmascarada la figura del contrato de prestación de servicios por la de una relación de origen laboral, cuáles son las condenas a las que eventualmente habría lugar a reconocer a un trabajador de esta índole.

Así en sentencia de 16 de marzo de 2017, se sostuvo:

“De otra parte, al reunir los elementos de juicio para que se declare una relación laboral entre quien prestó el servicio y la entidad que se benefició con el mismo, se debe reconocer el derecho a obtener las prerrogativas de orden prestacional¹¹. Sobre el punto es dable destacar lo reiterado en diversos pronunciamientos de esta Sección, referente al reconocimiento a título de indemnización reparatoria de las prestaciones sociales dejadas de percibir, en los siguientes términos:

“El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas...

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia”¹².

Sin embargo, advierte la Sala que, en sentencia de 25 de agosto de 2016, la Sección Segunda de esta Corporación unificó el criterio de interpretación sobre el título en virtud del cual se reconocen las prestaciones sociales derivadas de un contrato realidad, en los siguientes términos:

“Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial (...)

Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación

¹¹ Sentencia de 15 de Junio de 2006, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, radicación No. 2603-05, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, en esta ocasión se expuso que: “cuando existe contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional”. (...)

¹² “En consecuencia, se reconocerá una indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir, para cuya liquidación se tomará como base el valor del respectivo contrato u orden de prestación de servicios”.

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo¹³ (Subraya la Sala).

Ahora bien, con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.

En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral.

Dentro de las prestaciones que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas y las cesantías; por otra parte, las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.

Así, que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público, la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud, deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso. La cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.

Teniendo claro lo anterior, se advierte que la Sección Segunda de esta Corporación ha sostenido que es viable condenar y liquidar las prestaciones ordinarias, pero que no sucede lo mismo con las prestaciones que se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social en los siguientes términos:

*“En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, esta Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización”*¹⁴.

Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la entidad tendrá que aportar la cuota parte que dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista y no por la totalidad de la cotización que debía efectuar el actor.”

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de agosto de 2016. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia del 27 de febrero de 2014. Rad. 1994-13. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez (E).

4. DE LAS PRUEBAS PRACTICADAS

Con base en el anterior marco jurídico y de cara a las pruebas practicadas, dentro de las que se destacan las que a continuación se enuncian, el Despacho procederá a hacer el análisis del caso en particular:

- Copia Órdenes de Trabajo (Odontología) No. 20130272 mayo de 2013, 20130326 junio de 2013, 20130386 julio de 2013, 20130462 agosto de 2013, 20130532 septiembre de 2013, 20130603 octubre de 2013, 20150038 enero-febrero de 2015, 20150133 marzo de 2015, 20150191 abril de 2015, 20150236 mayo de 2015, 20150275 junio de 2015, 20150331 julio de 2015, 20150393 agosto-septiembre de 2015, 20150487 octubre de 2015, 20150540 noviembre-diciembre de 2015, y 20160027 enero de 2016 (Fls. 3-5, 7, 9, 12, 29, 31-35, 37-39, 42 expediente físico).
- Copia Contratos Prestación Servicios Profesionales (Odontología) No. 092 de noviembre de 2013, No. 029 de enero de 2014, No. 088 de julio de 2014, No. 032 de febrero de 2016, No. 050 de marzo de 2016, No. 088 de abril de 2016, No. 105 de mayo de 2016, No. 198 de julio de 2016, No. 311 de septiembre de 2016, y No. 367 de octubre de 2016 (Fls. 13-16, 20-21, 43-47, 49-53, 54-58, 60-65, 66-71, 74-76, 78-81 expediente físico).
- Copia solicitudes de permisos y/o autorizaciones de compensatorios fechados 30 de julio de 2013, 21 de agosto de 2013 (tachado), 2 de septiembre de 2013, 18 de septiembre de 2013, 7 abril de 2014, 4 de junio de 2014, 23 de septiembre de 2014 (tachado), 6 de octubre de 2014, 20 de octubre de 2014, 2 de diciembre de 2014, 19 de diciembre de 2014, 2 de enero de 2015, 2 de julio de 2015, 2 de noviembre de 2015, 30 de diciembre de 2015, 8 de febrero de 2016, 7 de abril de 2016, 6 de julio de 2016, y 11 de julio de 2016, (Fls. 6, 8, 10, 11, 17, 19, 22, 24, 26-28, 30, 36, 40, 41, 48, 72, 73 expediente físico).
- Copia certificación de honorarios de vengados por Jacqueline Liévano Jiménez durante el año 2013 suscrito por la Profesional Universitaria Financiera del Hospital San Juan Bautista E.S.E. Chaparral (Fl. 25 expediente físico).
- Copia paz y salvos de los Departamentos Financiero y de Recursos Físicos, la Oficina de Estadística y el área de Almacén y Estadística de la E.S.E. demandada respecto de la demandante Jacqueline Liévano Jiménez (Fls. 82-84 expediente físico).
- Copia de las directrices dadas por el Coordinador Médico frente al servicio extramural en salud (brigadas) del 29 de abril de 2014 dirigido a Conductores, Jefes de Enfermería, Auxiliares de Enfermería, Odontólogos, Higienistas Dentales y Médicos Rurales (Fl. 18 expediente físico).
- Copia Circular No. 08 del 25 de septiembre de 2014 suscrita por el Gerente (E) del hospital, por la cual se ordena el cumplimiento de horarios y se prohíbe el uso de celulares y redes sociales, dirigido al personal de planta, supernumerarios y contratitas del Hospital (Fl. 23 expediente físico).
- Copia Circular de Gerencia No. 11 del 16 de septiembre de 2016 dirigida a personal del área asistencias y administrativa usuarios de software HOSVITAL, referente al manejo del mismo (Fl. 77 expediente físico).

- Copia de la reclamación administrativa presentada por Jacqueline Liévano Jiménez ante la Gerente del Hospital San Juan Bautista E.S.E. Chaparral, radicada el 14 de agosto de 2018 Jiménez (Fls. 85-92 expediente físico).
- Copia del acto administrativo contenido en el oficio RH-131-330-08-2018 del 30 de agosto de 2018, por el cual el Hospital San Juan Bautista E.S.E. Chaparral contesta de forma desfavorable la referida reclamación administrativa (Fl. 94 expediente físico).
- Copia de la Resolución No. 08 del 20 de noviembre de 2018 por la cual se fijan las asignaciones salariales del Hospital San Juan Bautista E.S.E. Chaparral para el 2019 (Fl. 228-229 expediente físico).
- Copia de la Resolución No. 03 del 31 de julio de 2019 por la cual se modifica las asignaciones salariales del Hospital San Juan Bautista E.S.E. Chaparral para el 2019 (Fl. 230-231 expediente físico).
- Copia de la Constancia de Conciliación Extrajudicial, proferida el 25 de enero de 2019 por la Procuraduría 163 Judicial II para Asuntos Administrativos (Fl. 95-96 expediente físico).
- En audiencia de pruebas celebrada el 14 de septiembre de 2020 se recibieron a petición de la parte actora, los testimonios de María Alejandra Ospina Giraldo y Luz Rocío Ospina Oviedo; igualmente se recepcionó el testimonio de Yolanda Muñoz Olaya.

El **testimonio** rendido por **María Alejandra Ospina Giraldo**, quien se desempeñó como Higienista Oral en el Hospital San Juan Bautista E.S.E. de Chaparral desde el 2005 hasta el 2017. Señala en sus afirmaciones que conoce a la hoy demandante Jacqueline Liévano Jiménez desde el año 2013 cuando la testigo se desempeñaba como Higienista Oral en el Hospital San Juan Bautista E.S.E. de Chaparral, siendo la auxiliar de la demandante Jacqueline Liévano Jiménez, quien fungía como Odontóloga en el referido centro hospitalario; aduce que para el año 2013, todos, incluidos los odontólogos, debían cumplir horario, e cual era de 7 a 12 y de 2 a 6; señala que la Dra. Elena Zapata Concha era la encargada del área de Odontología, siendo la jefa de la demandante, así como de la testigo, quien siempre les daba órdenes y les decía lo que debían hacer; igualmente indica que el Hospital le suministraba los materiales que requerían los odontólogos para realizar sus labores.

Afirma que debían realizar actividades fuera de las instalaciones del Hospital, tanto en el campo como en el pueblo; que los odontólogos tenían un cuadro de disponibilidad y según las brigadas que les correspondieran en algún corregimiento debían asistir, siendo acompañados por los Higienistas Orales; que la salida a esas brigadas eran desde las 5 o 6 de la mañana hasta que terminara; señala que tales brigadas se realizaban generalmente los domingos, aun cuando también se podían programar de lunes a viernes.

Indica que para poder ausentarse de su lugar de trabajo, tanto la testigo como los odontólogos entre los que se encontraba la demandante Jacqueline Liévano Jiménez, debían presentar la solicitud de permiso por escrito a la Dra. Elena Zapata con días de anticipación.

Adicionalmente indica que en el Hospital San Juan Bautista E.S.E. de Chaparral para la época de los hechos 4 odontólogos ejercían funciones allí, de los cuales 1 era de planta, 2 por contrato de prestación de servicios y 1 como odontólogo rural.

El **testimonio** rendido por **Luz Rocío Ospina Oviedo**, quien informa que trabajó en el Hospital San Juan Bautista E.S.E. de Chaparral como Odontóloga inicialmente en el 2003 al hacer su año rural, regresando nuevamente a laborar en dicho centro hospitalario en el año 2009 hasta el 2017. Indica que conoce a la señora Jacqueline Liévano Jiménez desde hace más de 40 años, y que laboró junto a ella como odontóloga en el Hospital San Juan Bautista E.S.E. de Chaparral desde el año 2013 hasta el año 2016; señala que las funciones de la demandante y las suyas eran las mismas, desempeñándose como odontólogas generales e higienistas, debiendo asistir a todos los domingos al “Limón” así como a las brigadas de salud a la diferentes veredas del municipio, turnándose para asistir a las mismas, y a las cuales les era obligatorio asistir.

Dice frente al horario del servicio de odontología, que inicialmente debían ingresar de 7 a 12 y de 2 a 6 de la tarde; que posteriormente se les brindó tanto a la testigo desde el año 2013, como a la demandante desde el 2015, la oportunidad de trabajar, a la primera, en otra institución donde el horario era distinto, y a la segunda, para atender pacientes de forma particular en su propio consultorio, por lo que el horario de trabajo en el Hospital les cambió, quedando de 6 de la mañana a 2 de la tarde, empero, cumpliendo con todas las actividades diarias que se debían cumplir, 27 actividades diarias (amalgamas, ortodoncias, exodoncias, resinas, etc.); que adicionalmente se turnaban entre los 3 odontólogos el turno de la noche, correspondiéndole a cada uno, semana y media de turno en la noche, durante el cual además de asistir a su jornada normal en el día, quedaban disponibles para atender cualquier emergencia que se presentase en la noche, madrugada y/o fines de semana y festivos durante el turno nocturno; frente al horario de las brigadas, aduce que salían entre las 5 y 6 de la mañana y no tenía horario de llegada, por lo que en ocasiones regresaron incluso a la una de la madrugada y que para estas jornadas eran transportados en vehículos del Hospital.

Manifiesta que su jefe directa era la Dra. Elena Zapata Concha, Coordinadora de Odontología; que todos los meses se reunían y en esa reunión salía el cuadro de brigadas, señala que lo que hacían eran rotarse y dividirse las brigadas y asignar la ida al Limón los domingos; aduce que la jefe de los odontólogos era quien les indicaba lo que debían hacer, que cada pedido que realizaran y todo lo que necesitaran o requirieran, debía ir con la firma de ella.

Advierte que para poder ausentarse de su lugar de trabajo debían solicitar el permiso por escrito, el cual debía estar debidamente justificado y debían solicitarlo a la Coordinadora la Dra. Elena (Zapata), el cual iba con la firma de ella hasta el Coordinador Médico; aclara que inicialmente la Dra. Elena (Zapata) les daba directamente el permiso, pero luego les dijeron que debía ir con el visto bueno de ella y pasar a Coordinación Médica.

El **testimonio** rendido por **Yolanda Muñoz Olaya**, Ingeniera Industrial, funcionaria de carrera del Hospital San Juan Bautista E.S.E. de Chaparral desde mediados del 1994, desempeñando el cargo de Profesional Universitario en el área de Talento

Humano; señala en sus afirmaciones conocer a la demandante Jacqueline Liévano Jiménez, que ella prestó sus servicios al Hospital a través de contratos de prestación de servicios desde mayo de 2013 hasta septiembre de 2016, aclarando que tiene presente estas fechas porque en su lugar de trabajo es donde se tramitan la certificaciones y manejan las historias laborales como quiera que trabaja en el área de Talento Humano.

Refiere que el horario de atención del hospital en consulta externa es de 7 de la mañana a 12 y de 2 a 6 de lunes a jueves y los viernes hasta las 5 de la tarde dentro del cual se encuentra el área de Odontología; que en los servicios de urgencias y hospitalización la atención es 24 horas; indica que el centro hospitalario cuenta con un cargo de carrera administrativa de Odontólogo y un cargo de periodo fijo para el servicio social obligatorio (rural) el cual se nombra por un año; aduce que tal número de cargos no es suficiente para atender la demanda de los servicios, por lo que se ha contratado más personal a través de contrato de prestación de servicios, y que en el caso de odontología, por necesidades del servicio se ha debido contratar casi siempre a dos odontólogos más, aunado al hecho de que la Dra. Elena Zapata, Odontóloga de Planta, por problemas de salud en sus muñecas se le ha debido disminuir su carga laboral, por lo que por compensación desarrolla más actividades el área de calidad; indica que igualmente la Dra. Elena Zapata es la supervisora de los contratos de prestación de servicios de los Odontólogos, que es la que coordina toda el área de odontología, por lo que con los contratistas coordina las actividades, los tiempos en que se deben desarrollar las actividades, y es la que supervisa las afiliaciones a los pagos de seguridad social, certifica el cumplimiento de las actividades y desarrolla junto con el contratista todo lo relacionado con la organización del servicios de odontología.

Al ser interrogada por temas puntuales respecto del horario que cumplían los odontólogos, las disponibilidades y atención de los servicios en el zona rural, o incluso la posibilidad de negarse a atender a un paciente, manifestó la testigo que ella maneja toda la parte de personal dependiente, que es el área de contratación la que maneja a los independientes y que ese tipo de situaciones eran coordinadas por el supervisor y el contratista, y en todo caso en los contratos de prestación de servicios están enmarcadas las actividades que debía realizar el contratista.

De la tacha de testigos

La apoderada del Hospital San Juan Bautista E.S.E. de Chaparral tachó los testimonios de María Alejandra Ospina Giraldo y Luz Rocío Ospina Oviedo, al considerar que a las testigos les asiste un interés en las resultados del proceso, por cuanto ellas tienen también demandado al Hospital San Juan Bautista E.S.E. de Chaparral por similares circunstancias.

Teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 211 del C.G.P., según el cual son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad en razón de sus sentimientos o intereses en relación con las partes, antecedentes personales y otras causas, se debe señalar que si bien afirmaron tener cada una demanda contra el San Juan Bautista E.S.E. de Chaparral, tal apreciación no es aceptada por esta judicatura, toda vez que no encuentra el Despacho en qué manera, el hecho de que

en esta instancia se llegase a la conclusión de la existencia o no de una relación laboral entre el Hospital San Juan Bautista E.S.E. de Chaparral y Jacqueline Liévano Jiménez, pueda llegar a afectar o favorecer los intereses de las testigos María Alejandra Ospina Giraldo y Luz Rocío Ospina Oviedo, toda vez que estas tuvieron sus respectivas vinculaciones contractuales de forma individual, y en todo caso, cada proceso judicial es distinto, tiene efectos interpartes, salvo algunas excepciones, y es cada una de las interesadas en su respectivo proceso judicial, que debe probar la existencia o configuración de una auténtica relación laboral.

Aunado a lo anterior, se observa que las testigos no emitieron juicios de valor respecto del proceder del Hospital San Juan Bautista E.S.E. de Chaparral, denotándose en la exposición inicial de sus testimonios, así como en las respuestas dadas a las diferentes preguntas planteadas por las partes y por el Despacho, que estas solo se refirieron a lo que les constó y observaron frente a la relación existente entre el Hospital San Juan Bautista E.S.E. de Chaparral y Jacqueline Liévano Jiménez.

Decantado lo anterior, de la testimonial recaudada, y conforme la ponderación objetiva que realiza esta Judicatura, en consideración a las reglas de la sana crítica, se estima que las mismas ofrecen suficiencia de elementos de juicio para ponderar la situación que acá se ventila, en tanto como se advierte, las deponentes fueron compañeras de trabajo de la accionante, desempeñaron sus funciones a su lado y por ende logran verter al proceso un conocimiento más directo de los hechos sustento de sus pedimentos. Bajo tal consideración no se encuentra procedente la tacha de las testigos planteada por la apoderada judicial del demandado Hospital San Juan Bautista E.S.E. de Chaparral.

Conforme lo antedicho, es del caso descender sobre el examen de cada uno de los elementos necesarios a partir de los cuales se configura una relación laboral y se desfigura de contera el vínculo contractual presuntamente enmascarado.

5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Con base en el marco jurídico y de cara a las pruebas practicadas, es del caso descender sobre el examen de cada uno de los elementos necesarios a partir de los cuales se configura una relación laboral y se desfigura de contera el vínculo contractual presuntamente enmascarado.

De la Continuidad – Permanencia de la Función.

Aparece la prueba documental de la siguiente relación de órdenes de trabajo (OT) y contratos suscritos entre las partes y que fueron ejecutados:

OT y/o Contrato	Objeto	Suscrito	Desde	Hasta
OT No. 20130272 de 2013	Servicio Odontología	01-05-2013		1 mes
OT No. 20130326 de 2013	Servicio Odontología	01-06-2013		1 mes
OT No. 20130386 de 2013	Servicio Odontología	01-07-2013		1 mes

OT No. 20130462 de 2013	Servicio Odontología	01-08-2013		1 mes
OT No. 20130532 de 2013	Servicio Odontología	01-09-2013		1 mes
OT No. 20130603 de 2013	Servicio Odontología	01-10-2013		1 mes
No. 092 de 2013	Servicio Profesional de Odontólogo	01-11-2013	01-11-2013	el 31-12-2013 (2 meses)
No. 029 de 2014	Servicio Profesional de Odontólogo	01-01-2014	01-01-2014	el 30-06-2014 (6 meses)
No. 088 de 2014	Servicio Profesional de Odontólogo	01-07-2014	01-07-2014	el 31-12-2014 (6 meses)
OT No. 20150038 de 2015	Servicio Odontología	01-01-2015		2 meses
OT No. 20150133 de 2015	Servicio Odontología	01-02-2015		1 mes
OT No. 20150191 de 2015	Servicio Odontología	01-04-2015		1 mes
OT No. 20150236 de 2015	Servicio Odontología	01-05-2015		1 mes
OT No. 20150275 de 2015	Servicio Odontología	01-06-2015		1 mes
OT No. 20150331 de 2015	Servicio Odontología	01-07-2015		1 mes
OT No. 20150393 de 2015	Servicio Odontología	01-08-2015		2 meses
OT No. 20150487 de 2015	Servicio Odontología	01-10-2015		1 mes
OT No. 20150540 de 2015	Servicio Odontología	01-11-2015		2 meses
OT No. 20160027 de 2016	Servicio Odontología	01-01-2016		1 mes
No. 032 de 2016	Servicio profesional y apoyo a la gestión como Odontólogo	01-02-2016	01-02-2016	el 29-02-2016 (1 mes)
No. 050 de 2016	Servicio profesional y apoyo a la gestión como Odontólogo	01-03-2016	01-03-2016	el 31-03-2016 (1 mes)
No. 088 de 2016	Servicio profesional y apoyo a la gestión como Odontólogo	01-04-2016	01-04-2016	el 30-04-2016 (1 mes)
No. 105 de 2016	Servicio profesional y apoyo a la gestión como Odontólogo	01-05-2016	01-05-2016	el 30-06-2016 (2 meses)
No. 198 de 2016	Servicio profesional y apoyo a la gestión como Odontólogo	01-07-2016	01-07-2016	el 31-08-2016 (2 meses)
No. 311 de 2016	Servicio profesional y apoyo a la gestión como Odontólogo	01-09-2016	01-09-2016	el 30-09-2016 (1 mes)
No. 367 de 2016	Servicio profesional y apoyo a la gestión como Odontólogo	01-10-2016	01-10-2016	el 31-10-2016 (1 mes)

Se acredita entonces la vinculación de la promotora de este debate con el Hospital San Juan Bautista E.S.E. de Chaparral, en un período comprendido entre el **01 de mayo de 2013 al 31 de octubre de 2016** sin que se presente interrupción alguna por tanto no se ciere duda alguna acerca de la ininterrumpida prestación del servicio en el caso su examine; por consiguiente, se considera que para este caso se deben tomar todo como un único período de vinculación contractual.

De la Prestación Personal del Servicio.

Verificadas las pruebas documentales obrantes en el expediente y analizadas en conjunto con la prueba testimonial, no queda duda que la labor cumplida por la entonces contratista lo era de manera personal y como se aprecia del clausulado contractual, si bien el objeto contractual tuvo variaciones en su planteamiento, en su esencia era el mismo, esto es, la prestación de los servicios profesionales de Odontología; de forma específica en los contratos de prestación de servicios suscritos durante el año 2013 y 2014 se indicó:

*“... **Objeto del contrato:** Consiste en la prestación de Servicios Profesionales como Odontólogo, en actividades de PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN”.*

Y en los contratos celebrado suscrito por las partes durante el año 2016, el objeto contractual se plasmó así:

*“... **Objeto:** ...es la prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión como ODONTÓLOGA en forma continua, oportuna, eficiente, efectiva bajo su propia responsabilidad y autonomía, de conformidad con las necesidades institucionales y la propuesta presentada por el contratista, con sujeción a las normas de salud existentes en Colombia”.*

Ahora bien, en las órdenes de trabajo expedidas por el Hospital San Juan Bautista E.S.E. de Chaparral entre mayo y octubre de 2013, y enero de 2015 a enero de 2016, se observa que el concepto de tales vinculaciones era en de “Odontología”, registrándose en las observaciones “prestación de servicios de odontología...”.

A su vez, al establecerse las obligaciones específicas en los contratos de prestación de servicios suscritos en los años 2013, 2014 y 2016, estas eran las mismas, por lo que en la cláusula segunda de los referidos contratos se indicó:

*“... **Obligaciones del Contratista:** ...a) Practicar exámenes, formular diagnósticos y prescribir el tratamiento que debe seguirse, elaborar la historia clínica del paciente incluyendo la epicrisis y aplicando los derechos del enfermo. b) Atender las urgencias, ordenar análisis y exámenes de laboratorio y estudiar los resultados. C) realizar inter consulta y remitir pacientes a odontólogos especialistas cuando sea necesario. D) participar en las brigadas de salud asignadas. E) participar en actividades educativas de salud oral a nivel intra y extramural. F) Realizar 27 actividades diarias en el servicio de odontología...”.*

Aunado a lo anterior, los testimonios recibidos, sin excepción alguna, dan cuenta de que la señora Jacqueline Liévano Jiménez en el Hospital San Juan Bautista E.S.E. de Chaparral como Odontóloga, prestando sus servicios de forma personal e ininterrumpida, pues como se observa en los contratos de prestación de servicios y órdenes de trabajo suscritos por las partes, las labores que realizaba la demandante siempre fueron las mismas, tal como se observa en el clausulado transcrito líneas atrás.

De los anteriores elementos de juicio, reluce que la labor desempeñada por la “contratista” debía necesariamente cumplirse de manera personal, y en tal sentido no era admisible, como es apenas lógico, que se hiciera de manera libre y espontánea por aquella, en el horario que escogiera motu proprio o eventualmente a distancia, dada la naturaleza del cargo que desempeñaba. Por ello, no cabe duda al Despacho acerca del cumplimiento de este ítem en cuanto al caso sub examine.

De la Remuneración.

Frente al particular, basta con observarse el valor pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos sucesivamente con la demandante así como las respectivas órdenes de trabajo, para verificar que efectivamente aquella, recibía como contraprestación en el cumplimiento de sus labores, la suma convenida para ese momento como honorarios, con lo que no merece ninguna resistencia, el hecho de que efectivamente se percibió una remuneración económica por la labor prestada en desarrollo de las actividades asignadas.

De la Subordinación.

Ahora, se cifra el presente análisis jurídico en el elemento principal de la relación laboral que se pretende demostrar por la parte actora, pues ciertamente como ya lo adelantaba la Jurisprudencia antes citada, es esta la piedra angular sobre la que se edifica un verdadero vínculo de carácter laboral, y en tal sentido sin la concurrencia de este, de nada sirve la demostración de los demás elementos.

En consecuencia para abordar el examen del mismo, dentro del caso sometido a escrutinio de esta Jurisdicción debe indicarse, que conforme lo depuesto por las declarantes traídas al proceso, la señora Jacqueline Liévano Jiménez efectivamente se encontraba bajo subordinación de la administración del Hospital San Juan Bautista E.S.E. de Chaparral y específicamente bajo la subordinación de la Coordinadora de Odontología Elena Zapata Concha, odontóloga de planta según lo expresado por los testigos y lo observado en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, en los que dicha funcionaria del hospital siempre fue asignada para la supervisión de los mismo en su calidad de Coordinadora de Odontología.

Se supo también que se encontraba sometida a un horario de trabajo de 07:00 a.m. a 12:00 m. y de 02:00 p.m. a 06:00 p.m., y adicionalmente debía cumplir turnos de disponibilidad nocturna y de fines de semana y festivos durante los cuales sumado a la jornada diurna durante una semana o semana y media (dependiendo del número de odontólogos vinculados en el momento) debía estar disponible para atender urgencias de odontología a cualquier hora de la noche y/o la madrugada, y en el fin de semana de tal turno de disponibilidad debía asistir a las brigadas de salud programadas en la zona rural del municipio de chaparral, así como asistir al puesto de salud de la vereda El Limón el día domingo cuando estuviera de disponibilidad, en los que estaba sometida a subordinación y cumpliendo las funciones misionales propias del Hospital San Juan Bautista E.S.E. de Chaparral, como lo es la prestación de servicio de salud en el marco de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, recibiendo exactamente órdenes y directrices para la ejecución de sus labores.

Aunado a esto, se observa en la prueba documental obrante, que efectivamente la demandante para poder ausentarse de su lugar de trabajo para asistir a capacitaciones, atender asuntos de carácter personal o asistir a citas médicas propias o de su menor hija debía solicitar permiso por escrito dirigido a la Coordinadora de Odontología o al Coordinador Médico, empero, siempre con el visto bueno de la Coordinadora de Odontología Elena Zapata Concha, Odontóloga

de planta del centro hospitalario demandado; así mismo se observa que la demandante pedía por escrito días de descanso compensatorio por las labores realizadas en las brigadas de salud y/o por los días domingos laborados, los cuales igualmente en su mayoría se observa el visto bueno de la Coordinadora de Odontología (Fis. 6, 8, 10, 11, 17, 19, 22, 24, 26-28, 30, 36, 40, 41, 48, 72, 73 expediente físico); tales permisos y compensatorios fueron solicitados por la Odontóloga Jacqueline Liévano Jiménez a lo largo de todo el tiempo en que estuvo vinculada con el Hospital San Juan Bautista E.S.E. de Chaparral, siendo el primero de fecha 30 de julio de 2013 y el último solicitado fue del 11 de julio de 2016.

Al apreciar las declaraciones recibidas en la etapa de pruebas, se aprecian coincidentes, incluso el testimonio recibido a instancia de la parte demandada, en aspectos fundamentales para la observancia del elemento de la subordinación, en principio atinan las declarantes frente al periodo laborado por la actora. Un segundo aspecto relevante está soportado en cuanto sostuvieron que las funciones realizadas por la demandante y que describen se dirigen a las labores como Odontóloga de acuerdo con la programación que hiciera la misma entidad, labor del área de la salud que es propia de la naturaleza de una institución prestadora de servicios de salud, como lo es la ESE demandada y para la que también incluso tenía personal de planta asignado.

Se destaca que se demostró el cumplimiento de un horario de lunes a viernes y turnos de disponibilidad nocturno y de fines de semana. Sumado a lo expuesto, las testigos María Alejandra Ospina Giraldo y Luz Rocío Ospina Oviedo se refieren a la imposibilidad de negarse a atender a algún paciente, y que en todo caso las actividades misionales que realizaba la demandante Jacqueline Liévano Jiménez como Odontóloga, solo era posible cumplirlas en los horarios laborales y mediante los insumos aportados por la entidad, aunado a que para poder ausentarse de su lugar de trabajo debía solicitar permisos y compensatorios por escrito, siendo su jefe directa la Coordinadora de Odontología o en su defecto el Coordinador Médico quien lo autorizaba; de tal suerte que ofrecen credibilidad al Despacho, provienen de una apreciación directa que tuvieron los testigos y además son coincidentes con las pruebas documentales, en cuanto a los períodos de vinculación, la remuneración, la solicitud de permisos por escrito, la existencia de horario, así como la orden de cumplimiento del mismo y la prohibición del uso de celulares y redes sociales, dirigido al personal de planta, supernumerarios y **contratistas** del Hospital dada por Gerente (E) del hospital mediante la circular No. 08 del 25 de septiembre de 2014, entre otras circulares impartidas.

De la misma manera se reitera que en la totalidad de los contratos de prestación de servicios, suscritos con la demandante, y que obran en el expediente, dentro de las obligaciones específicas pactadas en los contratos como odontóloga, puede apreciarse:

*“...**Obligaciones del Contratista:** ...a) Practicar exámenes, formular diagnósticos y prescribir el tratamiento que debe seguirse, elaborar la historia clínica del paciente incluyendo la epicrisis y aplicando los derechos del enfermo. b) Atender las urgencias, ordenar análisis y exámenes de laboratorio y estudiar los resultados. C) realizar inter consulta y remitir pacientes a odontólogos especialistas cuando sea necesario. D) participar en las brigadas de salud asignadas. E) participar en actividades educativas de salud oral a nivel intra y extramural. F) Realizar 27 actividades diarias en el servicio*

de odontología...”.

De manera pues que examinados estos elementos de juicio, los mismos permiten establecer que efectivamente se presentó entre la contratista y la entidad contratante una relación de subordinación más allá de una mera coordinación de labores, pues como puede apreciarse, para el desempeño de sus labores, la contratista no era autónoma, encontrándose sometida a la programación que la Coordinadora de Odontología Dra. Elena Zapata Concha establecía en una reunión mensual, siendo esta una funcionaria de planta de la E.S.E., así como al cumplimiento de un horario y de turnos de disponibilidad nocturno y de fines de semana, debiendo solicitar por escrito permiso para ausentarse de su lugar de trabajo; de igual manera y como fue expuesto por los deponentes, las labores que eran cumplidas por la contratista, las desarrollaba en las instalaciones del Hospital San Juan Bautista E.S.E. de Chaparral y en el puesto de salud de la vereda El Limón según la programación establecida por el centro hospitalario.

Con todo lo examinado en las pruebas documentales y los testimonios rendidos, este Despacho llega a la razonable convicción, de que se presentó una relación de **subordinación** entre la contratista Jacqueline Liévano Jiménez y la entidad contratante, pues como se observó, la primera no contaba con la liberalidad característica en el cumplimiento de sus funciones, ni con la autonomía suficiente para determinar la forma de ejercicio de sus labores, sino que, como quedó decantado, aquella se encontraba sometida a las órdenes o delegaciones que le eran asignadas por la Coordinadora de Odontología del Hospital, labores que cumplía en las instalaciones del centro hospitalario y con los elementos que le ofrecía la misma entidad, en el horario señalado, y respecto de lo cual también debían de rendir los respectivos informes para el pago de la contraprestación pactada, y si bien en los contratos se estableció que la Coordinadora de Odontología, funcionaria de Planta de la entidad contratante era la supervisora del contrato y quien debía velar por el cumplimiento de objeto contractual pactado, lo cierto es que la referida Coordinadora de Odontología del centro asistencial, era quien igualmente establecía la programación mensual de turnos y brigadas de salud, y entre esta funcionaria y el Coordinador Médico autorizaban los permisos para ausentarse del lugar de trabajo y los respectivos compensatorios por trabajo realizado en días domingo y/o en brigadas de salud, desdibujándose aún más la figura del contrato de prestación de servicios por cuanto finalmente en el desarrollo de sus labores diarias ejecutadas por la contratista, había una total injerencia de la entidad hospitalaria.

Así pues, a juicio de esta Instancia, se desnaturaliza cualquier clase de coordinación o de relación meramente contractual, abriéndose paso el descubrimiento de un vínculo de índole laboral entre contratante y contratista, caracterizado por el ejercicio de una actividad subordinada de la contratista respecto de lo dispuesto por la entidad contratante y que corresponde a una labor permanente y misional de la entidad.

6. DE LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES.

Si bien la parte demandada Hospital San Juan Bautista E.S.E. de Chaparral propuso la excepción de prescripción sin dar mayor argumentación sobre la misma, el Despacho realizará el respectivo pronunciamiento al respecto.

El Decreto 3135 de 1968 en su artículo 41 estableció la regla general de los tres (3) años de prescripción frente a los derechos laborales, al ser reglamentada por el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 102, **estableció que los derechos laborales prescriben en tres (3) años contados desde que la respectiva obligación se hizo exigible.**

El Consejo de Estado en sentencia de unificación del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) proferida dentro del expediente Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter señaló con relación a la prescripción de los derechos derivados del contrato realidad, lo siguiente:

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

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).
(...)

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral)."
(...)

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados."

También indicó la sentencia de unificación en cita, que "(...) en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, **frente a cada uno de ellos habrá de analizarse**

la prescripción a partir de sus fechas de finalización", en el entendido que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio.

Al descender sobre el análisis del asunto sometido a escrutinio de esta Jurisdicción, de la documental arrojada se avizora, primero, que la accionante adelantó **reclamación administrativa** ante la entidad **el 14 de agosto de 2018** (Fls. 85-92 expediente físico).

Segundo, que durante el periodo laborado entre el **01 de mayo de 2013 al 31 de octubre de 2016** sin que se presentase interrupción alguna, por tanto, entre la finalización y la reclamación no transcurrió un lapso de 3 años, en consecuencia, no existen emolumentos que hayan sido cobijados con prescripción.

7. DE LAS CONDENAS EN CONCRETO.

En la referida sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, respecto a las prestaciones sociales, se indicó:

"El restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad (...)"

Con fines de unificación, se indicó en el referido fallo:

"...vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados."

Lo anterior permite concluir que en los casos en los que se demuestra la existencia del contrato realidad, deben reconocerse las prestaciones sociales que el contratista dejó de devengar con ocasión de la modalidad de vinculación a través de contratos de prestación de servicios, y tener ese tiempo como efectivamente laborado para efectos pensionales, correspondiendo hacer la liquidación con base en régimen prestacional de la E.S.E. como quiera que de la documental allegada así como de los testimonios rendidos en el plenario, y específicamente lo depuesto por la señora Yolanda Muñoz Olaya, Profesional Universitario del área de Talento Humano de la entidad demandada, el Hospital San Juan Bautista E.S.E. de Chaparral para la

época de los hechos ya contaba en su planta de personal con el Cargo de Odontólogo.

Respecto de los aportes para pensión, la Máxima Corporación señaló en sentencia posterior:

“En cuanto a los aportes para pensión, la Sala precisa que la entidad deberá calcular el ingreso base de cotización con base en los honorarios pactados para la época en que el actor prestó sus servicios y con base en ello, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá que efectuar los aportes correspondientes.”¹⁵

Con fundamento en tales lineamientos, será del caso reconocer la existencia de una relación de naturaleza laboral, por los extremos del **01 de mayo de 2013 al 31 de octubre de 2016**, sin solución de continuidad, como se encontró demostrado con las pruebas practicadas.

Por consiguiente, se dispondrá la nulidad del acto administrativo acusado para en consecuencia ordenar a título de restablecimiento del derecho, pagar a la demandante las prestaciones sociales ordinarias o comunes que estaban a cargo del empleador y que fueran devengadas por los servidores de planta de la entidad, para lo cual deberá tener en cuenta, como salario base el correspondiente a la asignación salarial para el cargo de planta de Odontólogo según el régimen prestacional de la E.S.E., correspondiente al periodo comprendido del **1º de mayo de 2013 al 31 de octubre de 2016**.

En caso de existir una diferencia salarial entre lo pagado a la demandante JACQUELINE LIÉVANO JIMÉNEZ y lo establecido para el cargo de planta de Odontólogo del HOSPITAL SAN JUAN BAUTISTA E.S.E. CHAPARRAL, de ser esta última mayor, tal diferencia será igualmente pagada por la entidad demandada a la demandante.

Precisándose además en cuanto a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, dado su carácter de imprescriptibles, que sobre los mismos habrá lugar a su reconocimiento entre el **1º de mayo de 2013 al 31 de octubre de 2016**, y para lo que la entidad demandada deberá tomar como IBC pensional de la demandante, la asignación salarial para el cargo de planta de Odontólogo según el régimen prestacional de la E.S.E., y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, le corresponderá efectuar la cotización al respectivo fondo de pensiones, por el faltante de dicha diferencia solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para ello la accionante deberá acreditar haber efectuado el pago de las cotizaciones al sistema durante cada uno de sus vínculos contractuales, y en el evento de que no las hubiese hecho o exista diferencia en su contra, deberá la demandante pagar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. CP. Dr. Cesar Palomino Cortes. Sentencia de 16 de marzo de 2017. Exp. 81001-23-33-000-2013-00072-01(3419-14)

De otra parte y con relación a la indemnización que demanda la activa de la presente litis, por concepto del impago de cesantías y de la liquidación respectiva, se resalta que sobre las mismas no habrá lugar a disponer su reconocimiento, ya que como lo advirtió el Consejo de Estado en un caso similar de contrato realidad en el que se pedía la indemnización por mora en el pago de las cesantías *“la relación entre las partes se rituó bajo los designios de la Ley 80 de 1993 y solo a partir de la presente sentencia se genera la obligación a cargo de la entidad accionada de proceder en los términos de ley al reconocimiento de las cesantías, en consecuencia, al no acreditarse el presupuesto necesario para que se genere la sanción como es la mora, resulta improcedente su reconocimiento”*¹⁶.

Finalmente, frente al pago de horas extras reclamadas, si bien la parte actora demostró que debía prestar turnos nocturnos de disponibilidad para atender las urgencias de odontología que se presentasen en horas de la noche o incluso en la madrugada, lo cierto es que dentro de expediente no se logró establecer que efectivamente la demandante hubiese sido requerida siquiera una sola vez para atender tales urgencias durante sus turnos de disponibilidad nocturna, por lo que los mismo no pueden ser tasados ni mucho menor ordenarse el pago de tales horas extras. Del mismo modo si bien en el proceso se estableció que Jacqueline Liévano Jiménez en ocasiones debía laborar los días domingos, tampoco se estableció con certeza cuantos días domingos laboró, en todo caso lo que se logró establecer es que por los domingos laborados la demandante solicitó los respectivos días compensatorios, por lo que no hay lugar a ordenar el pago de los mismos.

8. INDEXACIÓN E INTERESES

Las sumas resultantes a favor de la demandante, deberán ser actualizadas conforme lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Índice inicial

Donde el valor presente ® se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a las sumas adeudadas, por la cifra que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente al momento de causación de cada uno de los haberes adeudados).

Los intereses serán reconocidos en la forma prevista en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.AC.A., y las sumas causadas deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del ibídem.

9. CONDENA EN COSTAS

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. CP. Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Sentencia de 13 de agosto de 2018. Exp. 81001-23-33-000-2013-00118-01(0973-16)

Al resultar vencida la parte demandada, es menester proveer sobre la correspondiente condena en costas a favor de la parte actora, conforme lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en el artículo 361 del Código General del Proceso.

Tal condena se dispondrá ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018¹⁷, verificando en consecuencia que el apoderado judicial de la parte actora efectivamente realizó actividades adicionales a la propia presentación de la demanda, tales como la asistencia a la audiencia inicial, en la que participó de todas sus etapas, también asistió a la audiencia de práctica de pruebas y presentó los alegatos de conclusión en la oportunidad debida.

También hubo de incurrir en erogaciones como el pago de la suma establecida por gastos ordinarios del proceso, razón por la cual se fijará la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000) por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la demandada, y se ordenará que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué Tolima**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: DECLARAR la Nulidad del acto administrativo - oficio Rh-131-330-08-2018- fechado el 30 de agosto de 2018, por el cual se negó la totalidad de las reclamaciones administrativas efectuadas por la demandante.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones de ***Inexistencia de relación laboral por falta de requisitos legales y Prescripción***".

TERCERO: DECLARAR la **existencia de un contrato realidad** de carácter laboral entre la señora JACQUELINE LIÉVANO JIMÉNEZ con el HOSPITAL SAN JUAN BAUTISTA E.S.E. de CHAPARRAL, desde el **1º de mayo de 2013 al 31 de octubre de 2016**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, CONDENAR al HOSPITAL SAN JUAN BAUTISTA E.S.E. de CHAPARRAL a reconocer y pagar a favor de la demandante JACQUELINE LIÉVANO JIMÉNEZ, las prestaciones sociales ordinarias o comunes que estaban a cargo del empleador, devengadas por los servidores de planta de la entidad, para lo cual deberá tener en cuenta, como salario base el correspondiente a la asignación salarial para el cargo de planta de Odontólogo según el régimen prestacional de la E.S.E., correspondiente al periodo comprendido del **1º de mayo de 2013 al 31 de octubre de 2016**, conforme lo expuesto en la parte considerativa.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

En caso de existir una diferencia salarial entre lo pagado a la demandante JACQUELINE LIÉVANO JIMÉNEZ y lo establecido para el cargo de planta de Odontólogo del HOSPITAL SAN JUAN BAUTISTA E.S.E. de CHAPARRAL, de ser esta última mayor, tal diferencia será igualmente pagada por la entidad demandada a la demandante, conforme lo expuesto en la parte considerativa.

QUINTO: A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, CONDENAR al HOSPITAL SAN JUAN BAUTISTA E.S.E. de CHAPARRAL, a reconocer y pagar a la demandante, la cuota parte que el empleador dejó de trasladar a las entidades de seguridad social - Fondo de Pensiones, por el periodo comprendido entre el **1º de mayo de 2013 al 31 de octubre de 2016**, y para lo que la entidad demandada deberá tomar como IBC pensional del demandante, la asignación salarial para el cargo de planta de Odontólogo según el régimen prestacional de la E.S.E., y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar; le corresponderá efectuar la cotización al respectivo fondo de pensiones, por el faltante de dicha diferencia solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para ello la accionante deberá acreditar haber efectuado el pago de las cotizaciones al sistema durante cada uno de sus vínculos contractuales, y en el evento de que no las hubiese hecho o exista diferencia en su contra, deberá la demandante pagar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

SEXTO: Las sumas resultantes deberán ser actualizadas conforme lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y siguiendo la fórmula expresada en las consideraciones de esta decisión.

SÉPTIMO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda

OCTAVO: CONDENAR en costas al HOSPITAL SAN JUAN BAUTISTA E.S.E. de CHAPARRAL, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se fija la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000) por concepto de agencias en derecho a favor de la demandante, y se ordena que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

NOVENO: Se dará cumplimiento a este fallo en los términos de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

DÉCIMO: En aras del acatamiento de este fallo, expídase al extremo demandante copia con constancia de ser la primera, la cual prestará mérito ejecutivo.

UNDÉCIMO: De no ser apelada esta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previo las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL
Jueza

Firmado Por:

**Diana Carolina Mendez Bernal
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Oral 3
Ibague - Tolima**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

53e820afe93002555bdda1c5637faef40833cf2b518b810dfe4de895262a6586

Documento generado en 27/09/2021 02:06:17 AM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**