



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Sentencia No. 24

Bogotá D.C., seis (6) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2016-00217-00

Demandante: Jaime Humberto Redondo Gómez

Demandado: Hospital Meissen II nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de salud Sur E.S.E.

Tema: Contrato Realidad

Agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación no encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado procede el despacho a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia, con base en las siguientes:

CONSIDERACIONES

Pretensiones:

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la comunicación 100-0273-2016 de fecha 19 de febrero de 2016, suscrito por la Gerente (E) del Hospital Meissen II Nivel hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.; por medio de la cual se negó el pago de las acreencias laborales derivadas de la existencia de un contrato de trabajo realidad que existió entre la demandada y el señor Jaime Humberto Redondo Gómez, en el periodo comprendido del día 01 de abril de 2008 hasta el 30 de septiembre de 2015.
2. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad y previa declaratoria de la existencia del contrato de trabajo realidad se condene a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. a pagarle al señor Jaime Humberto Redondo Gómez, a título de restablecimiento del derecho los siguientes conceptos:
 - a) diferencias salariales existentes entre los servicios remunerados por prestación de servicios y los salarios legales y convencionales pagados por el hospital a los auxiliares de enfermería;
 - b) auxilio de las Cesantías;
 - c) Intereses a la Cesantías;
 - d) Primas de carácter legal de servicios de Junio y Diciembre;
 - e) Primas de carácter Extralegal de Navidad;
 - f) Primas de carácter Extralegal de Vacaciones;
 - g) La compensación en dinero de las vacaciones causadas que no fueron otorgadas ni disfrutadas en tiempo ni compensadas en dinero;
 - h) los porcentajes de cotización correspondientes a los aportes en salud y pensión que le correspondía realizar al Hospital Meissen que debió cancelar al Fondo pensional y a la E.P.S. como empleador;Todo lo anterior con base en los salarios legales y convencionales pagados por el Hospital a los auxiliares de enfermería del día 01 de abril de 2008 al 30 de septiembre de 2015, sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4º art. 187 del CPACA;
 - i) devolución de la totalidad de los descuentos realizados por concepto de retención en la fuente;
 - j) indemnización extralegal por el despido injusto;
 - k) indemnización contenida en la ley 244 de 1995 artículo 2º, a razón de un día de asignación de salario por cada día de mora en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales legales, extralegales y cesantías reclamadas hasta cuando se produzca el pago reclamado;
 - l) cotizaciones retroactivas a la Caja de compensación Familiar CAFAM durante el tiempo que laboró el demandante;
 - m) pago de la indemnización que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no afiliar al demandante al Fondo Nacional del Ahorro, ni haber efectuado las consignaciones de las cesantías.

3. Condénese a la entidad demandada que pague al señor Jaime Humberto Redondo Gómez, la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daños morales.
4. Que el demandado, de cumplimiento al fallo dentro de los términos establecidos en el artículo 192 del CPACA.
5. Se declare que el tiempo laborado por el señor Jaime Humberto Redondo Gómez, bajo la modalidad de contratos sucesivos denominados de “arrendamiento de servicios de carácter privado” y de “prestación de servicios” con el Hospital Meissen II Nivel Empresa Social del Estado, se deben computar para efectos pensionales, ordenando emitir la Certificación laboral para el efecto.
6. Se compulsen copias de la sentencia dirigidas al Ministerio de Trabajo para que imponga multa a la demandada según la Ley 1429 de 2010 artículo 63.
7. Se condene al pago de las costas y expensas de este proceso, a la entidad demandada.

Tesis del demandante. El señor Jaime Humberto Redondo Gómez, sostuvo que se desempeñó como auxiliar de enfermería al servicio del Hospital Meissen II Nivel ESE mediante órdenes de prestación de servicios de manera ininterrumpida entre abril de 2008 hasta septiembre de 2015.

Afirma que el Hospital Meissen II Nivel hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., pretende desconocer la relación laboral que existió a pesar de que se constituyeron todos los elementos de un contrato realidad.

Asevera que el Hospital Meissen II Nivel para no contratar directamente al demandante utilizó la fachada de contratos de arrendamiento y de prestación de servicios, para vincularlo irregularmente, concluyendo que la intermediación laboral está prohibida por expresa disposición del Código Laboral.

Tesis de la demandada: Considera que las pretensiones incoadas en la demanda, no están llamadas a prosperar por carecer de sustento fáctico y legal en razón a que los contratos de prestación de servicios tienen unos objetivos claros para su desarrollo y ejecución se rigen por el régimen privado en ejercicio de la autonomía de la voluntad, es decir, se celebraron, ejecutaron, terminaron y liquidaron de común acuerdo por lo cual no le asiste al demandante derecho alguno al reconocimiento de prestaciones sociales reclamadas.

Sostiene que los contratos de prestación de servicios están amparados en la insuficiencia del personal de planta para cumplir las actividades misionales o de apoyo de la empresa, por tanto son permitidos por la Ley en procura del interés general sobre el particular por la necesidad imperativa de prestar el servicio público en cumplimiento de los fines del estado establecidos en la Constitución Política.

Identificación del acto enjuiciado Se pretende la nulidad del Oficio No.100-0273-2016 de fecha 19 de febrero de 2016, suscrito por la Gerente (E) del Hospital Meissen II Nivel hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E..

Problema jurídico Consiste en establecer: **1.-** Si el señor Jaime Humberto Redondo Gómez demostró que en la vinculación que tuvo con el Hospital Meissen II Nivel hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. desde abril de 2008 hasta septiembre de 2015, a través de contratos de arrendamiento de servicios y de prestación de servicios, se acreditaron los elementos configurativos de una verdadera relación laboral. **2.-** Si en el caso concreto operó la prescripción, y **3.-** Si el demandante tiene derecho a una indemnización equivalente al pago de prestaciones sociales que devengaban los auxiliares de enfermería del Hospital Meissen II Nivel hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E..

Solución al problema jurídico. Una vez estudiados los cargos, observamos que el Hospital Meissen II Nivel ESE contrató al demandante Jaime Humberto Redondo Gómez bajo la modalidad de contrato de arrendamiento y contrato de prestación del servicio encubriendo una relación laboral, lo que genera la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades conforme con el artículo 53 de la Constitución Política, al desarrollar la labor de auxiliar de enfermería en condiciones equivalentes al personal de planta del ente hospitalario, en cuanto se acreditaron los elementos constitutivos del vínculo laboral, esto es: (i) la prestación personal del servicio; (ii) la subordinación o dependencia; (iii) el pago de una remuneración por la labor prestada y, (iv) la vocación de permanencia en el ejercicio de la función desempeñada.

En consecuencia, al estar acreditada la existencia de la relación de carácter laboral y por ende desvirtuado el vínculo contractual (Ley 80 de 1993, artículo 32.3) le asiste el derecho al señor Jaime Humberto Redondo Gómez al reconocimiento y pago de las prestaciones no devengadas durante la vigencia de los contratos celebrados entre abril de 2008 y septiembre de 2015.

Contrato de arrendamiento de servicios y contrato de prestación de servicios

El contrato de arrendamiento de servicios es una figura consignada en el Código Civil en los artículos 2063 a 2069, en la cual, en palabras del Consejo de Estado se encuentran los antecedentes históricos del contrato de prestación de servicios. Dicho contrato de arrendamiento de servicios, admitía la prestación del servicio, o bien bajo dependencia o subordinación, mediante un salario, o bien en forma independiente y autónoma, retribuido mediante el pago de honorarios y sin que genere una relación laboral; en el primer caso condujo al contrato de trabajo y en el segundo al contrato de prestación de servicios propiamente dicho¹.

Por su parte, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en su numeral 3 definió el contrato estatal de Prestación de Servicios en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...)

3º. Contrato de Prestación de Servicios.

"Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable."*²

Como se ha permitido señalarlo el Consejo de Estado, dicha normatividad contempló una presunción iuris tantum, al establecer que en ningún caso estos contratos -entiéndase contratos de prestación de servicios- generan relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales; considerando el alto Tribunal con ponencia de la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, tanto en ese como en otros pronunciamientos que:

"Las presunciones generan una de dos situaciones: quien alega la presunción para fundar su derecho desplaza la carga de la prueba en cabeza de su adversario o bien, que quien alega la presunción le niegue a su adversario por entero la facultad de acudir a prueba alguna que demuestre la no existencia del hecho decisivo.

De esta suerte, las presunciones relevan de la carga probatoria a los sujetos a favor de quienes operan. Una vez demostrado aquello sobre lo cual se apoyan, ya no es preciso mostrar valiéndose de otros medios de prueba lo presumido por la ley. En ese orden, el artículo 166 del Código General del Proceso aplicable por remisión del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, regula las presunciones establecidas por ley señalando que «... el hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.»

Así las cosas, la presunción contenida en el artículo transcrito al no tener el carácter de ser iuris et de iure, es decir, de pleno derecho, puede ser controvertida y desvirtuada, de tal manera que, en asuntos como el presente, quien pretenda la declaratoria de existencia de una relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicios, con base en el principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Superior de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber de probanza a fin de poder quebrantar la presunción que sobre esta modalidad de contrato estatal recae.

Ahora bien, frente al caso que nos convoca es preciso que la denominada contratista, desvirtúe tal

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia del veinte de agosto de mil novecientos noventa y ocho, Consejero ponente: JAVIER HENAO HIDRÓN, Radicación número: 1127, Actor: Ministro De Salud, Referencia: Empresas Sociales del Estado. Régimen de contratación. El cargo de Gerente.

² Los apartes resaltados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, MP Dr. Hernando Herrera Vergara, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada

presunción, demostrando que en el respectivo contrato existió el elemento denominado subordinación, lo cual dependiendo de cada análisis en concreto y considerando varios factores, lo convertiría en un contrato laboral.

Lo anterior, debido a que el contratante determina exclusivamente el objeto a desarrollar por la contratista, quien a su vez ejecuta las labores encomendadas con autonomía e independencia, pues en caso contrario, se configura el elemento de la subordinación, propio del contrato laboral, que a su vez tiene implicaciones económicas diversas.

Para probar la existencia de este último, se requiere demostrar de forma incontrovertible además de la actividad personal y la remuneración, que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, la cual es aquella facultad permanente para exigir del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo.”³

El principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales⁴.

La realidad sobre las formalidades evidenciadas en las relaciones de trabajo, hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53⁵ de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: 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. Es preciso destacar que se ha denominado contrato realidad 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.

Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. 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 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. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

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

³ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, sentencia del diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00627-01(4696-15), Actor: Janeth Smith Fernández Caballero Demandado: E.S.E. Hospital San Juan De Dios De Girón

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, sentencia de febrero cuatro (04) de dos mil dieciséis (2016), Radicado No.050012331000201002195-01, No. Interno: 1149-2015. Actores: Hernán de Jesús Gutiérrez Uribe, Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional.

⁵ **ARTICULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre 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.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

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.

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 1993⁶, 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 empleador**⁷.

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 servicios⁸, posición jurisprudencial que fue secundada por varios pronunciamientos del Consejo de Estado⁹.

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 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^{10/11}.

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 siguiente¹²:

⁶Corte 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".

⁷ 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 [7]. 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 [7]. 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).

⁸ Ibidem." 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).

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. 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.

¹⁰ 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).

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-739 de 2002.

¹² 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).

- 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 desvirtúa 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 laboral¹³.
- 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)¹⁴. 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 años¹⁵.
- 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 público¹⁶.
- 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 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 continuada¹⁷.

El caso de la prestación de servicios en las empresas prestadoras 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 entidades¹⁸.

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

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, 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.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Expediente No. 3074-2005.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 17 de agosto de 2011. Expediente No. 1079-09.

¹⁸ . Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-171 de 2012.

una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente que les permita atender y desarrollar sus funciones.^{19/20}

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"²¹.

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 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.

Caso concreto –

Se encuentra configurado los tres elementos del relacion laboral, razón por la cual el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales causados durante el periodo comprendido entre abril de 2008 y, septiembre de 2015.

a.- Prestación personal del servicio:

El señor Jaime Humberto Redondo Gómez estuvo vinculado con el Hospital Meissen II Nivel ESE a través de 5 contratos de de prestación de servicios que datan de abril de 2008 a septiembre de 2015, según los contratos allegados con la demanda²² y conforme con las certificaciones visible a folios 18-19 del expediente

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 2 de junio de 2016. Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00043-01(2496-14).

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 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.

²² Contratos de arrendamiento de servicios acreditados con la demanda:

Número	Fecha	Plazo de ejecución	Folios C-1
Contrato de arrendamiento de servicios personales de carácter privado No 5-217-2009	2 de enero de 2009	02/01/2009 al 30/03/2009	23-24
Acta de Adición del Contrato de arrendamiento de servicios personales de carácter privado No 5-071-2010	31 de agosto de 2010	Adiciona el objeto y el valor del contrato (\$1.038.901)	25
Contrato de arrendamiento de servicios personales de carácter privado No 5-513-2011	1 de abril de 2011	01/04/2011 al 30/06/2011	26-28
Contrato de prestación de servicios No. 14-54 de 2012	13 de agosto de 2012	13/08/2012 al 12/09/2012	29-30
Contrato de prestación de servicios No. O-2932 de 2013	31 de mayo de 2013	01/06/2013 al 17/06/2013	31-33

El objeto reiterado de los contratos de arrendamiento de servicios fue:

"OBJETO: En el desarrollo del presente contrato el CONTRATISTA se compromete con el HOSPITAL a realizar las siguientes actividades: 1.- Recibo y entrega de turno del servicio y sus pacientes con la enfermera según las normas de la institución. 2. Proporcionar información clara y oportuna al paciente y sus familiares, según su nivel de competencia. 3 Brindar cuidado directo al paciente: toma de signos vitales, hoja neurológica, control de líquidos, aseo de pacientes, canalización de venas, toma de muestras de laboratorio, rotulación de líquidos y mezclas, verificación de permeabilidad de vena 4. Registrar en notas de enfermería todo cambio y procedimiento que se realice en el paciente. 5. Velar que los reportes de laboratorio y demás paraclínicos se encuentren oportunamente en las historias clínicas de todos los pacientes. 6. Aplicar normas de bioseguridad durante la atención de pacientes. 7. Conocer y aplicar las normas de precaución con sangre y líquidos corporales durante la atención a pacientes. 8. Realizar registros de enfermería a todo paciente que ingrese al servicio. 9. Adoptar medidas de seguridad para la atención del paciente. 10. Entrega de pacientes a otros servicios según las normas del servicio. 11. Asistir a los pacientes durante su traslado en ambulancia cuando sea necesario. 12. Prevenir accidentes durante la atención o traslado del paciente. 13. Mantener las dependencias del servicio y sus elementos listos, ordenados y adecuados para la atención de los pacientes. 14. Utilizar racionalmente el material de consumo que sea necesario para cumplir el objeto contractual. 15. Asistir al médico o enfermera en procedimientos especiales. 16. Mantener estricta técnica, aséptica durante todos los procedimientos. 17. Administrar dietas, teniendo en cuenta el recurso humano del servicio y las órdenes médicas. 18. Administrar cuidados específicos durante la alimentación y oxigenoterapia según las normas establecidas. 19. Llevar controles estrictos en pacientes pre eclámpicas y eclámpicas. 20. Dar educación a la madre en cuidados, puericultura, planificación familiar y durante el post-parto en el hogar. 21. Realizar los controles adecuados e indicados por el medico a toda paciente obstétrica durante el pre y post-parto. 22. Verificar la correcta entrega del recién nacido a la familia. 23. Preparar al paciente quirúrgico, según el procedimiento a realizarse (ayuno, retiro de maquillaje, prótesis, etc.). 24. Fomentar el auto-cuidado del paciente adulto. 25. Proporcionar cuidados especiales a pacientes de toracotomía, amputados, contaminados, cirugía general, ortopedia, etc.). 26. Realizar los cuidados propios de enfermería, según las normas de la institución y el ejercicio propio de enfermería. 27. Informar al médico y a la jefe de enfermería sobre manifestaciones del paciente, acerca de efectos secundarios de medicamentos ingeridos. 28. Dar apoyo a la familia durante la muerte y/o a pacientes en estado Terminal. 29. Verificar funcionamiento adecuado de la incubadora o de equipos requeridos para la atención del paciente. 30. Llevar control estricto de los elementos que se encuentran en el inventario del servicio asignado. 31. Realizar correctamente el aseo de incubadoras, lámparas de fototerapia, calentadores, atriles, pesabebés, etc. 32. Diligenciar adecuadamente toda la papelería que sea de su competencia, tanto en lo asistencial como en lo administrativo (facturación, estadísticas, etc.) 33. Asistir a capacitaciones y reuniones programadas por la subdirección u otra dependencia. 34. Realizar balanceo mensual del trabajo desarrollado y hacerla conocer por el departamento de enfermería. 35. Realizar las demás actividades acordes con el objeto de contrato. 36. Responder por los elementos entregados para el desempeño de sus actividades en concordancia con el inventario que para tal efecto se realice." (fl.23 a 39).

Referente al horario de trabajo según el cuadro de turnos visible a folios 145-148 tenemos que el demandante como auxiliar de enfermería en las unidades de conservación de USS, en abril de 2008 prestaba apoyo rotatorio de 9 a 15 horas, en el mes de mayo de 2008 prestó el turno nocturno 7 días descanso 24 días, en el mes de junio presto sus servicios en el turno de la mañana 26 días y descanso 2 domingos, 2 sabados; en el mes der julio de 2008 presto sus servicios en la noche 16 días de los cuales trabajo 1 domingo y, descanso 15 días; en el mes de agosto trabajo en el turno de la noche 16 días, y descanso 15, en septiembre y, octubre trabajo en el turno de a noche 15 días y descanso 15 días en septiembre 16 días en octubre

Asi se demostró que para cumplir el objeto contractual el señor Jaime Humberto Redondo Gómez debía prestar un servicio personal.

Contrato de prestación de servicios asistenciales No. O-283 de 2014	3 de enero de 2014	04/01/2014 al 31/01/2014	34-36
Contrato de prestación de servicios personales asistenciales y/o de los profesionales de la salud No. 248 de 2015	2 de enero de 2015	02/01/2015 al 31/01/2015	37-39

b.- Remuneración del servicio prestado:

Referente a este requisito se tiene el valor de los contratos de arrendamiento y de prestación de servicios visibles a folios 23-39, y según certificación visible a folio 18 del expediente suscrita por la Profesional Especializada Financiera – Tesorera del Hospital Meissen donde se constata que se efectuaron los pagos por contratos desde el abril 2008 hasta septiembre del año 2015, así:

AÑO	MES	V/R CONSIGNADO CON DESCUENTOS	FECHA DE CONSIGNACIÓN
2008	MAYO	1.081.322	06/06/2008
	JUNIO	895.254	04/07/2008
	ABRIL	988.288	24/07/2008
	JULIO	1.153.003	06/08/2008
	AGOSTO	988.288	05/09/2008
	SEPTIEMBRE	471.660	09/10/2008
	OCTUBRE	965.804	07/11/2008
	NOVIEMBRE	471.660	01/12/2008
	NOVIEMBRE	658.859	12/12/2008
2009	NOVIEMBRE	329.430	23/12/2008
	DICIEMBRE	471.659	15/01/2009
	ENERO	1.183.150	06/02/2009
	FEBRERO	1.018.435	10/03/2009
	MARZO	1.018.435	07/04/2009
	ABRIL	1.018.435	08/05/2009
	MAYO	1.018.435	09/06/2009
	JUNIO	983.680	10/07/2009
	JULIO	1.539.758	10/08/2009
	AGOSTO	914.171	11/09/2009
	AGOSTO	938.380	24/09/2009
	SEPTIEMBRE	2.061.079	06/11/2009
	OCTUBRE	1.713.531	01/12/2009
	NOVIEMBRE	531.868	15/12/2009
NOVIEMBRE	1.192.210	28/12/2009	
2010	DICIEMBRE	161.228	21/01/2010
	ENERO	361.450	25/01/2010
	ENERO	2.644.308	10/02/2010
	FEBRERO	2.268.025	11/03/2010
	MARZO	3.417.752	14/04/2010
	ABRIL	918.187	04/05/2010
	MAYO	3.332.505	11/06/2010
	JUNIO	1.645.178	30/07/2010
	JUNIO	991.097	13/08/2010
	JULIO	585.495	13/08/2010
	AGOSTO	953.986	10/09/2010
	SEPTIEMBRE	536.962	08/10/2010
	SEPTIEMBRE	524.416	15/10/2010
OCTUBRE	1.061.378	07/12/2010	
NOVIEMBRE	1.666.086	22/12/2010	
2011	ENERO	559.712	21/01/2011
	ENERO	34.292	07/02/2011
	ENERO	1.215.431	09/02/2011
	FEBRERO	1.284.236	10/03/2011
	MARZO	767.602	12/04/2011
	MARZO	472.239	19/04/2011
	ABRIL	1.559.739	12/05/2011
	MAYO	1.060.854	16/06/2011
	JUNIO	1.610.450	22/07/2011
	JULIO	1.053.901	17/08/2011
	AGOSTO	1.697.910	27/09/2011
	SEPTIEMBRE	710.947	28/10/2011
	OCTUBRE	291.779	24/11/2011
NOVIEMBRE	800.228	15/12/2011	
NOVIEMBRE	1.130.114	30/12/2011	
2012	DICIEMBRE	304.848	27/01/2012
	ENERO	1.528.259	27/02/2012
	FEBRERO	1.528.259	04/04/2012
	MARZO	1.129.378	23/05/2012
	ABRIL	1.129.378	08/06/2012
	MAYO	1.129.378	03/08/2012
	JUNIO	1.129.378	16/08/2012
	JULIO	1.053.167	14/09/2012
	AGOSTO	1.056.537	09/10/2012
	SEPTIEMBRE	1.053.166	13/11/2012
	OCTUBRE	1.053.166	17/12/2012
	NOVIEMBRE	1.129.378	20/12/2012
	DICIEMBRE	1.129.378	21/12/2012

2013	ENERO	1.128.823	01/02/2013
	FEBRERO	1.128.823	05/03/2013
	MARZO	1.130.094	04/04/2013
	ABRIL	1.130.094	03/05/2013
	MAYO	1.130.094	06/06/2013
	JUNIO	1.116.575	09/07/2013
	JULIO	1.053.137	09/08/2013
	JULIO	76.956	23/08/2013
	AGOSTO	1.091.616	11/09/2013
	AGOSTO	38.478	27/09/2013
	SEPTIEMBRE	1.091.945	09/10/2013
	OCTUBRE	1.053.798	13/11/2013
NOVIEMBRE	1.206.390	11/12/2013	
2014	DICIEMBRE	1.130.094	17/01/2014
	ENERO	115.433	06/02/2014
	FEBRERO	1.014.015	06/02/2014
	MARZO	1.129.449	07/03/2014
	ABRIL	1.129.448	04/04/2014
	MAYO	1.129.449	08/05/2014
	JUNIO	1.129.449	06/06/2014
	JULIO	1.129.448	04/07/2014
	AGOSTO	1.129.449	06/08/2014
	SEPTIEMBRE	1.129.449	05/09/2014
	OCTUBRE	1.129.449	06/10/2014
	NOVIEMBRE	1.133.206	10/11/2014
DICIEMBRE	1.125.691	05/12/2014	
2015	ENERO	1.139.820	30/01/2015
	FEBRERO	1.140.165	27/02/2015
	MARZO	1.189.896	31/03/2015
	ABRIL	1.189.896	30/04/2015
	MAYO	1.189.896	01/06/2015
	JUNIO	1.189.896	30/06/2015
	JULIO	1.189.896	31/07/2015
	AGOSTO	1.189.896	31/08/2015
SEPTIEMBRE	1.189.896	30/09/2015	

c.- Subordinación y dependencia:

Se encuentran las siguientes pruebas:

.- En el año 2008 el Señor Jaime Humberto Redondo Gómez prestó sus servicios a la demandada Hospital Meissen de conformidad y dando cumplimiento al Formato de Programa de Actividades Mensuales para el cargo de Auxiliar de Enfermería dispuesto por el Subdirector Científico de Servicios Hospitalarios y el Coordinador General de Enfermería, como se constata de las copias obrantes a folios 145 al 148 del expediente, explica la entidad en el oficio No. DIR CIEN 676-2018 del 27 de septiembre de 2018, que habiendo realizado la búsqueda de las agendas de trabajo o cuadros de turnos donde figurara el actor del 2008 al 2015, tan solo encontró los del año 2008 (fl.144).

.- No obstante, obra el testimonio del señora Mary Luz Moreno quien laboró en la entidad demandada Hospital Meissen en la unidad de hospitalización de pediatría desde 2006 hasta el 30 de abril de 2016 como auxiliar de enfermería vinculada mediante contratos de prestación de servicios, y quien se encuentra relacionada en la programación de turnos del 2008 referente en el parrafo anterior, en los meses de mayo, julio, agosto, septiembre y octubre en el turno de la noche, manifestando lo siguiente:

*Pregunta el Despacho:

PREGUNTADO: Cuénteme cual era el horario por usted prestado? **CONTESTO:** tenemos que recibir turno de 7 de la noche a 7 de la mañana. **PREGUNTADO:** Qué días? **CONTESTO:** a nosotros nos establecían un horario la coordinadora general de enfermería asignaba los turnos mensualmente le pasaban a uno un cuadro de rotación donde aparecían nuestros nombres y el servicio en el cual teníamos que hacer nuestras labores, entonces nosotros siempre salíamos planillados en hospitalización de pediatría teníamos que recibir turno a las 7 de la noche y entregar 7 de la mañana y en eso también se realizaban las notas de enfermería el recibo y entrega de turno y hora se llevaba un registro. **PREGUNTADO:** cuando usted me habla de rotación también me habla de turnos diurnos? **CONTESTO:** nosotros por lo general siempre estuvimos en la noche... algunas ocasiones que el servicio se encontraba con pocos pacientes nos decían alguno de ustedes debe salir a cubrir urgencias adultos, un ejemplo. entonces las dos personas que nos quedábamos teníamos que distribuimos los pacientes... **PREGUNTADO:** quien les asignaba los turnos, quien era su jefe? **CONTESTO:** bueno a nosotros nos signaba los turnos la coordinadora general,

"hubieron" (sic) varios coordinadores uno de ellos se llamaba la jefe Luz Marina Vargas. Julio Cárdenas y Myriam los tres eran jefes coordinadores que eran las personas encargadas de hacer la rotación mensual de todo el personal del hospital... **PREGUNTADO:** quien supervisaba su trabajo? **CONTESTO:** nuestra jefe inmediata del turno... **PREGUNTADO:** Con ustedes habian otros auxiliares de enfermería de planta? **CONTESTO:** si señora una compañera que se llama Andrea Guzmán ella es de planta y cumplía las mismas funciones que nosotros iguales tal cual el mismo horario y todo. **PREGUNTADO:** O sea que eran los tres? **CONTESTO:** Andrea Guzmán, Jaime Humberto y yo Mary Luz Moreno, si señora. **PREGUNTADO:** Cuéntame como eran los descansos semanales? **CONTESTO:** nosotros lo que era Jaime y yo nunca teníamos descansos, porque nosotros éramos por prestación de servicios, Andrea Guzmán era una persona que estaba contratada con todo lo ley, digo todo lo ley lo que corresponde a vacaciones, licencias, incapacidades a ella le cubría, por ejemplo si nosotros nos llegábamos a enfermar nosotros no podíamos tomarnos esa licencia como tal porque a nosotros nos descontaban el turno y si no íbamos nos tocaba justificar por qué no habíamos ido, así llevaríamos una incapacidad nos descontaban el turno. Pero Andrea Guzmán, estuvo por ejemplo de licencia de maternidad, ella le pagaron su licencia de maternidad sus vacaciones sus primas cesantías, sus horas extras, el sueldo de ella era el doble de nosotros a ella le pagaban quincenal y a nosotros mensual... el turno de nosotros era de domingo a domingo la diferencia era que nosotros trabajábamos noche por medio una noche si la siguiente noche la descansábamos y volvíamos la siguiente noche... turnos de doce horas. **PREGUNTADO:** usted me decía que su jefe inmediato eran jefes de turno, Rafael Guerra, él era el interventor de su contrato? **CONTESTO:** no, no señora. **PREGUNTADO:** quien era el interventor de su contrato, o sea quien realizaba la labor de interventoría? **CONTESTO:** o sea a nosotros nos avisaban cuando salían los contratos que teníamos que acercarnos a la oficina de contratación a ir a firmar el contrato presentábamos el carnet y nos decían bueno ya salieron los contratos por favor vayan y firmenlos pero, un ejemplo, resulta que nosotros tuvimos contrato digamos el 30 de agosto, pero resulta que del treinta de agosto a la fecha de hoy no ha salido contrato y nosotros estamos yendo a trabajar normal si entonces, nos llaman a firmar contrato uno va y firma el contrato presente su respectivo carnet y le entregan a uno copias, en varias ocasiones copias de los contratos que firmábamos. **PREGUNTADO:** pero ustedes no tenían que hacer informes mensuales del trabajo? **CONTESTO:** si señora llenábamos unas planillas un ejemplo, cuantos pacientes canalizábamos al mes, cuantas curaciones hacíamos al mes, cuantos pacientes tuvimos en total al mes, cuantas desinfecciones hacíamos al mes, cuantas salidas hacíamos al mes y cuantos ingresos pacientes que nos llegaban por turno. **PREGUNTADO:** esas planillas las firmaban ustedes y el jefe inmediato. **CONTESTO:** nosotros teníamos que diligenciar esos formatos y entregarlos mensualmente en la coordinación de enfermería con la coordinadora general, y el jefe inmediato estaba pendiente de que nosotros estuviéramos al día con estos formatos, porque igual a él también le correspondía entregar estos formatos que eran algo diferente si eran algo diferente para los jefes que para las auxiliares. **PREGUNTADO:** el jefe de turno Rafael Guzmán también estaba bajo el sistema de contrato de prestación de servicios. **CONTESTO:** si señora Rafael Antonio Guerra también. **PREGUNTADO:** y las jefes coordinadoras de enfermería Luz Marina, Julio Cárdenas y Myriam también usted sabe si estaban bajo la misma modalidad. **CONTESTO:** la jefe Luz Marina Vargas y la jefe Myriam son personas de planta y el jefe Julio Cárdenas era por prestación de servicios. **PREGUNTADO:** con los contratos que usted suscribía habian días en que no eran pagados por la no suscripción del contrato? **CONTESTO:** no señora a nosotros nos pagaban, el contrato siempre era por lo general por tres meses pero nunca... por lo general siempre nos colocaban, un ejemplo comenzando el 1º de enero digamos al 30 de abril, o del 30 de abril al 1º de junio pero nunca nos faltaban... continuos... podía que saliera el contrato por un mes por dos meses por tres meses, o un ejemplo nos salió contrato del 1º de enero al 31 de marzo y resulta que de ahí en adelante nos salieron fue prorrogas o adiciones a ese contrato, pero nunca hubo interrupción del contrato como tal, no señora. **PREGUNTADO:** ustedes tenían que pagar aportes por salud? **CONTESTO:** si señora se pagaba salud pensión y la ARL nos la descontaba el hospital y también al contrato teníamos que cumplir con una póliza de responsabilidad y cumplimiento. **PREGUNTADO:** cuando ustedes cotizaban salud y pensión cotizaban por el valor del contrato. **CONTESTO:** cotizábamos siempre por lo general por el valor del contrato, o mensual, un ejemplo, si el contrato salía por tres meses teníamos que dividir, más o menos era como 900 o 1'200.000 más o menos mensual sobre ese IBC se hacia la cotización de salud y pensión."

De acuerdo con las versiones de la testigo y la declaración de parte rendida por el demandante, se colige que estas concuerdan en: que las herramientas o elementos para la prestación del servicio eran propiedad del hospital; que el superior o jefe inmediato era quien fungía las labores de coordinador jefe, desempeñándose en este cargo Luz Marina Vargas, Julio Cárdenas y Myriam. Coinciden también en temas puntuales como la cantidad de personas que ejercían la misma función que el demandante o el horario de este, señalándose que eran tres en el servicio, dos por contrato de prestación de servicios y una de planta; y en lo relacionado con el horario, hay claridad en que el demandante tenia turnos de 12

horas por 12 de descanso, la mayor parte del tiempo en las noches de 7 pm a 7 am, sin discriminar los sábados, domingos y festivos.

En algunos de los contratos suscritos por el demandante se observa que la entidad planteó como obligaciones generales del contratista:

*“...PARAGRAFO PRIMERO. OBLIGACIONES GENERALES 1. Entregar informe mensual de actividades al Supervisor del contrato. dentro de los términos establecidos para tal fin, para efecto de trámite del pago de honorarios. 2. Presentar planilla de pago de aportes a la seguridad social, salud y pensión 3. Autorizar a EL HOSPITAL a realizar mensualmente la deducción del valor que establezca la Administradora de Riesgos Profesionales (ARP) como aporte al Sistema General de Riesgos Profesionales. 4. Informar mínimo con cinco (05) días hábiles de antelación, circunstancias que generen la suspensión o terminación del contrato, previo visto bueno del supervisor del contrato 5. Responder por los bienes a su cargo PARAGRAFO SEGUNDO. En el evento que para el desarrollo de la ejecución del objeto contractual. EL CONTRATISTA reciba equipo y/o elementos devolutivos inventariados. una vez se termine el contrato deberá hacer devolución a EL HOSPITAL.
En caso de presentarse pérdida del elemento deberá reportarse dentro de los dos días (02) hábiles siguientes a la ocurrencia a la Subdirección Científica. mediante informe escrito...” (fl.29)*

No obstante en el plenario se allegaron los informes mensuales presentados por el demandante.

A partir de las pruebas reseñadas encuentra el despacho que el demandante cumplía con un horario de trabajo, recibía órdenes por parte del coordinador del área financiera en forma constante para el desarrollo de sus funciones como auxiliar de enfermería, entre otras porque en los contratos suscritos se indicaba dentro del objeto contractual, sin poder ejecutar sus servicios en forma autónoma e independiente en otro sitio que no fuera el hospital por el manejo de los instrumentos y los procedimientos implementados por la entidad, aunado a la atención personal de los pacientes.

d.- Permanencia en el servicio:

Para el efecto es necesario acreditar a. que la labor desarrollada es inherente a la entidad y b. que existe similitud o igualdad en las funciones desempeñadas con otros empleados de planta.

Con las pruebas recaudadas encontramos que el señor Jaime Humberto Redondo Gómez prestó sus servicios como auxiliar de enfermería, ejerciendo las mismas funciones del cargo de **auxiliar área de la salud, código 412, grado 17** de la planta de personal, comparando el objeto de los contratos de arrendamiento y de prestación de servicio, y el extracto del manual de funciones y de competencias laborales (Resolución No.012 de enero de 2012) del Hospital Meissen del cargo pre citado el cual no fue objetado por la entidad; a través de sucesivas vinculaciones a través de contratos de arrendamiento y de prestación de servicios celebradas desde el 1º de abril del año 2008 hasta el 30 de septiembre del año 2015, esto es 7 años, 5 meses, 29 días en forma permanente evidencia el ánimo de emplear de manera continua su oficio no equiparable con la temporalidad que caracteriza la contratación de prestación de servicios.

Las funciones desarrolladas por el señor Jaime Humberto Redondo Gómez como recibo y entrega de turno del servicio y sus pacientes con la enfermera según las normas de la institución, proporcionar información clara y oportuna al paciente y sus familiares, según su nivel de competencia, brindar cuidado directo al paciente: toma de signos vitales, hoja neurológica, control de líquidos, aseo de pacientes, canalización de venas, toma de muestras de laboratorio, rotulación de líquidos y mezclas, verificación de permeabilidad de vena, registrar en notas de enfermería todo cambio y procedimiento que se realice en el paciente, velar que los reportes de laboratorio y demás paraclínicos se encuentren oportunamente en las historias clínicas de todos los pacientes, **realizar registros de enfermería** a todo paciente que ingrese al servicio, adoptar medidas de seguridad para la atención del paciente, Entrega de pacientes a otros servicios según las normas del servicio, Asistir a los pacientes durante su traslado en ambulancia cuando sea necesario, Asistir al médico o enfermera en procedimientos especiales, **Realizar los cuidados propios de enfermería**, según las normas de la institución y el ejercicio propio de **enfermería**, Informar al médico y a la jefe de enfermería sobre manifestaciones del paciente, acerca de efectos secundarios de medicamentos ingeridos, Diligenciar adecuadamente toda la papelería que sea de su competencia, tanto en lo asistencial como en lo administrativo (facturación, estadísticas, etc.). El ejercicio de dicha labor comporta una verdadera subordinación, pues al ejercerse en cumplimiento de órdenes del

médico y al jefe de enfermería hacen que se desvirtúe la autonomía e independencia en concordancia con la tecnicidad de su profesión, según los datos registrados en su hoja de vida.

Ahora bien según las alegaciones del apoderado de la demandada en cuanto a la posibilidad materializada por el demandante de emplearse en otras instituciones de salud, tenemos que en el caso del actor laboro con la Clínica San Diego en el año 2012 aproximadamente por un año mediante contrato por obra o labor, en el Hospital Simón Bolívar por seis meses finalizando el 2013 empezando 2014 a través de contrato de prestación de servicios; y en marzo de 2015 ingresó a Colsubsidio por contrato laboral a término indefinido (CD declaración de parte del demandante minuto 01:08:50 al 01:11:20).

Sobre este aspecto es necesario señalar primeramente que efectivamente existe un mandato Constitucional que dispone:

*ARTICULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.
Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.*

Ley 4 de 1992, mediante la cual el Congreso de la República “señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”, que en su artículo 19 sostuvo:

ARTÍCULO 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptuánse las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;*
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;*
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;*
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;*
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;*
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;*
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.*

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.

El artículo 128 Constitucional fue regulado parcialmente por la Ley 269 de 1996²³ que sobre el particular anotó:

ARTÍCULO 3o. CONCURRENCIA DE HORARIOS. Prohíbese la concurrencia de horarios, con excepción de las actividades de carácter docente asistencial que se realicen en las mismas instituciones en las cuales se encuentre vinculado el profesional de la salud, y que por la naturaleza de sus funciones, ejerza la docencia y la prestación directa de servicios de salud.

Las anteriores disposiciones tienen como objeto común la regulación de la prestación de servicios del empleado público. Al respecto el H. Consejo de Estado ha precisado que la existencia de una relación laboral no implica conferir de manera automática la condición de empleado público, así :

“Aunado a lo anterior, debe precisarse que el mero reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir de manera automática la condición de empleado público al contratista en cuyo beneficio le es aplicado el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, pues, según lo ha señalado la Sección, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

²³ Ley 269 de 1996 (febrero 29) Por la cual se regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público.

*"Como ya lo ha expresado la Corporación, 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

*No obstante ello, destaca la Sala que al tenerse elementos de juicio para que se declare una relación laboral, entre quien prestó el servicio y la entidad en donde se ejecutó el mismo, **se debe reconocer el derecho a obtener las prerrogativas de orden prestacional.***

Así las cosas, se tiene que el contratista que demuestra bajo el principio constitucional de la primacía de la realidad la verdadera existencia de una relación laboral que subyace de una relación contractual estatal bajo la modalidad de contrato de prestación de servicio, no lo convierte automáticamente en un empleado público, pero si le otorga la posibilidad de acceder al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que en su calidad de contratista no le fueron reconocidas.

*El componente de restablecimiento del derecho para los casos en que se demostrase la existencia del contrato realidad, se limita al pago de las prestaciones sociales **ordinarias** que devenga un empleado público en similar situación, **liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios.***

*Lo anterior en razón a que, quien pretende demostrar el contrato realidad no ostenta ni puede acreditarse la calidad legal de empleado público y por ende, carece del derecho al pago de la totalidad de las prestaciones sociales a las que tendría derecho un servidor en estas condiciones."*²⁵

Se concluye que los particulares que colaboran con el Estado mediante un contrato de prestación de servicios o cualquier otro, tipificado en la Ley 80 de 1993 o producto de la autonomía de la voluntad, no están subsumidos en el contexto de la función pública, ni son, por tanto, servidores públicos²⁶ y, por lo mismo, no reciben "asignación" en los términos establecidos²⁷, lo que hace imposible aplicarles el régimen de estos²⁸.

Estas consideraciones y las expuestas en los puntos anteriores, permiten concluir que los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la ley 4ª de 1992, no son aplicables al particular que celebra contratos de prestación de servicios con una entidad estatal²⁹.

Así las cosas, observamos que el Hospital Meissen II Nivel ESE contrató al demandante Jaime Humberto Redondo Gómez bajo la modalidad de contrato de arrendamiento y contrato de prestación del servicio encubriendo una relación laboral, lo que genera la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades conforme con el artículo 53 de la Constitución Política, al desarrollar la labor de auxiliar de enfermería en condiciones equivalentes al personal de planta del ente hospitalario; es irrefutable el hecho de que la ejecución del objeto contractual no se hizo de manera independiente y autónoma como corresponde a una relación de carácter contractual soportada en la autonomía de la voluntad, sino que se trató de una relación en la que la labor asignada se cumplió bajo los condicionamientos fijados por la misma entidad, de acuerdo con las necesidades del servicio, asimilando dicha relación a una de carácter laboral.

La excepción prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que permite la celebración de contratos de prestación de servicios no autoriza que las entidades del Estado a través de esta modalidad de vinculación desconozca el pago de las prestaciones sociales y demás obligaciones de carácter laboral que la Constitución y la ley han consagrado a cargo de los empleadores.

²⁴ Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Consejero Nicolás Pájaro Peñaranda.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00118-01(0973-16), Actor: Yunived Castro Henao, Demandado: E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca.

²⁶ Corte Constitucional, sentencias C 280 de 1996 y C 326 de 1997; Sala de Consulta y Servicio Civil, consulta 967 del 21 de marzo de 1997

²⁷ En el mismo sentido Consulta 929/96

²⁸ Otra situación particular ocurre con los Magistrados del Consejo Nacional Electoral, con relación a los cuales la Corte Constitucional sostiene que "...su vinculación no es laboral sino de prestación de funciones públicas, y en consecuencia no están sujetos al régimen legal de servidores públicos (...)" Sentencia C -055 de 1998. Ver también Consulta 896/97.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-126 de 1993.

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 – como la cumplida por el demandante- y de esta manera evitar el pago de prestaciones sociales y de aportes parafiscales, entre otros, pues con dicha conducta, como lo ha reiterado, la Corte Constitucional, no sólo se vulneran los derechos de los trabajadores sino que además dicha nómina paralela desvirtúa la razón de ser del artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal. En consecuencia, a los contratistas de prestación de servicios que logren demostrar que en realidad en su vinculación con una entidad, se configuraron los tres elementos propios de la relación laboral, se les debe reconocer y pagar los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad en la cual prestaron los servicios bajo la apariencia de un contrato administrativo.

¿Segundo problema jurídico: opera el fenómeno jurídico de la prescripción?

Prescripción en materia de contrato realidad³⁰

La prescripción es la acción o efecto de «adquirir un derecho real o extinguirse un derecho o acción de cualquier clase por el transcurso del tiempo en las condiciones previstas por la ley "o en otra acepción" como concluir o extinguirse una carga, obligación o deuda por el transcurso del tiempo»³¹.

En torno a este tema la Sección Segunda en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016³² al estudiar este fenómeno jurídico en la órbita del contrato realidad, consideró que: «[...] la prescripción encuentra sustento en el principio de la seguridad jurídica, en la medida en que busca impedir la perpetuidad de las reclamaciones referentes a reconocimientos de índole laboral, que pudieron quedar pendiente entre los extremos de la relación de trabajo al momento de su finalización, pues contrario sensu resultaría desproporcionada la situación en la que se permitiera que el trabajador exigiera de su empleador (o ex empleador) la cancelación de emolumentos que con el transcurrir de los años implicarían un desmedro excesivo del patrimonio de este [...] y le impediría la conservación de los elementos probatorios tendientes a desvirtuar lo demandado».

En la providencia en mención se definieron las reglas que en esta materia deberán atenderse para efectos de analizar el fenómeno prescriptivo en esta clase de asuntos:

i.- El estudio de la prescripción es posterior al de la existencia de la relación laboral: El juez solo podrá estudiar dentro de la sentencia, el fenómeno jurídico de la prescripción en cada caso, una vez analizada y demostrada la existencia de la relación laboral entre las partes.

ii.- Prescripción frente a las prestaciones sociales.

1.- Prestaciones sociales. La prescripción trienal de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, interpretados en armonía con el artículo 12 del Convenio 95 de la OIT y los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, progresividad, prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos al trabajo en condiciones dignas, tal como lo sostuvo esta sección en la referida sentencia, se contabilizará a partir de la terminación del vínculo contractual.

Así pues, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, supera los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar las prestaciones que de ella se derivan, en aplicación del principio de la «primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales» de que trata el artículo 53 Constitucional, perderá su

³⁰ Sentencia SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D. C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 50001-23-33-000-2010-00606-01(1586-16) Actor: MARCELA DEL PILAR ROMERO TRUJILLO

³¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, actor: Javier Enrique Muñoz Fruto. Número interno: 3404-2013.

³² Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 25 de agosto de 2016, actor: Lucinda María Cordero Causil. Número interno: 0085-2015.

oportunidad de obtenerlas, ya que dicha inactividad o tardanza será traducida en desinterés, el cual no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Empero, precisó que en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un periodo determinado y que la ejecución entre uno y otro tenga un lapso de interrupción, habrá de analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización, por cuanto uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. En este sentido, le corresponde al juez analizar si existió o no la referida interrupción, la cual será excluida del reconocimiento y estudiada en cada caso particular, con el fin de proteger los derechos de los empleados, a quienes se les han desconocido sus derechos bajo la figura de los contratos de prestación de servicios.

2.- Aportes a pensión. En la citada providencia se determinó que este fenómeno jurídico no sería aplicable frente a los aportes para pensión, «*en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, si son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales*», por lo tanto, aun cuando los derechos salariales estén prescritos, por no haber sido reclamados dentro de los 3 años en que se hicieron exigibles, procederá el reconocimiento de los valores que debieron ser aportados para efectos de pensión.

No obstante, lo anterior no supone la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por este concepto, efectuados por el contratista, por cuanto ello representa un beneficio económico para él, que en nada influye en el derecho pensional, que es realmente el que se pretende proteger.

Asimismo, resaltó que en atención a que el derecho a una pensión afecta la calidad de vida del individuo que prestó sus servicios al Estado, el juez contencioso administrativo deberá estudiar en todas las demandas en las que se reconozca la existencia del contrato realidad, lo correspondiente a las cotizaciones debidas por la administración al Sistema de Seguridad Social en pensiones, aunque no se haya solicitado expresamente por el interesado, pues si bien la justicia contenciosa es rogada, lo cierto es que este precepto debe ceder ante postulados de carácter constitucional tales como la vida en condiciones dignas y la irrenunciabilidad a la seguridad social.

De igual forma, sostuvo que las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema de seguridad social, derivados de la declaratoria de la existencia de la relación laboral, por su carácter de imprescriptibles y de naturaleza periódica, están exceptuadas de la caducidad.

Solución - caso concreto: El señor Jaime Humberto Redondo Gómez suscribió con el Hospital Meissen II Nivel ESE contratos de arrendamiento y de prestación de servicios en el periodo comprendido entre abril de 2008 y, septiembre de 2015.

Revisadas las pruebas documentales aplicando la sentencia unificada del Consejo de Estado se tiene que no hubo interrupción en los contratos de arrendamiento y de prestación de servicios, no configurándose el fenómeno de la prescripción en razón a la reclamación del 29 de enero del año 2016, esto es dentro de los tres años siguientes a la terminación del vínculo contractual, 30 de septiembre de 2015.

¿Tercer problema jurídico: el demandante tiene derecho a la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devengaban los empleados del Hospital Meissen II Nivel ESE?

Indemnización derivada de la existencia de la relación laboral

La consecuencia de probar la existencia de la relación laboral es el reconocimiento de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación del daño integral

Al respecto, el Consejo de Estado en providencia de 2014, señaló cuáles son las prestaciones sociales que deberán reconocerse, así:

«[...] Ahora bien, en este punto con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación del daño integral 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 sociales que están a cargo directamente del empleador **se encuentran las ordinarias o comunes como son, entre otras las primas, las cesantías;** y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.

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%.

Teniendo claro lo anterior, se advierte que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha sostenido que no existe problema para 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:

[...]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 reparación del daño no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista. [...]»³³ (Negrillas del texto original).

Posteriormente, en la sentencia de unificación ya citada, respecto de los aportes a pensión, consideró que: «[...] la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le corresponda como empleador [...] la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumba como trabajadora».

Lo anterior significa, que la entidad demandada para efectos del reconocimiento de estos aportes, deberá tener en cuenta el ingreso base de cotización, durante todo el tiempo laborado, esto es, el periodo durante el cual se desarrollaron los órdenes de prestación de servicios, salvo sus interrupciones, y verificar mes a mes los aportes efectuados por el trabajador, para así cotizar al respectivo fondo de pensiones lo que le compete como empleador, si es del caso. A su vez a la accionante le corresponde acreditar dichos aportes durante el tiempo de la vinculación y en caso de no haberse realizado o si existiere diferencia sobre los mismos, pagar o completar el porcentaje a su cargo.

Conforme al análisis probatorio efectuado, el señor Jaime Humberto Redondo Gómez tiene derecho a que se le reconozca las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación del daño integral que devengaban los empleados públicos de la ESE Hospital Meissen II Nivel, entre abril de 2008 y, septiembre de 2015.

Pese a que se probó que había otro cargo de auxiliar de enfermería en la planta de la entidad accionada, con las mismas funciones, responsabilidades y que devengaba una asignación salarial distinta a lo que el demandante recibía por concepto de honorarios, conforme con la certificación visible a folio 150 del

³³ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, Sentencia del 18 de septiembre de 2014, Expediente: 68001-23-33-000-2013-00161-01 (0739-2014) Actor: Elkin Hernández Abreo

expediente se deberá tomar para efectos de la referida reparación, lo que la accionante efectivamente percibió con ocasión de las órdenes y/o contratos de prestación de servicios celebrados y las prestaciones ordinarias recibidas para el cargo de auxiliar en salud.

Así lo ha sostenido el H. Consejo de Estado al considerar:

“De otra parte, en lo concerniente a la nivelación de los honorarios de la accionante, señala la Sala que en las controversias de contrato realidad cuando se declara la existencia de la relación laboral, hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar pero liquidadas conforme al valor pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, puesto que, la relación laboral que se reconoce deviene de los contratos estatales pactados pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de la relación laboral, de tal manera que, el valor pactado en cada contrato constituye el parámetro objetivo para la liquidación de las prestaciones a que tiene derecho sin que haya lugar a que se modifique el contenido clausular referido al valor del contrato de prestación de servicios.”³⁴

Con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado aplicable al presente asunto, se ordenará a la entidad demandada pagar a título de indemnización, a favor del demandante lo siguiente:

1.- El equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados públicos del Hospital Meissen II Nivel ESE en el cargo de auxiliar de enfermería en el periodo de abril de 2008 y septiembre de 2015 tomando como base de liquidación el valor pactado por honorarios en dichas órdenes.

2.- El valor en el porcentaje que por Ley debió cancelar al Hospital Meissen II Nivel ESE como empleador, por aportes a salud al Sistema General de Seguridad Social entre el mes de abril de 2008 y el mes de septiembre de 2015, tomando como base de liquidación el valor pactado por honorarios pues en este punto no operan los fenómenos jurídicos de caducidad de la acción y de prescripción cuando se presente la reclamación de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, comoquiera que redundan en garantías de orden público imprescriptibles, por mandato de la Constitución y la ley y, debido a que el juez contencioso tiene el deber de pronunciarse sobre el particular a efectos de efectivizar los derechos del trabajador.

Las sumas que se deben reconocer al sistema de seguridad social por parte de la entidad deberán someterse a la liquidación que realice un actuario

Las demás pretensiones se negarán con fundamento en lo siguiente:

1.- **Retención en la fuente:** El Consejo de Estado ante la petición de ordenar la devolución de los dineros descontados por concepto de retención en la fuente en casos como el *sub examine*, ha dicho que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se discuten temas laborales no es el medio adecuado para ello. Frente a este punto se ha indicado:

«[...] se abstiene de emitir algún pronunciamiento sobre el particular, en la medida en que este es el cobro anticipado de un impuesto, que bien puede ser el de renta por los honorarios percibidos por el actor al suscribir los Contratos de Prestación de Servicios, cuyo trámite de devolución debe realizarse ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN una vez hubiese presentado la declaración de renta, empero, como en el sub-judice no existe siquiera prueba sumaria de que ello hubiere ocurrido, no están los elementos de juicio suficientes, y si en gracia de discusión existieran, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por controversias laborales no es la idónea para ventilar dicha pretensión [...]»³⁵

Por lo anterior, la devolución de los dineros pagados por el señor Jaime Humberto Redondo Gómez por

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00118-01(0973-16), Actor: Yuniwed Castro Henao, Demandado: E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca

³⁵ Sentencia del 13 de junio de 2013, Actor Alejandro Gómez Rodríguez, Demandado: Hospital San Fernando de Ama ESE

conceptos tributarios no es procedente, toda vez que no es el Hospital Meissen II Nivel ESE, la entidad encargada de receptionar ni administrar dichos valores.

2.- En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, como solicitó el actor en su escrito de demanda, se dirá que los efectos patrimoniales de la declaratoria de un contrato realidad se contraen al pago de las prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho y, adicional a ello, debe decirse, que la relación -que por virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, es de índole laboral-, con la entidad demandada terminó en septiembre de 2015, por voluntad de las partes pues no se prueba lo contrario

3.- Indemnización moratoria: Las cesantías como prestación social de carácter especial, constituyen un ahorro forzoso de los empleados para auxilio en caso de quedar cesantes. Este emolumento se encuentra regulado por las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, las cuales prevén que el empleador deberá liquidarlo al 31 de diciembre de cada año por anualidad o fracción, y consignarla antes del 15 de febrero del año siguiente a que se causó, en cuenta individual a nombre del empleado en el fondo de cesantía que él mismo elija.

Así mismo, se dispuso que en caso de que la entidad empleadora las consignara de forma extemporánea, habría lugar al reconocimiento de una sanción moratoria favor del trabajador, así:

«Artículo 99. El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

[...]

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

[...]» (Se subraya)

De modo que si el empleador consigna las cesantías anuales con posterioridad al 15 de febrero del año siguiente al que se causaron, deberá reconocer y pagar a favor del asalariado sanción moratoria, consistente en un día de salario por cada día de retardo.

No es posible ordenar el pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a favor del demandante porque la obligación del pago de las cesantías se constituye a partir de esta sentencia y no se dan por tanto los presupuestos de la Ley para su reconocimiento

4.- Perjuicios morales: Quien pretende el reconocimiento de esta clase de perjuicios debe acreditar la ocurrencia de los mismos, salvo en aquellos casos en que se presumen³⁶. Al respecto, se ha indicado que para que proceda el reconocimiento de la indemnización por concepto de perjuicios morales, es necesario convencer plenamente al juez de la existencia de un padecimiento causado con ocasión de la expedición del acto que se demanda, de tal manera que este, dentro de su discrecionalidad judicial, determine la magnitud del dolor padecido y con fundamento en él, la indemnización a reconocer.

Empero, en el *sub examine* no existe prueba que acredite la afectación moral del señor Jaime Humberto Redondo Gómez, luego no es procedente su reconocimiento.

COSTAS: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *“Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....”*.

³⁶ Por cuestiones de parentesco se presumen cuando se produjo la muerte de un ser querido, cuando alguien fue privado de su libertad o cuando existen daños en la salud. Sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2014. Sección Tercera. Expediente: 31172.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso³⁷, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: “La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”. (Subrayas para resaltar)

Ahora bien, el Consejo de Estado³⁸ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley” Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costas (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”>>³⁹”

En el mismo sentido la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado con ponencia del H. Consejero William Hernández Gómez⁴⁰ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

- a) *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «subjetivo» –CCA- a uno «objetivo valorativo» –CPACA-.*
- b) *Se concluye que es «objetivo» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) *Sin embargo, se le califica de «valorativo» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*

³⁷ Cfr. La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta con ponencia del Consejero OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, sentencia del seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), Radicación No. (20486), Actor Diego Javier Jiménez Giraldo Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

³⁹ Cfr. las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nro. 20616 y 20389, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

⁴⁰ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

Por lo anterior, y en ese hilo argumentativo, el despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, de conformidad con el numeral 5 del artículo 365 del CGP, en tanto no se han comprobado las mismas en esta instancia procesal⁴¹.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad del **Oficio No.100-0273-2016 de fecha 19 de febrero de 2016** expedido por el Hospital Meissen II Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO.- DECLÁRESE la existencia de la relación laboral entre el Hospital Meissen II nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. y el señor Jaime Humberto Redondo Gómez durante el periodo comprendido entre abril de 2008 y septiembre de 2015.

TERCERO.- CONDÉNESE al Hospital Meissen II nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. a pagar a título de indemnización a favor del señor **Jaime Humberto Redondo Gómez**, el equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados públicos del hospital Meissen II Nivel ESE en el cargo de auxiliar de enfermería por el tiempo laborado, tomando como base de liquidación el valor pactado por honorarios en dichos contratos y, el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales, para lo cual la entidad hará las correspondientes cotizaciones y de las suma a pagar la entidad deberá realizar los correspondientes descuentos de ley que correspondan al demandante.

CUARTO.- DENEGAR las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto *ut supra*.

QUINTO.- SE ORDENA el cumplimiento de la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 195 del CPACA.

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

SEPTIMO.- 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

720

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, sentencia del quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 44001-23-33-000-2013-00182-01(0809-16), Actor: Somaira Beatriz Iguaran, Demandado: Nuestra Señora de los Remedios E.S.E.