



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -

Bogotá, D.C., 14 de agosto de 2017

Expediente: 2015 – 00207
Demandante: WANDA NYERI GUERRERO MARTÍNEZ
Demandada: HOSPITAL MEISSEN II NIVEL y SUBRED INTEGRADA DE
SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.
Asunto: Contrato realidad
Sentencia 18

No encontrándose causal que pueda anular lo actuado, agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación y vencido el término para presentar por escrito los alegatos de los sujetos procesales, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia.

ANTECEDENTES

La señora WANDA NYERI GUERRERO MARTINEZ, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, mediante escrito radicado el 6 de febrero de 2015 (f.211), presentó demanda ante esta jurisdicción solicitando las siguientes:

A. PRETENSIONES

1. Se declare la nulidad del acto administrativo No. 100-1091-2014, del 8 de julio de 2014, por medio del cual negó el reconocimiento de las prestaciones sociales de la señora Wanda Nyeri Guerrero Martínez.
2. A título de restablecimiento del derecho: i) se declare la existencia de contrato de trabajo y/o relación laboral entre la demandante y el Hospital de Meissen II Nivel, sin solución de continuidad entre el 1 de julio de 2001 al 31 de diciembre de 2012.ii) el reintegro al cargo, el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha de su desvinculación hasta la fecha en la que se efectuó su reintegro. iii) el pago a la accionante, las cesantías, intereses a las cesantías, las primas de navidad, primas de mitad de año o semestral, vacaciones, prima de servicios, prima de antigüedad mensual, del periodo comprendido entre el 1º de julio de 2001 al 31 de diciembre de 2012.iv) la devolución de los dineros deducidos por concepto de descuento de retención en la fuente durante todo el tiempo laborado, de acuerdo con la suma de los valores de cada uno de los contratos y sus prórrogas. v) el pago indexado de las sumas adeudadas conforme con lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA vi) el pago de los intereses moratorios por todas las prestaciones sociales dejadas de pagar. VII) el pago de un día de salario por cada día de retardo como sanción moratoria por no consignar las cesantías dentro del término legal de acuerdo con lo establecido en la Ley 50 de 1990 y, VIII) El pago de costas y agencias en derecho.

B. NORMAS VIOLADAS INVOCADAS

Constitución Política, artículos 13, 25, 53, 123 y 125, artículo 40 del Decreto 1045 de 1978, Ley 432 de 1998, Ley 33 de 1985, Decreto 3138 de 1968, artículo 99 de la Ley 50 de 1990,

Ley 344 de 1996, Ley 432 de 1998, Decreto 1252 de 2000, Ley 226 de 1996, Decreto 1919 de 2002, Decreto 1042 de 1978, artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969..

C. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Manifestó que en el presente asunto la entidad demandada vulneró el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y refirió que en el caso concreto se presentan todos los elementos de un contrato realidad porque la actora laboró sin solución de continuidad para el Hospital demandado, prestó de manera personal sus servicios y el Hospital le pagaba mensualmente un salario como retribución de sus servicios.

Hizo citas jurisprudenciales, se refirió a cada una de las prestaciones sociales (cesantías, prima de navidad y prima de vacaciones) y manifestó que la entidad vulneró las normas que soportan su reconocimiento, en tanto existió un contrato realidad que trae como consecuencia la obligación de pago de estas.

Referente al término de prescripción, señala que este término debe contarse a partir de la ejecutoria de la sentencia constitutiva del derecho.

D. ACTUACIÓN PROCESAL

1. Admisión de la demanda

Mediante auto del 26 de agosto de 2015 (f. 222 y vto.), se admitió la demanda, providencia que fue notificada mediante estado el 27 de agosto del mismo año.

2. Contestación de la demanda

El apoderado del Hospital de Meissen II Nivel se refirió a la Ley 100 de 1993, reglamentada por el Decreto Nacional 1876 de 1994, según el cual las ESE's tienen personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y en materia contractual se rigen por el derecho privado.

En virtud de lo anterior señaló que el Hospital Meissen celebró contrato de arrendamiento de servicios y prestación de servicios, modalidad civil, con la demandante del cual no surgió subordinación ni dependencia laboral, indicó que tampoco existe elemento salarial porque la Institución pagó honorarios por unos servicios definidos previamente en los objetos contractuales.

Señaló además, que en todos los contratos se pactó el valor de los honorarios, se determinó el plazo para la ejecución de los mismos. Al momento de la suscripción del contrato la demandante reconoció y aceptó que el vínculo adquirido no estaría en observancia de la ley laboral, sino que estaría regulada por normas netamente civiles. Así mismo, refirió que dentro del contrato se excluyó de manera expresa la relación laboral.

Adujo que conforme a los lineamientos de la Corte Constitucional es claro que las entidades públicas pueden contratar a particulares para que desarrollen determinado tipo de actividades cuando la planta es insuficiente, sin importar el tiempo de ejecución.

Frente a la terminación de la relación contractual, indicó que en los principios que la rigen, especialmente regulados en el Estatuto de Contratación, no se consagró la obligatoriedad de

renovar la relación. Finalmente, manifestó que la demandante realizó las actividades contratadas, definidas en los contratos suscritos en ejercicio del libre albedrío, sin existir en ningún momento dependencia jerárquica que generara llamados de atención o medidas disciplinarias, tampoco se dieron órdenes que impusieran obligaciones distintas a las acordadas y sobre las cuales correspondía a la entidad ejercer una supervisión o interventoría para constatar la observancia de las obligaciones contraídas, lo que no conlleva a una subordinación o dependencia, máxime en tratándose de contratos de tracto sucesivo sobre los que el contratista debe presentar informe de actividades para efectos del pago y lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad.

Concluyó que no es viable jurídicamente elevar a la categoría de empleada pública a la demandante porque para ello se requiere que exista un cargo creado en la planta y una posesión del mismo, lo cual no se presenta en el presente asunto.

3. Audiencia inicial

El 28 de febrero de 2017 se llevó a cabo la audiencia inicial, en la cual se surtieron las etapas contempladas en el artículo 180 del CPACA, se señaló fecha para la audiencia de pruebas, en la que se corrió traslado para presentar por escrito los alegatos de conclusión.

4. Alegatos de conclusión

Dentro del término legal, la entidad demandada guardó silencio y la parte demandante presentó escrito en el cual reiteró que la demandante laboró para el Hospital Meissen, de manera ininterrumpida desde el 1º de julio de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2012, es decir, por 11 años y 6 meses. Adujo que los testigos fueron claros en manifestar que aunque el término del contrato se terminara, así no se hubiese firmado el contrato siguiente, se seguía trabajando en el hospital, evidenciándose la voluntad de la administración de sostener una relación contractual con la demandante.

Advirtió también que los testigos dejaron plenamente clara y demostrada la prestación personal del servicio, la demandante no podía delegar en otra persona la labor para la cual fue contratada, al punto que en ocasiones fue objeto de llamados de atención.

En cuanto a la subordinación, señaló que los testigos fueron claros en afirmar que no tenía autonomía en la ejecución de las labores de auxiliar de enfermería y que había personal de planta que ejercía idénticas funciones que la demandante, quien debía solicitar permiso inclusive para cambiar de turno. Igualmente, manifestó que se encuentra demostrada la remuneración económica que percibió la demandante durante toda la relación laboral.

Finalmente, se refirió al principio de la primacía de la realidad sobre las formas y trajo a cita diferentes apartes jurisprudenciales (cfr. ff. 352 a 371).

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, se procede a estudiar de fondo el asunto controvertido y a decidir en derecho lo que resulte probado, previas las siguientes,

I. CONSIDERACIONES

A. IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

Se demandó la nulidad del acto administrativo 100-1091-2014 del 8 de julio de 2014, por medio de la cual la Gerente de la entidad demandada negó a la actora el reconocimiento y

pago de las prestaciones sociales por el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2001 al 31 de diciembre de 2012.

B. ASUNTO PREVIO

La demandante pretende que se ordene la “reinstalación laboral”, el reconocimiento y pago de los salarios y demás prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha del despido hasta que se efectúe su reinstalación y el pago de un día de salario por cada día de retardo como sanción moratoria por no consignar las cesantías dentro del término legal de acuerdo con la Ley 50 de 1990, asuntos que no fueron solicitados en la petición elevada el 27 de junio de 2014, por medio de la cual se agotó el trámite administrativo, razón por la cual este Despacho no hará pronunciamiento alguno.

Al respecto el Consejo de Estado ha considerado:

“Por tanto, se entiende que el agotamiento efectivo de la vía gubernativa, no solamente lo compone la interposición de los recursos de ley sino el fiel contenido de la misma de acuerdo a la finalidad de su previsión legal, lo que implica la reclamación ante la administración de las pretensiones que posteriormente se ventilaran en sede judicial.

Visto lo anterior, observa la Sala que la actuación adelantada por la actora como agotamiento de la vía gubernativa en procura de las pretensiones formuladas, es precaria y deficiente frente al posterior contenido del petitum, pues la estructura de la pretensión principal cual era la declaración de la calidad de funcionario de hecho, no fue propuesta ni sustentada de manera alguna dentro del escaso escrito presentado ante la entidad demandada, lo que sin duda alguna configura el vicio alegado por la entidad recurrente, que impide el conocimiento de fondo de las pretensiones incoadas.

Si bien en materia de derechos laborales no puede llegarse al estricto rigorismo formal de exigir total e irrestricta coincidencia entre lo pedido en vía gubernativa y lo demandado, sí puede afirmarse que de manera general el objeto fundamental de las pretensiones debe encontrarse reflejado en dicho agotamiento”.

En el caso concreto, atendiendo al privilegio de la administración para estudiar jurídicamente los asuntos que posteriormente se ventilarán ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo, los temas señalados en el parágrafo anterior no serán desarrollados en esta providencia por falta del requisito procedimental respetando la congruencia que debe existir entre lo solicitado en el trámite administrativo y la demanda presentada ante la jurisdicción, pues no existe en estos casos un acto administrativo definitivo que decida directa o indirectamente el fondo del asunto o haga imposible continuar la actuación administrativa conforme con el artículo 43 de CPACA.

C. PROBLEMA JURÍDICO

La demandante manifestó que entre el hospital demandado y ella existió una relación laboral, teniendo en cuenta que se constituyeron los elementos de subordinación, prestación personal del servicio de manera permanente y remuneración, razón por la cual la entidad demandada le debe reconocer las prestaciones y demás emolumentos por el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2001 al 31 de diciembre de 2012 y ordenar su reintegro.

La entidad demandada, por su parte, sostuvo que de conformidad con la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto Nacional 1876 de 1994, las ESE en materia contractual se rigen

por el derecho privado, pudiendo acudir excepcionalmente a las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En tal virtud, el Hospital Meissen II Nivel celebró contrato de arrendamiento de servicios y prestación de servicios, modalidad civil, con la demandante del cual no surge subordinación ni dependencia laboral, indicó que tampoco existe elemento salarial porque la Institución pagó honorarios por unos servicios definidos previamente en los objetos contractuales. Afirmó que no es viable jurídicamente elevar a la categoría de empleada pública a la demandante porque para ello se requiere que exista un cargo creado en la planta y una posesión del mismo, lo cual no se presenta en este caso.

En virtud de lo anterior, Corresponde al Despacho determinar si entre la demandante y el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL ESE, existió una relación laboral que amerite el restablecimiento del derecho solicitado.

D. HECHOS PROBADOS

1. La petición radicada el 27 de junio de 2014, en la cual solicita el pago de las prestaciones sociales causadas entre el 1º de julio de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2012, como consecuencia de la relación laboral ininterrumpida (f. 1 a 4).
2. La respuesta a la anterior petición, de fecha 16 de julio de 2014, en donde se indica que la vinculación de la demandante con el Hospital se llevó a cabo a través de un contrato de arrendamiento de servicios y de prestación de servicios de carácter privado razón por la que no se genera la obligación de pago de las prestaciones sociales solicitadas (f. 5 y 6).
3. Según certificación visible a folios 9 y 10 y los contratos suscritos, las actas de adición y prórroga visibles en los cuadernos 1 y 2 de la actuación, se constata que la accionante trabajó en el hospital de Meiseen como **auxiliar de servicios nutricionales a través de la modalidad de contrato de prestación de servicios** así:

Número	Fecha	Plazo de ejecución	Folios C-1
Contrato de prestación de servicios No 6-334-2001	29 de junio de 2001	1º a 31 de julio de 2001	25 y 26
Contrato No. 6-359-2001	1º de agosto de 2001	1º a 31 de agosto de 2001	27 y 28
Contrato de prestación de servicios No. 6-435-2001	30 de agosto de 2001	1º a 30 de septiembre de 2001	29 y 30
Contrato de prestación de servicios No. 6-524-2001	28 de septiembre de 2001	1º a 31 de octubre de 2001	31 y 32
Contrato de prestación de servicios No. 6-625-2001	30 de octubre de 2001	1º a 20 de noviembre de 2001	33 y 34
Acta de prórroga del contrato 6-625-2001	19 de noviembre de 2001	Hasta el 15 de diciembre de 2001	35
Contrato de prestación de servicios No. 6-714-2001	14 de diciembre de 2001	16 de diciembre de 2001 a 2 de enero de 2002	36 y 37
Contrato de prestación de servicios No. 6-00077-2001	3 de enero de 2002	3 de enero a 28 de febrero de 2002	38 y 39
Contrato de prestación de servicios No 6-00169-2002	1º de marzo de 2002	1º de marzo a 30 de abril de 2002	40 y 41
Contrato de prestación de servicios No 6-0291-2002	30 de abril de 2002	1º de mayo a 31 de julio de 2002	42 y 43
Acta de adición y prórroga del contrato de arrendamiento de servicios personales No. 6-00291-2002	30 de julio de 2002	Hasta el 31 de agosto de 2002	44
Acta de suspensión del contrato de arrendamiento No. 6-00291-2002	1º de agosto de 2002	A partir del 10 de agosto de 2002 y hasta el 4 de noviembre de 2002	45
Acta de reanudación de actividades No. 6-0291-2002	6 de noviembre de 2002	A partir del 6 de noviembre hasta el 30 de diciembre de 2002	46
Contrato de prestación de servicios No 6-097-2003	2 de enero de 2003	2 de enero a 31 de marzo de 2003	47 y 48

Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Radicado: 2015-00207
Demandante: Wanda Nyeri Guerrero Martínez

Contrato de prestación de servicios No. 6-228-2003	1º de abril de 2003	1º de abril a 31 de mayo de 2003	49 y 50
Acta de prórroga y adición del contrato 6-228-2003	30 de mayo de 2003	Hasta el 30 de junio de 2003	51
Acta de adición del contrato 6-228-2003	3 de junio de 2003	Objeto. Realizar turnos adicionales	52
Contrato de prestación de servicios No. 6-365-2003	1º de julio de 2003	Del 1º de julio a 31 de agosto de 2003	53 y 54
Acta de prórroga del contrato 6-365-2003	29 de agosto de 2003	Hasta 30 de septiembre de 2003	55
Acta de adición del contrato No. 6-365-2003	4 de septiembre de 2003	Adicionar clausula primera	56
Acta de prórroga del contrato de arrendamiento No. 6-365-2003	29 de septiembre de 2003	Hasta el 9 de octubre de 2003	57
Contrato No. 6-424-2003	10 de octubre de 2003	Del 1º de octubre a 31 de diciembre de 2003	58 y 59
Acta de adición del contrato 6-424-2003	28 de noviembre de 2003	Adicionar clausula primera	60
Acta de prórroga y adición del contrato No. 6-424-2003	12 de diciembre de 2003	Hasta el 4 de enero de 2004	61
Contrato de prestación de servicios No. 6-084-2004	2 de enero de 2004	Del 2 de enero al 31 de marzo de 2004	62 y 63
Contrato de prestación de servicios No. 6-217-2004	1º de abril de 2004	1º de abril a 30 de junio de 2004	64 y 65
Contrato No. 6-385-2004	29 de junio de 2004	Del 1º de julio a 30 de septiembre de 2004	66 y 67
Acta de adición contrato No. 6-385-2004	17 de agosto de 2004 6 de septiembre 2004	Adicionar clausula primera	68 y 69
Acta de prórroga y adición del contrato de prestación de servicios No. 6-385-2004	29 de septiembre de 2004	Hasta el 15 de octubre de 2004	70
Contrato de prestación de servicios No. 6-529-2004	15 de octubre de 2004	Del 16 de octubre a 31 de diciembre de 2004	71 y 72
Acta de adición del contrato No 6-529-2004	4 de noviembre de 2004	Adicionar clausula primera	73
Acta de adición del contrato No. 6-529-2004	3 diciembre de 2004	Adicionar clausula primera	74
Acta de adición del contrato No. 6-529-2004	24 de diciembre de 2004	Adicionar clausula primera	75
Contrato de prestación de servicios No. 6-043-2005	3 de enero de 2005	Del 3 de enero al 30 de marzo de 2005	76 y 77
Contrato de prestación de servicios No. 6-262-2005	1º de abril de 2005	Del 1º de abril a 30 de junio de 2005	78 y 79
Contrato de prestación de servicios No. 6-443-2005	1º de julio de 2005	1º de julio a 30 de septiembre de 2005	80 y 81
Acta de prórroga del contrato No. 6-443-2005	29 de septiembre de 2005	Hasta el 30 de noviembre de 2005	82
Acta de adición del contrato No. 6-443-2005	28 de octubre de 2005	Adicionar clausula primera	83
Acta de prórroga del contrato No. 6-443-2005	29 de noviembre de 2005	Hasta el 31 de diciembre de 2005	84
Acta de adición del contrato No. 6-443-2005	29 de diciembre de 2005	Adicionar clausula primera	85
Contrato de prestación de servicios No. 6-040-2006	2 de enero de 2006	Del 3 de enero a 31 de marzo de 2006	86 y 87
Contrato de prestación de servicios No. 6-248-2005	31 de marzo de 2006	Del 1º de abril a 30 de junio de 2006	88 y 89
Acta de adición del contrato No. 6-248-2005	27 de junio de 2006	Hasta 31 de julio de 2006	90
Contrato de prestación de servicios No. 6-566-2006	1º de agosto de 2006	1º de agosto a 30 de octubre de 2006	91 y 92
Acta de adición del contrato No. 6-566-2006	3 de agosto de 2006	Adicionar clausula primera	93
Acta de adición del contrato No. 6-566-2006	2 de septiembre de 2006	Adicionar clausula primera	94
Acta de prórroga del contrato 6-566-2006	27 de octubre de 2006	Hasta el 30 de noviembre de 2006	95
Acta de adición del contrato No. 6-	2 de noviembre de 2006	Adicionar clausula primera	96

Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Radicado: 2015-00207
Demandante: Wanda Nyeri Guerrero Martínez

566-2006			
Acta de prórroga del contrato No. 6-566-2006	30 de noviembre de 2006	Hasta el 1º de enero de 2007	97
Acta de adición del contrato No. 6-566-2006	26 de diciembre de 2006	Adicionar clausula primera	98
Contrato de prestación de servicios No. 6-140-2007	2 de enero de 2007	Del 2 de enero a 30 de marzo de 2007	99 y 100
Acta de adición del contrato de arrendamiento No. 6-140-2007	28 de febrero de 2007	Adicionar clausula primera	101
Contrato de prestación de servicios No. 6-359-2007	30 de marzo de 2007	1º de abril de 2007 a 30 de junio de 2007	102 y 103
Contrato de prestación de servicios No. 6-598-2007	29 de junio de 2007	1º de julio a 30 de septiembre de 2007	104 y 105
Acta de adición del contrato No. 6-598-2007	16 de agosto de 2007	Adicionar clausula primera	106
Acta de adición y prórroga del contrato No. 6-598-2007	25 de septiembre de 2007	Hasta el 31 de octubre de 2007	107
Acta de adición y prórroga del contrato No. 6-598-2007	17 de octubre de 2007	Adicionar clausula primera	108
Acta de adición y prórroga del contrato No. 6-598-2007	25 de octubre de 2007	Hasta el 30 de noviembre de 2007	109
Acta de adición y prórroga del contrato No. 6-598-2007	30 de noviembre de 2007	Hasta el 2 de enero de 2008	110
Contrato de prestación de servicios No. 6-118-2008	3 de enero de 2008	Del 3 de enero a 31 de marzo de 2008	111 y 112
Contrato de prestación de servicios No. 6-343-2008	1º de abril de 2008	Del 1º de abril a 30 de junio de 2008	113 y 114
Contrato de prestación de servicios No. 6-577-2008	25 de junio de 2008	Del 1º de julio a 30 de septiembre de 2008	115 y 116
Acta de adición y prórroga del contrato No. 6-577-2008	29 de septiembre de 2008	Hasta 1º de enero de 2009	117
Acta de adición contrato No. 6-577-2008	4 de noviembre de 2008	Adicionar clausula primera	118
Acta de adición contrato No. 6-577-2008	21 de noviembre de 2008 12 de diciembre de 2008	Adicionar clausula primera	119 y 120
Contrato de prestación de servicios No. 6-105-2009	2 de enero de 2009	Del 2 de enero a 31 de marzo de 2009	121 y 122
Contrato de prestación de servicios No. 6-344-2009	1º de abril de 2009	Del 1º de abril a 30 de junio de 2009	123 y 124
Contrato de prestación de servicios No. 6-669-2009	1º de junio de 2009	Del 1º de julio a 30 de septiembre de 2009	125 y 126
Acta de adición del contrato No. 6-669-2009	30 de octubre de 2009	adicionar clausula primera	127
Acta de adición y prórroga del contrato No. 6-669-2009	22 de diciembre de 2009	Hasta el 3 de enero de 2010	128
Acta de adición del contrato No. 6-669-2009	1º de septiembre de 2009	Adicionar clausula primera	129
Contrato de prestación de servicios No. 6-149-2010	4 de enero de 2010	Del 4 de enero de 2010 a 31 de marzo de 2010	130
Acta de adición y prórroga del contrato No. 6-149-2010	24 de marzo de 2010	Hasta el 30 de junio de 2010	132
Acta de adición y prórroga del contrato 6-149-2010	28 de junio de 2010	Hasta el 31 de julio de 2010	133
Acta de prórroga y adición del contrato 6-149-2010	26 de julio de 2010	Hasta el 30 de septiembre de 2010	134
Acta de adición y prórroga del contrato No. 6-149-2010	30 de septiembre de 2010	Hasta el 31 de octubre de 2010	135
Acta de prórroga del contrato de arrendamiento No. 6-149-2010	22 de octubre de 2010	Hasta el 3 de enero de 2011	136
Acta de adición del contrato No. 6-149-2010	31 de agosto de 2010	Adicionar clausula primera	137
Acta de adición del contrato No. 6-149-2010	29 de noviembre de 2010	Adicionar clausula primera	138
Contrato de prestación de servicios No. 6-152-2011	3 de enero de 2011	Del 4 de enero de 2011 a 31 de marzo de 2011	139 y 140
Contrato de prestación de servicios No. 6-473-2011	4 de abril de 2011	Del 1º de abril de 2011 a 30 de junio de 2011	141 y 142
Contrato de prestación de servicios	1º de junio de 2011	Del 1º de julio de 2011 a 31 de julio	143 y 144

Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Radicado: 2015-00207
Demandante: Wanda Nyeri Guerrero Martínez

No. 6-809-2011		de 2011	
Acta de prórroga del contrato No. 6-809-2011	29 de julio de 2011	Hasta el 31 de agosto de 2011	145
Acta de adición y prórroga del contrato No. 6-809-2011	12 de agosto de 2011	Hasta el 30 de septiembre de 2011	146
Acta de adición y prórroga del contrato No. 6-809-2011	20 de octubre de 2011	Hasta el 30 de noviembre de 2011	147
Acta de adición y prórroga del contrato No. 6-809-2011	29 de noviembre de 2011	Hasta el 15 de diciembre de 2011	149
Acta de adición y prórroga del contrato No. 6-809-2011	12 de diciembre de 2011	Hasta el 3 de enero de 2012	150
Contrato de prestación de servicios No. 6-154-2012	2 de enero de 2012	Del 4 de enero de 2012 a 30 de abril de 2012	151 y 152
Contrato de prestación de servicios No. A-51	2 de mayo de 2012	30 días contados a partir del 2 de mayo de 2012	154 y 155
Prórroga y adición al contrato No. A-51	31 de mayo de 2012	Hasta el 30 de junio de 2012, inclusive	156
Contrato de prestación de servicios No. A-705	16 de septiembre de 2012	Del 16 de septiembre de 2012 a 30 de septiembre de 2012	159 y 160
Contrato de prestación de servicios No. A-752 de 2012	1º de octubre de 2012	Del 1º de octubre de 2012 a 31 de octubre de 2012	161 y 162
Contrato de prestación de servicios No. 1424 de 2012	1º de noviembre de 2012	Del 1 de noviembre a 30 de noviembre de 2012	163 y 164
Contrato de prestación de servicios No. A-1820 de 2012	3 de diciembre de 2012	Del 3 de diciembre a 31 de diciembre de 2012	166 166

La demandante comunicó su estado de embarazo, el 20 de abril de 2012 y el 1º de junio de 2012, folios 157 y 158 la señora Wanda estuvo desvinculada del hospital desde el 1º de julio hasta el 15 de septiembre de 2012, reincorporándose con la suscripción del contrato A-705 el 16 de septiembre de 2012 (f. 159).

4. Sobre el pago realizado en cada contrato el hospital hizo retención en la fuente folios 11 a 13.

5. La Coordinadora del Departamento de nutrición del hospital a través de comunicación calendada 2 de febrero de 2005 recordó a la demandante el horario la entrega de turno y las funciones a desempeñar, folio 14.

6. El 16 de septiembre de 2005, 19 de septiembre y el 13 de diciembre de 2006 se le hicieron a la demandante llamados de atención, ff. 15 a 17.

7. La demandante hizo los correspondientes aportes al sistema de seguridad social (ff.21 a 24).

8. Testimonios de los señores César Augusto Ávila Gómez, Danila Briceño Alejo y Alexander Martínez Jiménez.

E. ANÁLISIS DEL DESPACHO

1. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS FRENTE AL CONTRATO REALIDAD

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales actualmente se encuentra previsto en el artículo 53 de la Constitución Política¹, tiene vigencia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para encubrir una relación laboral. De manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad, el efecto normativo y garante del principio se concreta en la protección del derecho al trabajo y las prerrogativas laborales, sin que se repare en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal.

Esta relevancia del principio de la realidad se impuso tanto a particulares como al Estado, y

¹ Constitución Política de Colombia. (...) "Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La Ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales://(...) primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad (...)"

en esa medida generó que la jurisprudencia nacional desarrollara una significativa protección a los individuos que trabajan para el Estado bajo el ropaje del denominado contrato de prestación de servicios.

Ahora bien, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, se ha esforzado para delimitar las características del contrato de prestación de servicios frente a las relaciones laborales que surgen del contrato de trabajo, algunas veces con posiciones disímiles, por tal razón, este Despacho considera importante referirse en primer lugar al estado de la jurisprudencia en la materia.

2. EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA

a. *La sentencia C- 154 de 1997. Definición de los principales elementos del contrato realidad*

Sea lo primero recordar que la Corte Constitucional en la sentencia C- 154 de 1997, declaró la exequibilidad de la definición del contrato de prestación de servicios contenida en el numeral 3o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993², salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada. En la parte considerativa de la sentencia se establecieron las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el vínculo laboral, señalando que los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo son: la prestación personal de los servicios, la remuneración como contraprestación del mismo y la subordinación del trabajador al empleador³.

Enfatizó la sentencia de la Corte que es el elemento de la subordinación el que constituye la diferencia esencial entre los dos tipos de relación, en contraposición con los altos grados de autonomía e independencia con que cuenta el contratista en el contrato de prestación de servicios⁴, posición jurisprudencial que fue secundada por varios pronunciamientos del Consejo de Estado⁵.

Al carácter distintivo de la subordinación en los contratos de trabajo, la jurisprudencia sumó de manera reiterada el elemento de la temporalidad, pues los contratos de prestación de

²Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997. La Corte declaró EXEQUIBLES las expresiones "no puedan realizarse con personal de planta o" y "en ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales".

³ El Consejo de Estado, en sentencia del 6 de octubre de 2016, citó la interpretación de la Corte Constitucional sobre este postulado en el cual se afirmó que "no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad [3]. De ello se deriva la existencia de lo que ha sido denominado como contrato realidad, "entendido por la Corte como aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma [3]". Asimismo, concluyó en esta oportunidad el Consejo de Estado que, con base en la postura de la Corte Constitucional sobre la materia, "independientemente de la denominación que se le dé a una relación laboral o de lo consignado formalmente entre los sujetos que la conforman, deben ser analizados ciertos aspectos que permitan determinar si realmente la misma es o no de naturaleza laboral. Para ello, basta con examinar los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo o la relación laboral y, siendo así, el trabajador estará sujeto a la legislación que regula la materia y a todos los derechos y obligaciones que se derivan de ella". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 6 de octubre de 2016, radicado: 76001-23-31-000-2012-00338-01(2685-15).

⁴ Ibídem." b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.// Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios". (Resalta el Despacho).

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 3 de diciembre de 2007. Radicados.24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447. v.et. Sección Segunda, sentencia del 19 de enero de 2006, radicado: 2.579-05 y sentencia del 7 de septiembre de 2006, radicado: 1.420-01, sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado: 4.669-04, y 23 de febrero de 2006, radicado: 3.648-05.

servicios se celebran únicamente conforme al artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993: “*por el tiempo estrictamente necesario*”, partiendo de la regla general según la cual la función pública se presta por el personal de planta perteneciente a una entidad estatal y solo de forma excepcional por personal vinculado por contrato de prestación de servicios^{6/7}.

b. Posturas iniciales del Consejo de Estado frente al contrato realidad

Inicialmente, la Sección Segunda del Consejo de Estado consideró que en tales asuntos, surge una relación laboral, razón por la cual el contrato de prestación de servicios contraviene lo previsto en el artículo 53 de la Constitución que consagra el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, pues se despoja al trabajador de sus derechos laborales que son irrenunciables, con lo cual se transgreden los artículos 15 y 16 del Código Civil, que prohíben que por convenio los particulares deroguen las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres⁸.

Sin embargo, concluyó también la Sección Segunda que en tales casos no hay lugar a reconocimiento de prestaciones sociales propiamente dichas a favor del demandante, puesto que no se trata de una relación laboral pública formalmente establecida, en tanto que las formalidades sustanciales de derecho público para adquirir la condición de empleado público no pueden ser pretermitidas, por lo que el restablecimiento consiste en una indemnización de perjuicios, tomando como base de la liquidación el valor pactado en el contrato⁹.

c. Cambio jurisprudencial del Consejo de Estado en el año 2003

Posteriormente, el Consejo de Estado modificó su criterio en Sala Plena y sobre el vínculo contractual que surge en los contratos de prestación de servicios señaló que:

- (i) Sobre aquellos que violen la Constitución y la Ley se debe predicar su nulidad no su inexistencia.
- (ii) Cuando su propósito sea la ejecución de actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa y no pueda realizarse con personal de planta, no puede afirmarse que se oponga a derecho, es decir, que se encuentre prohibido por la Ley, por cuanto el estatuto de contratación así lo autoriza expresamente en el numeral 3º del artículo 32.
- (iii) No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato con la situación legal y reglamentaria, por cuanto el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede otorgar el estatus de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario y no existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios porque la situación del empleado público es distinta de la que se

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997 “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. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente” (Resalta el Despacho).

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-739 de 2002.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 5 de diciembre de 2002. Radicación número: 54001-23-31-000-1998-01141-01(4789-01). V.et. Corte Constitucional, sentencia C- 555 de 1994.

⁹ Ibidem.

origina en razón de un contrato de prestación de servicios, no generando esta última una relación laboral ni prestaciones sociales.

(iv) En el caso de una reclamación en la que se alegare la existencia de un contrato de trabajo bajo la forma de uno de prestación de servicios, la competente para dirimir la controversia es la jurisdicción ordinaria, mientras que si se alega la existencia de una relación legal y reglamentaria disfrazada de un contrato de prestación de servicios, tal afirmación sería improcedente, por cuanto la calidad de empleado público únicamente se adquiere mediante requisitos *ad substantiam actus* del nombramiento y la posesión¹⁰.

d. Síntesis de la postura jurisprudencial actual del Consejo de Estado

La posición actual del Consejo de Estado, partiendo de la diferenciación hecha por la Corte Constitucional en la Sentencia de Constitucionalidad 154 de 1997, sobre el contrato de prestación de servicios frente al contrato realidad sostiene lo siguiente¹¹:

(i) En primer lugar, se superó la tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados, y en su lugar se señaló que cuando se desvirtúe el contrato de prestación de servicios, se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta el restablecimiento, que no es otra, que esa relación laboral que se ocultó bajo el ropaje de un contrato estatal; ello, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral¹².

(ii) De igual forma se superó la tesis sobre la no prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, pues antes se consideraba que como su exigibilidad era imposible antes de que se produjera la sentencia que declaraba la existencia de la relación laboral (carácter constitutivo)¹³. Se considera ahora, que si bien es cierto, es desde la sentencia que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años¹⁴.

(iii) En cuanto a la configuración de los contratos realidad, se concluyó que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia continuada en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público¹⁵.

(iv) Asimismo, ha resaltado la jurisprudencia que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad

¹⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 18 de noviembre de 2003, expediente IJ 0039.

¹¹ Síntesis lograda de las consideraciones de la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 27 de abril de 2016, radicado: 66001-23-31-000-2012-00241-01(2525-14).

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 2776-05; Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 1694-07; Sentencias de 31 de Julio de 2008; Sentencia de 14 de agosto de 2008.

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13.

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Expediente No. 3074-2005.

probatoria de la parte demandante, según el aforismo *"onus probandi incumbit actori"*, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y a acreditar la presencia real de los elementos anteriormente señalados dentro de la actividad desplegada, especialmente el de subordinación continuada¹⁶.

e. El caso de la prestación de servicios de salud

Respecto a la potestad de las Empresas Sociales del Estado para contratar la prestación de servicios por fuera de la planta de personal de la entidad, la Corte Constitucional en Sentencia C-171 de 2012, 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 entidades¹⁷

En la jurisprudencia citada, se precisó que la potestad de contratación otorgada a las Empresas Sociales del Estado para prestar servicios de salud, solo podrá llevarse a cabo en los siguientes eventos:

- (i) Que no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad
- (ii) Se contratan 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.^{18/19}

Ahora bien, para estos asuntos el Consejo de Estado ha reiterado también en relación con el elemento de la subordinación, que pese a la autonomía e independencia que conlleva la aplicación de sus conocimientos científicos, no se puede descartar de plano la existencia de una relación de subordinación y dependencia, *"en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, como el cumplimiento de horario, la recepción de órdenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta etc., lo que a su vez supone que tratándose de un verdadero contrato de prestación de servicios, la autonomía e independencia deba abarcar aun los aspectos anteriormente referidos"*²⁰.

f. Estado de la cuestión

Del desarrollo jurisprudencial citado, se entiende que para comprobar la existencia de una relación laboral, se requiere que el demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es:

- (i) Que su actividad en la entidad haya sido personal y que por esta recibió una remuneración o pago. Acreditar que en la relación con el empleador existió subordinación o

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 17 de agosto de 2011. Expediente No. 1079-09.

¹⁷ . Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-171 de 2012.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 2 de junio de 2016. Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00043-01(2496-14).

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 28 de enero de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2001-03195-01(0782-08). En igual sentido sentencia del 11 de junio de 2009, radicación No. 0081-08.

dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo u la imposición de reglamentos, subordinación que debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

- (ii) La parte actora debe demostrar su permanencia en labores inherentes a la entidad.
- (iii) Sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral con todas sus implicaciones económicas, esa declaración no otorga la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección en la planta de cargos de la entidad y su correspondiente posesión.

2. Solución caso concreto.

Afirma la actora que entre el hospital demandado y ella existió una relación laboral al haberse configurado los tres elementos de esta, razón por la cual tiene derecho al reconocimiento y pago de prestaciones y demás emolumentos causados durante el periodo 1º de julio de 2001 a 31 de diciembre de 2012, la devolución de la retención en la fuente efectuada por la entidad, el pago de aportes al sistema de seguridad social, el reintegro al cargo desempeñado, el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde su desvinculación y la correspondiente sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo por el no pago oportuno de las cesantías conforme con la ley 50 de 1990.

Por su parte, la entidad demandada, mediante el acto administrativo demandado, comunicación 100-1091-2014 del 8 de julio de 2014, niega el reconocimiento y pago de acreencias laborales derivadas de una relación laboral, argumentando que el vínculo existente entre la demandada y el Hospital Meissen fue contractual en la modalidad arrendamiento de servicios en donde no se reconocen las prestaciones solicitadas.

Procede entonces el Despacho a revisar el caso concreto a fin de determinar si las pruebas recaudadas evidencian la configuración de los tres elementos de la relación laboral, estos son actividad personal, subordinación y salario y, su permanencia en labores inherentes a la entidad, en el vínculo que existió entre la aquí demandante y el Hospital Meissen II Nivel E.S.E.

Respecto de la prueba testimonial recaudada este Despacho encuentra que los testimonios de los señores César Augusto Ávila Gómez, Danila Briceño Alejo y Fredy Alexander Martínez Jiménez, no aportan la suficiente credibilidad, teniendo en cuenta que el señor Ávila Gómez era el Chef del hospital y sus labores las desempeñaba por fuera de las instalaciones de este en una "casa alquilada" tal y como él lo manifestó en su declaración, lo que hace que no pudiera tener un conocimiento directo de los hechos sobre los cuales depuso.

Respecto de la señora Danila Briceño, quien se desempeñaba en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, considera el Despacho que tampoco podía dar certeza de asuntos como horario, jefes, funciones, pago, situación que se evidencia igualmente con el señor Fredy Alexander Martínez Jiménez, en tanto el cargo desempeñado no se relaciona con el de la demandante; sus actividades no permiten ser testigo directo de la labor desempeñada, los jefes directos, la atención de turnos asignados y su permanencia en labores inherentes a la demandada.

a. Actividad personal

Las pruebas obrantes en la actuación evidencian que entre la aquí demandante, señora Wanda Nyeri Guerrero Martínez, y el Hospital Meissen II Nivel E.S.E. se suscribieron contratos de arrendamiento de servicios personales cuyo objeto se concreta al cumplimiento de actividades como auxiliar de servicios nutricionales (lactario).

Asimismo, obran documentos en donde se le recuerda a la demandante los horarios de los turnos que debía cumplir así: 7 a.m. a 1 p.m., 1 p.m. a 7 p.m. y 7p.m. a 7 a.m. en las instalaciones del Hospital demandado, requiriendo la presencia personal.

Lo anterior lleva a concluir que en la relación en estudio se configuró el elemento actividad personal, en tanto se encuentra debidamente acreditado que la labor encomendada a la actora requería su presencia personal en el sitio de trabajo, sin tener la potestad de delegar las funciones que le fueron asignadas acatando el cumplimiento de un horario y con ocasión a los memorandos recibidos su subordinación ante sus superiores .

b. Remuneración

A su turno, la certificación de la Subdirectora Administrativa del Hospital, obrante a folios 9 y 10 del cuaderno 1 acreditan con suficiencia que durante el tiempo en que la señora Wanda Nyeri Guerrero Martínez estuvo vinculada al Hospital Meissen, recibió una asignación, como retribución a su trabajo desde el año 2001 al año 2011, con lo que se acredita el elemento salario, sueldo o asignación como retribución del servicio.

c. Subordinación

En cuanto al elemento subordinación o dependencia respecto de un empleador, revisados los contratos de prestación de servicio suscritos observa el Despacho que el objeto contratado se encontraba, en suma reglado, sin dejar mayor espacio a la autonomía e independencia del contratista, al anotarse en el año 2001 que debía:

- Realizar las actividades determinadas por la jefe de cocina.
- Elaborar en forma cuidadosa las diferentes dietas.
- Cumplir las reglas de manejo adecuado de los alimentos.
- Cuidar y limpiar adecuadamente los equipos y plantas destinadas a la elaboración de alimentos.
- Distribución de las dietas en forma adecuada y oportuna.
- Atención amable y agradable a cada paciente.
- Cuidado de los equipos, materias primas y los recursos dispuestos por el Hospital para el área de cocina.
- Realizar las demás actividades que le sean asignadas por el interventor del contrato acordes con el contrato.

A partir del 16 de diciembre de 2001 y hasta el 30 de junio de 2012, estas funciones fueron cambiadas, así:

- Recibir frascos y biberones inactivados.
- Lavar y desinfectar los biberones.
- Lavar y desinfectar el menaje continuamente.
- Lavar y desinfectar diariamente los pisos, paredes y techos.
- Preparar los teteros.
- Entregar los teteros a enfermería.
- Elaborar y consolidar estadísticamente los teteros entregados.
- Solicitar diariamente materia prima y materiales.
- Utilizar adecuadamente el uniforme estéril dentro de la unidad de lactario.
- Cumplir el horario establecido.

- Cumplir las demás funciones que le sean asignadas por el interventor del contrato acorde con el objeto del contrato.

Así mismo, de acuerdo con la comunicación que obra a folio 14, es claro que la demandante cumplía un horario programado por la demandada, que estaba dividido en turnos: de siete de la mañana a una de la tarde (7 a.m. a 1 p.m.), de una de la tarde a siete de la noche (1 p.m. a 7 p.m.) y de siete de la noche a siete de la mañana (7 p.m a 7 a.m.), de acuerdo con la comunicación suscrita por la Coordinadora del Departamento de Nutrición.

De esta manera se ha probado que la labor desarrollada por la actora no estuvo enmarcada dentro del principio de autonomía e independencia del contratista, en tanto que la demandante “no disponía de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor” característica propia del contrato de prestación de servicio, pues estuvo sometida a un horario de trabajo así como a las órdenes impartidas por la Coordinadora del Departamento de Nutrición y de la Subdirectora Administrativa, tal y como consta a folios 14 a 16 del Cuaderno 1, lo cual desborda la natural coordinación que implica el cumplimiento de una actividad contractual y ubica a la demandante en una relación de dependencia o subordinación pues cumplió su función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que cualquier servidor público.

Por demás, las características propias del contrato de prestación de servicio definidas por la Corte Constitucional en la citada sentencia C-154 de 1997 se encuentran ampliamente desvirtuadas en el presente caso así:

La actividad contratada resulta inherente a la función misional de la entidad demandada , por cuanto, las labores desempeñadas por la aquí actora son propias de la naturaleza de aquella; en efecto, el Hospital Meissen II Nivel E.S.E., creado mediante el Acuerdo 20 de 1990, “Por el cual se organiza el Sistema Distrital de Salud de Bogotá”, y modificado por el Acuerdo 17 de 1997, “Por el cual se transforman los Establecimientos Públicos Distritales Prestadores de Servicios de Salud como Empresa Social del Estado”, en sus artículos 5 y 31 enumera las funciones de las Empresas Sociales del Estado y el artículo 5 señala que “el objeto de la Empresa Social del Estado será la prestación de servicios de salud, entendidos como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud. En consecuencia, en desarrollo de este objeto, adelantará acciones y servicios de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación de la salud, los cuales deberá dirigir prioritariamente a la población pobre y vulnerable, independiente de sí está afiliada o no al Régimen Subsidiado de la Seguridad Social”.

En lo que hace relación a (i) la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, como elemento esencial de este contrato, con el carácter excepcional que le imprime la Corte, (ii) cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios, es necesario recordar el objeto contractual transcrito en precedencia, del cual se evidencia que las funciones de la actora se encontraban específicamente regladas, sin observarse autonomía en el ejercicio de sus actividades laborales.

Sobre el elemento de la permanencia del contrato laboral, y, *contrario sensu* el carácter temporal del contrato de prestación de servicios, se encuentra demostrado que la señora Wanda Nyeri Guerrero Martínez, prestó sus servicios al Hospital Meissen II Nivel en los siguientes periodos, desde el 31 de julio de 2001 al 10 de agosto de 2002, fecha en la cual se suspendió el contrato hasta el 4 de noviembre de 2002, y se reanudó a partir del 6 de noviembre

de 2002 hasta el 30 de junio de 2012. Nuevamente suscribe contrato a partir del 16 de septiembre de 2012 y presta sus servicios hasta el 31 de diciembre de 2012, lo cual se evidencia con los contratos de prestación de servicios y las actas de prórroga citados en los hechos probados.

Sin embargo, se resalta que pese a que la prórroga del contrato 6-00291-2002 iba hasta el 31 de agosto de 2002 (f. 44), el contrato se suspendió por la maternidad de la demandante y posteriormente laboró hasta el 30 de junio de 2012, atendiendo a la maternidad de la actora, folio 45, 157 y 158.

Por tanto, la prestación de sus servicios no fue de manera temporal, pues la actora permaneció vinculada al hospital desde el 1º de junio de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2012, pese a los periodos de maternidad, esto es durante más de 11 años, lo que igualmente desvirtúa el carácter temporal expuesto por la Corte, en tanto lo procedente en estos caso es la ampliación de las plantas de personal y no la desfiguración de la modalidad contractual en estudio para vincular personal con la finalidad de cumplir actividades permanentes propias de la entidad evitando el pago de prestaciones sociales y de aportes parafiscales.

Los contratos de prestación de servicios se deben restringir a aquellos casos en los que la entidad pública requiere adelantar labores ocasionales, la labor convenida no puede desarrollarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados, siempre que las labores sean ocasionales, transitorias, de lo expuesto se concluye que en éste asunto se desvirtuó la naturaleza del contrato de prestación de servicios suscrito y en su lugar se logró acreditar la configuración de los tres elementos constitutivos del contrato realidad que obligan al reconocimiento de las prestaciones laborales derivadas de este, en aplicación del principio previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, al acreditarse que se contrató por prestación de servicios a una persona que debe desempeñar las mismas funciones que de manera permanente se asignan a los demás servidores públicos, desdibujando la figura de la relación contractual.

En consecuencia, la pretensión anulatoria está llamada a prosperar, debiendo ordenarse el consiguiente restablecimiento del derecho.

d. Restablecimiento del derecho

En relación con el restablecimiento del derecho el Despacho, en cuanto al reconocimiento de la diferencia entre lo que recibió y lo que debía recibir por concepto de salarios y la totalidad de prestaciones sociales, se debe tener en cuenta que tal como quedó demostrado en el proceso, la vinculación laboral de la demandante fue idéntica a la de los trabajadores de planta de la entidad. Por tanto, si está comprobado que a estos últimos les asiste el derecho a salarios y prestaciones sociales, igual derecho se debe predicar respecto de la demandante^{21/22}.

²¹ En igual sentido ver Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 27 de abril de 2016, radicado: 66001-23-31-000-2012-00241-01(2525-14).

²² Corte Constitucional. Sentencia T-426 del 8 de julio de 2015. *“Conforme a lo anterior, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa ha decantado que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral tanto frente a particulares como al Estado, cuando se prueba el cumplimiento de una prestación personal, continuada, subordinada y remunerada de un servicio.// Así las cosas, configurada la relación laboral de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales iguales a las que gozan las personas que cumplen con sus mismas funciones vinculadas de manera regular, sin reparar en*

Por tanto, este Despacho ordenará pagar a la aquí demandante, la totalidad de las prestaciones sociales comunes u ordinarias que devengan los servidores públicos de la entidad en la cual prestó sus servicios tomando como base el salario de esos servidores, así como el pago de las cotizaciones legales que la entidad debió trasladar al Sistema de Seguridad Social en la proporción que corresponda. De igual forma se declarará que el tiempo laborado debe computarse para efectos pensionales.

Respecto de la solicitud de sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías, no es posible acceder a esta, pues reiteradamente la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que es viable su pago únicamente cuando las cesantías han sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibir las, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas²³.

Por otra parte, reitera este Despacho que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir la condición a la demandante de empleada pública pues *“para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público”*²⁴.

Por lo mismo, no es posible el reconocimiento de prestaciones extralegales o convencionales, en atención a que la actora no ostenta la calidad de empleada pública ni de trabajadora oficial, a más de no hallarse probadas.

al ser desvirtuado el contrato de prestación de servicios, la relación laboral produce plenos efectos, lo que conlleva al pago de todos los emolumentos²⁵, incluidas no solo las prestaciones sociales que son asumidas directamente por el empleador tales como vacaciones, cesantías, prima de servicios y todas las que se encuentren pactadas, sino

la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Luego, se garantizan los derechos laborales de quienes han sido vinculados de manera irregular y han prestado sus servicios en igualdad de condiciones a servidores públicos, reconociendo los mismos derechos y acreencias laborales que estos gozan”.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 41001-23-33-000-2012-00041-00(3308-13) *“Ha sido pacífica la postura que por parte de esta Corporación ha definido frente al reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la existencia de una relación laboral que subyace de la relación contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, el reconocimiento y pago de las cesantías, surge solo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría reclamarse la sanción moratoria como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio. En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibir las, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas”.*

²⁴ Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en esta decisión se consideró: *“En consecuencia, al demostrarse los elementos propios de la relación laboral, la contratista tiene derecho a obtener el reconocimiento y pago como reparación del daño de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de planta de la entidad por los periodos de tiempo y en las condiciones establecidas en la sentencia de primera instancia, la cual será confirmada por encontrarse ajustada a derecho”.*

además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, en la proporción correspondiente, como aquellas por concepto de salud y pensión²⁶.

Con lo anterior se tiene que en este punto se estima que tiene derecho a que se le reintegren las sumas que ella canceló y que le correspondía sufragar al hospital, por concepto de salud y pensión, según la normativa vigente, para lo cual, deberá allegar la prueba que soporte los pagos efectivamente realizados por tales conceptos.

Tampoco se accede a la devolución de los dineros descontados por concepto de la retención en la fuente, , pues si bien es cierto se desnaturalizó la vinculación de origen contractual, también lo es que la declaración de la existencia de dicha relación no implica per se la devolución de sumas de dinero que se generaron en virtud de la celebración contractual, pues la finalidad del restablecimiento del derecho es el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con la relación laboral oculta más no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato.²⁷

e. Prescripción

Así, en el presente caso se encuentra que aun cuando se solicita el reconocimiento y pago de unas acreencias derivadas de un contrato realidad y en diversas oportunidades el Consejo de Estado ha considerado que en este tipo de pretensiones no opera la prescripción al ser la sentencia constitutiva de derechos, en reciente pronunciamiento del 9 de abril de 2014²⁸, señaló que el reconocimiento de las prestaciones sociales derivadas del contrato realidad se deben reclamar dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama, es decir en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan.

De acuerdo con la reseña jurisprudencial, en el presente asunto tenemos que la finalización del vínculo laboral fue el 31 de diciembre de 2012 y la petición se presentó el 27 de junio de 2014 (la presente demanda se radicó el 6 de febrero de 2015), por lo que la actora se encontraba dentro del término previsto en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 para reclamar sus acreencias laborales, ligado a que los contratos de arrendamiento de servicios personales que se suscribieron entre las partes desde el 1 de julio de 2001 lo fueron de manera continuada

f. Ajuste de la condena al pago de una cantidad líquida de dinero

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en es providencia se indicó: "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, por ejemplo, **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%**".

²⁷ Ver Sentencia de 17 de noviembre de 2011 proferida por esta Subsección, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Expediente N. 250002325000200800655 01 (1422-2011).

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Rad. Interno 0131-13. En el mismo sentido, sentencia del 13 de febrero de 2014, Rad. 1807-13 y Sentencia 27 de noviembre de 2014, Rad. 3222-2013.

Ahora bien, Respecto de las diferencias que resulten a favor de la parte actora entre el porcentaje que se le venía reconociendo y el mayor valor obtenido luego de aplicar el porcentaje correspondiente al índice de precios al consumidor, debe aplicarse la fórmula siguiente, que ha sido debidamente sustentada por el Honorable Consejo de Estado, basándose en el artículo 178 del C.C.A., hoy inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., y que tiene por objeto traer a valor presente las diferencias que dejó de recibir el censor, protegiéndose así a la persona de los altos índices de desvalorización monetaria:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de las diferencias mencionadas desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

3. COSTAS

El Despacho, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se abstendrá de condenar en costas atendiendo al desistimiento enunciado por la parte demandante además de no se comprobaron los hechos que acreditan su causación como se exige en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P.

II. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ, D.C., Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- SE DECLARA NULA la comunicación 100-1091-2014 del 8 de julio de 2014, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales solicitadas.

SEGUNDO.- Declárase con aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, la existencia de la relación laboral entre la señora el señora Wanda Nyeri Guerrero Martínez y HOSPITAL MEISSEN II NIVEL, ESE, y/o SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.. En consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena al Hospital reconocer y pagar al demandante las prestaciones sociales de orden legal a las cuales tiene derecho tomando como base para su liquidación, los honorarios contractualmente pactados y derivados de los contratos de arrendamiento de servicios personales al periodo comprendido del 29 de junio de 2001 al 3 de diciembre de 2012 Estas sumas deberán ser actualizadas, con fundamento en el IPC certificado por el DANE y de acuerdo a la fórmula señalada en la parte motiva de esta sentencia (artículo 187 del C.P.A.C.A.).

TERCERO.- ordenar a esta entidad que reconozca y pague a título de reintegro a favor de la actora los valores que ella canceló correspondientes a salud y pensión, según los porcentajes fijados por ley al empleador.

CUARTO.- no se declara prescritas sumas equivalentes a las prestaciones sociales, por las razones expuestas en la parte motiva del fallo.

QUINTO.- Las diferencias de valor que debe asumir la entidad contratante por concepto de cotizaciones en pensión y salud deberán ser girados a los entes previsionales a los cuales estuvo afiliado la demandante durante el tiempo de la relación laboral reconocida en esta proveído excluyendo el periodo que hubo solución de continuidad.

SEXTO.- SE NIEGAN las demás pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

SEPTIMO.- SE ORDENA el cumplimiento de la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

OCTAVO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

NOVENO.- Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNIQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, así mismo, expídase copia de conformidad con lo normado en el numeral 2º del artículo 114 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Ergc