



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2017-00227-00

Demandante: ELIANA ESPERANZA COQUE BURGOS

Demandado: Hospital Tunal III nivel ESE hoy, Subred Integrada de Servicios de Centro Oriente ESE.

Tema: Contrato Realidad

Sentencia No.90

Procede el Despacho, agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación no evidenciando alguna causal de nulidad procede a dictar de forma escrita **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 **OJU-E-575-2017** de fecha **27 de marzo de 2017**, suscrito por la doctora Mónica González Montes de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. mediante el cual se negó el pago de las acreencias laborales.
2. Que se declare que la demandante fungió como empleado público de hecho.
3. Que se condene a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E a pagar a la demandante las diferencias salariales entre lo pagado por la entidad a los Bacteriólogos de planta y lo pagado a la demandante bajo contratos de prestación de servicios durante el periodo comprendido entre el 10 de junio de 2009 y el 15 de abril de 2016.
4. Que se condene a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E a pagarle a la demandante el valor equivalente a las **cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de carácter extralegal de navidad, prima de carácter extralegal de vacaciones, compensación en dinero de vacaciones, cotizaciones al sistema de seguridad social y a la Caja de compensación familiar**, causados durante el periodo comprendido entre el 10 de junio de 2009 y el 15 de abril de 2016.
5. Que se condene a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E al pago de la **indemnización** contenida en el artículo 2º de la Ley 244 de 1995.
6. Que se condene a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E al pago de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daños morales.
7. Que se ordene a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E que sobre las condenas descritas en los numerales anteriores y sobre los dineros adeudados pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor conforme al IPC, de acuerdo con el inciso final del artículo 187 y 193 del CPACA.
8. Que se ordene a la entidad demandada a dar cumplimiento al fallo dentro de los términos establecidos en el artículo 192 y 195 de CPACA.
9. Ordenar a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E a pagar intereses moratorios en favor de la demandante si no da cumplimiento al fallo judicial dentro del término de lo previsto en el artículo 192 y 195 del CPACA.
10. Que se condene a la entidad demandada al pago de las costas y expensas de este proceso.

Tesis del demandante. Afirma que el HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., pretende desconocer la relación laboral que existió durante más de seis años con la demandante, sin ninguna justificación, a pesar de que se constituyeron todos los elementos de un contrato realidad, por cuanto: la accionante laboró para el HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL ESE, en el cargo de BACTERIÓLOGA del día 10 de junio de 2009 al 15 de abril de 2016, de manera constante e ininterrumpida; prestando directamente sus servicios sin poder delegar las funciones a una persona de su elección; se encontraba subordinada y cumplía órdenes de sus superiores, devengaba un salario mensual, cumplía el horario de trabajo de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 2:00 p.m. y dos sábados y dos domingos con una jornada de 12 horas; portaba de manera obligatoria carné de trabajo que la identificaba como empleada del HOSPITAL; utilizaba las herramientas dadas por el hospital para desarrollar su actividad.

Identificación del acto enjuiciado. Se pretende la nulidad del acto administrativo OJU-E-575-2017 de fecha **27 de marzo de 2017**, suscrito por la doctora Mónica González Montes de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.; por medio del 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 la señora Eliana Esperanza Coque Burgos, en el período comprendido 10 de junio de 2009 al 15 de abril de 2016.

Problema jurídico. El problema jurídico en este asunto consiste en establecer: **1.-** Si la señora ELIANA ESPERANZA COQUE BURGOS demostró que en la vinculación que tuvo con el HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. desde el 10 de junio de 2009 al 15 de abril de 2016, 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 la demandante tiene derecho al pago de prestaciones sociales que devengaban los bacteriólogos del HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., entre otras pretensiones señaladas en la demanda, el reconocimiento de perjuicios morales y, devolución de la retención en la fuente.

Solución al problema jurídico. Una vez estudiados los cargos, observamos que el Hospital El Tunal III Nivel ESE contrató a la demandante en 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 a la señora Eliana Esperanza Coque Burgos el reconocimiento y pago de las prestaciones no devengadas durante la vigencia de los contratos celebrados entre el 22 de agosto de 2009 y el 30 de abril de 2016.

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

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

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 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.

³ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, 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.

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 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.

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 [?]. 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 [?]. 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.

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 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:

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

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).

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 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 19 de febrero de 2009. Expediente No. 3074-2005.

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

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 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 encuentran configurados los tres elementos de la relación laboral, razón por la cual la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales durante el periodo comprendido entre 10 de junio de 2009 y el 15 de abril de 2016, conforme con la certificación visible a folio 149 del expediente

a.- Prestación personal del servicio:

Se encuentra demostrado que la señora Eliana Esperanza Coque Burgos estuvo vinculada con el Hospital El Tunal III Nivel ESE a través de contratos de arrendamientos y de prestación de servicios por el periodo comprendido 22 de agosto de 2009 y el 30 de abril de 2016, según los contratos relacionados a continuación, allegados en medio magnético a folio 71 y las certificación visible a folio 149 del expediente:

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

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.

Número	Fecha	Plazo de ejecución	Folios
CPS 750	22 de agosto de 2009	Del 22 de agosto de 2009 a 28 de febrero de 2010	Archivo 2009 CD
CPS 472	1º de marzo de 2010	Del 1º de marzo de 2010 a 31 de enero de 2011	Archivo 2010 CD
CPS 327		1 de febrero de 2011 a 31 de enero de 2012	
CPS 567	1º de febrero de 2012	1º de febrero a 31 de diciembre de 2012	Archivo 2012 CD
CPS 576	1º de enero de 2013	1º de enero a 31 de agosto de 2013	Archivo 2013_2 CD
CPS 2024	8 de octubre de 2013	Del 8 de octubre de 2013 a 7 de enero de 2014	Archivo 2013 CD
CPS 738	8 de enero de 2014	Del 8 de enero de 2014 a 7 de febrero de 2015	Archivo 2014 CD
CPS 903	8 de marzo de 2015	Del 8 de marzo a 7 de noviembre de 2015	Archivo 2015 CD
CPS 66	1º de enero de 2016	1º de enero a 30 de abril de 2016	Archivo 2016 CD

El objeto de algunos de los contratos de arrendamiento de servicios fue el siguiente:

1) Chequear, verificar y pasar controles de calidad diariamente en los respectivos equipos * Preparar y controlar los reactivos, las sustancias de referencia, soluciones y medios * Procesar muestras en las secciones correspondientes Validar y reportar los resultados de las muestras analizadas 2) Cumplir con las normas y procedimientos técnicos y administrativos del Hospital. 3) Utilizar, custodiar, salvaguardar y vigilar, los recursos e insumos y la conservación y uso adecuado de los bienes y la obligación de responder por su deterioro o pérdida al igual que la documentación e información que por razón de sus actividades le sean suministrados, o tenga acceso para el cumplimiento de las actividades contratadas. 4) Presentar todos os informes que le soliciten las distintas áreas relacionadas con el objeto del contrato. 5) Hacer en debida forma la entrega y recibo de turnos, así como el registro de las novedades. 6) Garantizar la disponibilidad de tiempo y dedicación profesional necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones como contratista.; 7) Atender con prontitud y diligencia las actividades solicitadas en cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato.; 8) Acreditar que se encuentra al día en el pago de aportes relativos al Sistema de Seguridad Social Integral para la realización de cada pago derivado del contrato estatal; afiliarse a la ARP seleccionada por la Entidad y efectuar los pagos correspondientes.; 9) Responder por el inventario de los bienes entregados bajo su responsabilidad., 10) Comunicar al Hospital el número de cuenta corriente o de ahorros de la entidad financiera seleccionada por el Hospital, para consignar los pagos de servicios por consignación; 11) Obrar con lealtad, responsabilidad y buena fe durante la ejecución del contrato; 12) Procurar la buena presentación personal, garantizando la imagen institucional del Hospital El Tunal durante la prestación del Servicio.; 13) No divulgar, entregar o suministrar información total o parcial, de las actividades que ejecute sin el consentimiento escrito de la Gerencia o del supervisor. 14) Cumplir con la política de Gestión Ambiental y Salud Ocupacional conforme a los criterios de certificación vigentes. 15) Cumplir la política institucional de S&SO y SGA, en particular los -procedimientos seguros de trabajo según actividad a realizar en la institución. Así como acogerse al programa de salud ocupacional institucional y a los planes de emergencia y evacuación del Hospital y a los planes de contingencia del área. 16) Contribuir desde su enfoque ocupacional a la consolidación, funcionamiento y aplicación del sistema de acreditación en salud, conforme con los lineamientos establecidos por la alta Gerencia y los grupos de control en los diferentes estándares, 17) Aplicar dentro del Hospital las ideas centrales del humanismo en las relaciones interpersonales y en el trato médico paciente tales como el concepto de igualdad de los seres humanos, el reconocimiento de la diversidad personal y cultural el rechazo a todo tipo de discriminación y la libertad de ideas y creencias. 18) Respetar los principios éticos y morales de la entidad, evitándose hacer comentarios sobre la práctica médica, sobre compañeros y colaboradores. 19) No sugerir a familiares y pacientes el instaurar acciones judiciales en contra de la entidad por situaciones derivadas de la prestación del servicio. 20) Las demás relacionadas con el Objeto y naturaleza del contrato.

Se encuentra demostrado que para cumplir el objeto contractual la señora Eliana Esperanza Coque Burgos debía prestar un servicio personal en la entrega y recibo del turno, la elaboración de informes, responder por los elementos entregados. Véase a folio 41 que dentro de las actividades se refiere que "no se puede abandonar el servicio sin ningún pretexto, sin que esté su reemplazo".

Dicho servicio personal se encuentra corroborado por los testimonios recibidos en la presente actuación, quienes de manera uniforme indicaron que la demandante era quien debía cumplir con las funciones a ella asignadas y en caso de requerir algún permiso o cambio de turno, este debía ser autorizado por el

coordinador; no obstante, no se acredita en el expediente algún cambio de turno o permiso concedido a la demandante.

La señora Lizeth Paola Reina Colmenares manifestó que conoce a la demandante desde el año 2009 y laboró hasta el año 2013²² por turnos: mañana, tarde y noche, sus servicios eran personales y trabajaban en diferentes áreas: "microbiología, una sección de trabajo que se llama química, un área de trabajo que se llama hematología, otra área de trabajo que se llama microscopía, inmunología, inmunofluorescencia, pruebas, inmunología como especial dependiendo el área llegábamos a preparar todo para poder luego de pasar el control de calidad analizar las muestras de los pacientes" (...) "dependiendo la asignación que nos diera el coordinador estábamos en diferentes áreas, luego de la toma de muestras estábamos en el área asignada por el coordinador".

A la pregunta qué otras cosas hacían, la testigo indicó "hablando del turno de la mañana luego uno ingresaba al área que tenía asignada hacía control de calidad y entraba a procesar muestras de pacientes y la validación, validación es como la firma del resultado, eso se hace en el turno de la mañana y se maneja más que todo consulta externa en el turno de la mañana junto con urgencias; en el turno de la tarde y turno noche si se manejaban solo urgencias y estábamos solo dos personas encargadas de todo el laboratorio nos dividíamos las secciones para que una persona estuviera encargada de unas y la otra persona estuviera encargada del resto y manejábamos solo urgencias tarde y noche".

La señora Margie Soraima Suarez Sossa, manifestó que laboró del año 2010 al 2015, tal y como se confirma con la relación aportada en medio magnético²³, igualmente por turnos, inicialmente en el turno de la tarde, pero casi cuatro años en el turno de la noche, en cuanto al servicio personal manifestó que "digamos que en cuanto a diferencias que teníamos Eliana y yo ,era que Eliana inicialmente hacía lo mismo que yo hacía que estábamos en áreas de procesamiento, luego ella estuvo en el área de microbiología pues porque ella ya tenía más experiencia en el área de microbiología, yo en mi turno por lo que era diferente nosotros nos hacíamos cargo como tal de todo el laboratorio, entonces yo estaba en la parte de hematología, coagulación, química inmunología, microbiología, auditoria de órdenes de laboratorio y Eliana en cierto momento empezó a desempeñarse específicamente en el área de microbiología."

De acuerdo con las actividades registradas en los contratos, lo declarado por las testigos en cita y la naturaleza de la labor desempeñada (Bacterióloga) no queda duda que el servicio de la demandante requería de su labor personal y presencial en el Hospital El Tunal para el cual laboraba.

b.- Remuneración del servicio prestado:

Referente a este requisito, en los contratos suscritos con la demandante se estipulaba que la forma de pago era en mensualidades, cuando se suscribía por más de un mes o dentro de los primeros 5 días siguientes a su ejecución, en tratándose de aquellos suscritos por un mes; además, de acuerdo con las constancias de pago obrantes en el CD a folio 71, se constatan los pagos efectuados a la demandante, quien igualmente pasaba mensualmente cuentas de cobro para el pago de sus servicios.

A folio 41 obra una certificación en la que se enuncia que el valor del contrato fue por la suma de \$9.624.424 por el periodo 1º de enero de 2016 a 30 de abril de 2016; sin embargo, se reitera que los pagos se realizaron mensualmente discriminados tal y como se describe en el archivo 2016 del CD a folio 71. Al respecto a folio 149 la Dirección de Contratación de la entidad demandada certifica los pagos realizados a la demandante desde el 22 de agosto de 2009 hasta el 30 de abril de 2016.

c.- Subordinación y dependencia:

Al respecto en el plenario obran las agendas de los años 2013 y 2014 en las que se evidencia que la jornada de la demandante era de 7 a.m. a 2 p.m. (folio 120 y ss), que sus actividades fueron desarrolladas en terapia renal (P2), laboratorio clínico (E4) y procedimientos urgencias (P1), estas se encuentran suscritas por 3 personas del hospital (referente del servicio que era el mismo líder grupo de

²² Ver CD folio 166 que contiene la relación de bacteriólogos entre los años 2009 a 2016.

²³ Ibídem.

trabajo, líder talento humano y subgerente científico), en el listado se registran profesionales en Bacteriología tanto de contrato, como de planta con iguales áreas para desarrollar las actividades (P2, P1 y E4) y así lo corrobora la testigo Lizeth Paola Reina Colmenares, quien a la pregunta "Si hay alguna diferencia en las funciones que usted desempeñaba referente a las funciones desempeñadas por el personal de planta que trabajaba contigo en los turnos. Respondió que "No señora inclusive nosotros las reemplazábamos cuando ellas estaban en vacaciones".

Se resalta que de planta se registran 5 bacteriólogos para el año 2013, y para el año 2014 se enlistan 4 bacteriólogos, pese a que según el Acuerdo 003 del 17 de marzo de 2016 el número de cargos era de 11 con denominación Profesional Universitario Area Salud Código 227 Grado 14, que se mantuvo para el año 2015 conforme con el Acuerdo 009 del 5 de junio (folios 107 a 110), estos documentos se contradicen con los contratos suscritos en los que se consigna que la disponibilidad de recursos financieros del Hospital es insuficiente para la "creación" de nuevos cargos en su planta de personal.

La testigo Margie Soraima Suarez Sossa señala como bacteriólogos de planta a los señores Marlene Oviedo, Amalia Guevara, Luz Marina Rincón, Socorro Sarama, quienes en efecto se encuentran registrados como bacteriólogos de dicha naturaleza, como se puede corroborar también en el listado de turnos y en la relación de bacteriólogos para las vigencias 2009 a 2016 que reportó la Subred Sur a folio 143 y reverso, que aunque cita 12, refiere que 4 se retiraron sin especificar fecha.

Igualmente, con la demanda se aportó un llamado de atención dirigido a la demandante (suscrito por la doctora Socorro Zarama, Profesional de Apoyo Diagnóstico (E) y, bacterióloga de planta del Hospital El Tunal como se corrobora en el listado de turnos y en la relación a folio 143 y reverso) en el que se solicita explicar por qué no realizó las actividades que le correspondían en la sección de microbiología el día domingo 10 de enero de 2016 "ya que generó quejas y reclamos por parte de los usuarios al no encontrar los resultados de sus exámenes a tiempo" (folio 43).

Así mismo, obran certificaciones de cumplimiento de las actividades mensuales para el mes de agosto de 2009, enero a diciembre de 2010, enero a diciembre de 2011, enero, febrero, marzo (supervisor para este periodo - Carlos Mario Montoya Gallego), abril (supervisora para este mes - Martha Isabel Garzon), mayo a octubre (supervisor para este periodo Carlos Mario Montoya Gallego), noviembre y diciembre 2012, enero a agosto y 8 de octubre a 7 noviembre de 2013, 8 de enero a 7 de febrero, 8 de febrero a 7 de marzo, 8 de marzo a 7 de abril, 8 de abril a 7 de mayo, 8 de mayo a 7 de junio, 8 de junio a 7 de julio, 8 de julio a 7 de agosto, 8 de agosto a 9 de septiembre, 8 de septiembre a 7 de octubre, 8 de octubre a 7 de noviembre, 8 de noviembre a 7 de diciembre de 2014 (Supervisor - Yolanda Rodríguez Baquero), 8 de diciembre de 2014 a 7 de enero de 2015 (Supervisor Socorro Zarama), 8 de enero a 7 de febrero, 7 de febrero a 7 de marzo, 7 de marzo a 7 de abril, 7 de abril a 7 de mayo, 8 de mayo a 7 de junio, 8 de junio a 7 de julio, 8 de julio a 7 de agosto, 8 de agosto a 7 de septiembre, 8 de septiembre a 7 de octubre, 8 a 31 de octubre de 2015, 1 a 31 de enero, 1º a 29 de febrero, 1º a 31 de marzo, 1º a 30 de abril de 2016 (Supervisor Yolanda Rodríguez Baquero), en cada una de ellas se enumeran las actividades realizadas por la demandante. Todos los supervisores eran bacteriólogos de la planta de personal del hospital El Tunal (folio 145 y 146).

A partir de las pruebas reseñadas encuentra el despacho que la demandante cumplía con un horario de trabajo por turnos fijados por el mismo Hospital, recibía órdenes, por parte de un Bacteriólogo de planta de acuerdo con los turnos asignados, en forma constante para el desarrollo de las funciones que se encontraban señaladas en los contratos suscritos y en el reporte mensual de actividades que presentaba, sin que se evidencie que pudiera ejecutar sus servicios en forma autónoma e independiente, pues las funciones a realizar se encuentran sucintamente señaladas, al igual que los procedimientos implementados por la entidad, aunado a que la toma de muestras, exámenes de laboratorio, preparación y control de reactivos, chequeo y calibración de instrumentos y la orientación a los pacientes para la toma de una buena muestra, conforme con el reporte mensual de actividades, debía hacerse de manera personal.

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 y que la prestación del servicio no fue transitoria.

Respecto del primer literal, el Hospital tiene como objeto primordial la prestación de servicios de salud, entendido como un servicio público del Estado y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud, es así como, atendiendo a la preparación de la demandante como Bacterióloga encargada, entre otras actividades del chequeo de los instrumentos para la toma de muestras y la orientación y supervisión de los procedimientos en general de las actividades del personal auxiliar se demuestra que su labor es inherente y forma parte de su objetivo misional, pues básicamente presta servicios en el área de salud.

En cuanto al literal b), la demandante prestó sus servicios como Bacterióloga y a folios 107 a 110 obran los Acuerdos 003 del 17 de marzo de 2006 y 009 del 5 de junio de 2015, por los cuales se modifica el manual de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta del Hospital El Tunal III Nivel ESE, en los que se enumeran las funciones esenciales del cargo de Bacterióloga, 32 cargos para el año 2006 y, disminuidas a 13 para el año 2015, con funciones similares a las ordenadas a los contratistas, visible en el CD (folio 71) 1) tomar muestras cuando corresponda e informar al paciente sobre requisitos para la misma; 2) chequear, verificar y pasar controles de calidad diariamente en los respectivos equipos; 3) preparar y controlar los reactivos, las sustancias de referencia, soluciones y medios; 4) procesar muestras en las secciones correspondientes; 5) validar y reportar los resultados de las muestras analizadas; 6) aplicar procedimientos y controles establecidos para garantizar la eficiencia y eficacia de los procesos y; 7) responder por los elementos a su cargo.

Por lo anterior, se comprueba que para los años 2009 a 2016 sí existía en la planta del Hospital el cargo de Profesional Universitario Código 237, Grado 14, once cargos, con requisito de estudio en Bacteriología con funciones similares a las certificadas como actividades mensuales de su contratación.

En lo que se refiere a la transitoriedad, se encuentra demostrado que la demandante prestó sus servicios como bacterióloga a través de sucesivas vinculaciones con contratos de arrendamiento de servicios personales y de prestación de servicios celebrados desde el 22 de agosto de 2009 hasta el 30 de abril de 2016, esto es más de 6 años, en forma permanente evidenciándose el ánimo de emplear de manera continúa su oficio no equiparable con la temporalidad que caracteriza la contratación de prestación de servicios. Se precisa que para el mes de septiembre hasta el 7 de octubre de 2013 y del 8 de noviembre hasta el 31 de diciembre de 2016, no se suscribieron contratos con la demandante, pese a esto no se resta permanencia a sus vinculaciones contractuales, ya que si necesitaban descansar, este descanso no era remunerado.

De acuerdo con el acervo probatorio y las consideraciones efectuadas observamos que el Hospital El Tunal III Nivel ESE contrató a la demandante Eliana Esperanza Coque Burgos 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.

Así las cosas, observamos que el Hospital El Tunal III Nivel ESE contrató a la demandante 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 Bacterióloga 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.

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 la 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.

Prescripción en materia de contrato realidad²⁴

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»*²⁵.

En torno a este tema la Sección Segunda en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016²⁶ 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

²⁴ 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

²⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, actor: Javier Enrique Muñoz Fruto. Número interno: 3404-2013.

²⁶ 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.

En el presente caso, revisadas las pruebas documentales y aplicando la sentencia unificada del Consejo de Estado se tiene que no se configuró el fenómeno de la prescripción en razón a que la terminación del vínculo contractual ocurrió el 30 de abril de 2016 y la reclamación fue presentada el 9 de marzo de 2017, esto es dentro de los tres años siguientes.

¿Tercer problema jurídico: el demandante tiene derecho a la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devengaban los empleados del Hospital El Tunal III 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 no se cancelaron a la demandante.

Es preciso indicar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, por ende, el restablecimiento del derecho se ordena a título de indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir.

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. [...]»²⁷ (Negritas 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 las 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.

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.”²⁸

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.- Para el periodo 22 de agosto de 2009 a 30 de abril de 2016 el equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados públicos en el cargo de (Profesional Universitario Área Salud, Código 237, Grado 14 – Bacteriología) por el tiempo de duración de los contratos de arrendamiento y las

²⁷ 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.

²⁸ 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

órdenes de prestación de servicios celebrados; tomando como base de liquidación el valor pactado por honorarios en dichas órdenes.

2.- Para el mismo periodo el valor en el porcentaje que por Ley debió cancelar al Hospital El Tunal III Nivel ESE como empleador, por aportes a salud al Sistema General de Seguridad Social, 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.-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 244 de 1995, 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.

2.-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 presumen²⁹. 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 de la señora Eliana Esperanza Coque Burgos, 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”*.

²⁹ 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.

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....".

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 Proceso³⁰, 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 Estado³¹ 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 costa (regla 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">>³².

En el mismo sentido la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado con ponencia del H. Consejero William Hernández Gómez³³ 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 y 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.

³⁰ Cfr. La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el párrafo 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.

³¹ 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.

³² 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.

³³ 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 Bardí.

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 procesal³⁴.

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 parcial del **Oficio OJU-R-575-2017 del 27 de marzo de 2017** expedido por la 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 El Tunal III nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. y la señora Eliana Esperanza Coque Burgos durante el período comprendido entre el 22 de agosto de 2009 y el 30 de abril de 2016.

TERCERO.- Condenar al hospital El Tunal III nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. a pagar a título de indemnización a favor de la señora Eliana Esperanza Coque Burgos, el equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados públicos del hospital El Tunal III nivel ESE en el cargo de de (Profesional Universitario Área Salud, Código 237, Grado 14 – Bacteriología) 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 a la demandante.

Condenar a la demandada a cancelar el valor en el porcentaje que por Ley debió cancelar al Hospital El Tunal III Nivel ESE como empleador, por aportes a salud al Sistema General de Seguridad Social, 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.

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

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

SEXTO.- 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, expídase copia del fallo de conformidad con lo normado en el numeral 2º del artículo 114 del C.G.P. y archívense las diligencias previo registro por el sistema siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Expte

³⁴ 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.