



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

Bogotá D.C., ocho (8) de mayo de 2019

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2017-00129*-00

Demandante: ESPERANZA TRIANA JIMÉNEZ

Demandado: Hospital San Blas II nivel ESE hoy, Subred Integrada de Servicios de Centro Oriente ESE.

Tema: Contrato Realidad

Sentencia No: 25

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 E-5972-2016 de fecha 9 de diciembre de 2016, suscrito por la Gerente de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E
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 demandante, 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 2 de enero de 2001 al 23 de diciembre de 2013, 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 demandante, 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 demandante 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. Afirma que el HOSPITAL SAN BLAS hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E., pretende desconocer la relación laboral que existió durante más de doce 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 SAN BLAS II NIVEL ESE, en el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA del día 2 de enero de 2001 al 23 de diciembre de 2013, 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 domingo a domingo de 7:00 p.m. a 7:00 a.m. día de por medio; portaba de manera obligatoria carnet 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 **Oficio E-5972/2016 del 9 de diciembre de 2016**, suscrito por la Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente 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 la señora Esperanza Triana Jiménez, en el período comprendido 2 de enero de 2001 a 23 de diciembre de 2013.

Problema jurídico El problema jurídico en este asunto consiste en establecer: **1.-** Si la señora ESPERANZA TRIANA JIMÉNEZ demostró que en la vinculación que tuvo con el HOSPITAL SAN BLAS II NIVEL hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E. desde el 2 de enero de 2001 hasta el 23 de septiembre de 2013, 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 auxiliares de enfermería del HOSPITAL SAN BLAS II NIVEL hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE 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 Meissen II Nivel ESE contrató al demandante 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

Esperanza Triana el reconocimiento y pago de las prestaciones no devengadas durante la vigencia de los contratos celebrados entre 1 de abril de 2007 y el 20 de diciembre de 2013.

Según la certificación de la entidad que reposa a folio 59 para el periodo 2 de enero de 2001 y 30 de junio de 2001, la demandante laboró como supernumerario lo cual no es objeto del presente litigio y, para el periodo 16 de noviembre de 2001 a 2 de enero de 2003, aunque laboró por contrato de prestación de servicios no hubo solución de continuidad generándose para dicho periodo el fenómeno prescriptivo, pues el servicio es retomado cuatro años después, el 1º de abril de 2007

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 presunción.

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 excequibles 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

demonstrando 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 desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público

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.

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 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 [?]. 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.

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 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, 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,

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.

- (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 encuentra configurado los tres elementos del relación laboral, razón por la cual la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales durante el periodo comprendido entre 1º de abril de 2007 y el 20 de diciembre de 2013, conforme con la certificación visible a folio 58 del expediente

a.- Prestación personal del servicio:

Se encuentra demostrado que la señora Esperanza Triana Jiménez estuvo vinculada con el Hospital San Blas II Nivel ESE a través de contratos de arrendamientos y de prestación de servicios por el periodo comprendido 1 de agosto de 2001 y el 20 de diciembre de 2013, según los contratos relacionados a continuación allegados con la demanda y las certificaciones visibles a folio 58-59 del expediente:

Número	Fecha	Plazo de ejecución	Folios
CPS 0355		Del 1º de agosto de 2001 por 3 meses	f. 59 y 60
CPS 0464		Del 16 de noviembre de 2001 por 15 días	f. 59 y 60
CPS 0513		Del 12 de diciembre de 2001 por 20 días	f. 59 y 60

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.

CPS 0028		Del 1º de enero de 2002 por 3 meses	f. 59 y 60
CPS 0031		Del 2 de abril de 2002 por 3 meses	f. 59 y 60
CPS 0082		Del 2 de julio de 2002 por 5 meses y 29 días	f. 59 y 60
CPS 226 – 2007	1º de abril de 2007	Del 1º de abril a 30 de mayo de 2007	69 a 71
Adición y prórroga No. 1	29 de mayo de 2007	1º de junio a 30 julio de 2007	f. 4 del CD ²²
Otro si No. 2	29 de junio de 2007	adición presupuestal	f. 5 del CD
CPS 678-2007	1º de agosto de 2007	4 meses calendario a partir de la fecha del contrato	f. 6-8 del CD
Otro si No. 01	28 de septiembre de 2007	Adición presupuestal	f. 11 del CD
Otro si No. 02	31 de octubre de 2007	Adición presupuestal	f. 12 del CD
Otro si No. 03	24 de noviembre de 2007	1º de diciembre a 30 de diciembre de 2007	f. 13 del CD
Otro si No. 04	20 de diciembre de 2007	1º de enero a 30 de enero de 2008	f. 14 del CD
CPS 131-2008	16 de enero de 2008	Del 16 de enero de 2008 a 15 de junio de 2008	Fs. 15 a 17 del CD
Prórroga No. 1	10 de junio de 2008	Prórroga hasta el 30 de junio de 2008	f. 20 del CD
Adición y prórroga No. 01	27 de junio de 2008	Prórroga hasta el 31 de julio de 2008	f. 21 del CD
CPS 714-2008	1º de agosto de 2008	Del 1º de agosto a 31 de agosto de 2008	Fs. 22 a 24 del CD
CPS 1066-2008	1º de septiembre de 2008	Del 1º de septiembre a 31 de octubre de 2008	Fs. 66 a 68
Adición y prórroga No. 01	30 de septiembre de 2008	1º a 7 de octubre de 2008	f. 30 del CD
CPS 1335-2008	8 de octubre de 2008	8 a 31 de octubre de 2008	Fs. 31 y 32 del CD
CPS 1674-2008	1º de noviembre de 2008	Del 1º a 30 de noviembre de 2008	Fs. 33 y 34 del CD
Adición y prórroga No. 1	30 de noviembre de 2008	1º a 31 de diciembre de 2008	f. 35 del CD
Adición	26 de diciembre de 2008	Adición presupuestal	f. 36 del CD
CPS 139-2009	2 de enero de 2009	Del 2º a 31 de enero de 2009	f. 37 y 38 del CD
CPS 418-2009	1º de febrero de 2009	Del 1º de febrero a 30 de abril de 2009	Fs. 39 a 41 del CD
Adición y prórroga No. 1	30 de abril de 2009	1º de mayo a 30 de junio de 2009	F. 42 del CD
CPS 957-2009	1º de julio de 2009	Del 1º de julio a 31 de agosto	Fs. 45 y 46 del CD
Adición en valor y prórroga No. 1	20 de agosto de 2009	Hasta el 30 de septiembre de 2009	f. 47 del CD
Adición en valor y prórroga No. 2	30 de septiembre de 2009	Hasta el 30 de noviembre de 2009	f. 48 del CD
Adición en valor y prórroga No. 3	1º de diciembre de 2009	Hasta el 20 de enero de 2010	f. 49 del CD
Adición de valor y prórroga No. 4	18 de enero de 2010	Hasta el 31 de enero de 2010	f. 50 del CD
CPS 207-2010	29 de enero de 2010	Del 1º de febrero a 30 de abril de 2010	Fs. 51 y 52 del CD
Adición de valor y prórroga No. 1	30 de abril de 2010	Hasta el 30 de junio de 2010	f. 53 del CD
Adición de valor y prórroga No. 2	30 de junio de 2010	Hasta el 31 de agosto de 2010	f. 54 del CD
Adición de valor y prórroga No. 3	31 de agosto 2010	Hasta el 31 de octubre de 2010	f. 55 del CD
CPS 936-2010	29 de octubre de 2010	Del 1º a 30 de noviembre de 2010	f. 56 a 57 del CD
Adición de valor y prórroga No. 1	30 de noviembre de 2010	Hasta el 10 de enero de 2011	f. 58
Adición de valor y prórroga No. 2	6 de enero de 2011	Hasta el 31 de enero de 2011	f. 59
Adición de valor y prórroga No. 3	31 de enero de 2011	Un mes mas	f. 60
CPS 192-2011	1º de marzo de 2011	Del 1º a 31 de marzo de 2011	f. 61 y 62 del CD
Adición y prórroga No. 1	31 de marzo de 2011	Hasta el 30 de abril de 2011	f. 63 del CD
CPS 608-2011	1º de mayo de 2011	Del 1º de mayo a 31 de julio de 2011	Fs. 64 y 65 del CD
Adición en valor y prórroga No. 1	29 de julio de 2011	Hasta el 30 de septiembre de 2011	f. 66 del CD
Adición en valor y prórroga No. 2	30 de septiembre de 2011	Hasta el 30 de noviembre de 2011	f. 67 del CD
Adición en valor y prórroga No. 3	30 de noviembre de 2011	Hasta el 5 de enero de 2012	f. 68 del CD
Adición de valor y prórroga No. 4	5 de enero de 2012	Hasta el 31 de enero de 2012	f. 69 del CD
CPS 119-2012	1º de febrero de 2012	Del 1º de febrero a 30 de abril de 2012	Fs 64 y 65 del C-1
Adición en valor y prórroga No. 1	30 de abril de 2012	Hasta el 31 de mayo de 2012	f. 72 del CD
Adición en valor y prórroga No. 2	31 de mayo de 2012	Hasta el 30 de junio de 2012	f. 73 del CD
CPS 782-2012		Del 1º de julio a 31 de julio de 2012	f. 58 vto. C-1
Adición en valor y prórroga No. 1	1º de agosto de 2012	Hasta el 31 de agosto de 2012	f. 74 del CD
Adición en valor y prórroga No. 2	31 de agosto de 2012	Hasta el 30 de septiembre de 2012	f. 75 del CD
Adición en valor y prórroga No. 3	1º de octubre de 2012	Hasta el 31 de octubre de 2012	f. 76 del CD
CPS 1161-2012	2 de noviembre de 2012	Del 2 de noviembre a 1º de diciembre de 2012	Fs. 77 y 78 del CD
Adición y prórroga No. 1	30 de noviembre de 2012	Hasta el 31 de diciembre de 2012	f. 79 del CD

²² El CD citado en el cuadro obra a folio 221.

CPS 103-2013	3 de enero de 2013	Del 3 de enero a 1º de febrero de 2013	Fs. 80 y 81 del CD
Adición y prórroga No. 1	1º de febrero de 2013	Hasta el 1º de marzo de 2013	f. 82 del CD
Adición y prórroga No. 2	1º de marzo de 2013	Hasta el 1º de abril de 2013	f. 83 del CD
CPS 523-2013	2 de abril de 2013	Del 2 de abril a 1º de mayo de 2013	f. 84 y 85 del CD
Adición y prórroga No. 1	30 de abril de 2013	Del 2 de mayo a 1º de junio de 2013	f. 86 del CD
Adición y prórroga No. 2	31 de mayo de 2013	2 a 16 de junio de 2013	f. 87 del CD
Adición y prórroga No. 3	14 de junio de 2013	Del 17 de junio a 1º de julio de 2013	f. 88 del CD
Adición y prórroga No. 4	21 de junio de 2013	Adición presupuestal	f. 89 del CD
CPS 887-2013	2 de julio de 2013	2 a 16 de julio de 2013	f. 90 y 91 del CD
Prórroga No. 1	16 de julio de 2013	Desde el 17 de julio a 1º de agosto de 2013	f. 92 del CD
Adición en valor No. 2	17 de julio de 2013	Adición presupuestal	f. 93 del CD
Prórroga en tiempo No. 3	1º de agosto de 2013	Desde el 2 de agosto a 1º de septiembre de 2013	f. 94 del CD
Adición en valor No. 4	13 de agosto de 2013	Adición presupuestal	f. 95 del CD
Prórroga en tiempo No. 4	30 de agosto de 2013	Desde el 2 al 16 de septiembre de 2013	f. 96 del CD
Adición en valor No. 5	4 de septiembre de 2013	Adición presupuestal	f. 97 del CD
Adición y prórroga No. 6	16 de septiembre de 2013	Desde el 17 de septiembre hasta el 1º de octubre de 2013	f. 98 del CD
Prórroga en tiempo No. 7	1º de octubre de 2013	Desde el 2 de octubre al 1º de noviembre de 2013	f. 99 del CD
Adición en valor No. 8	3 de octubre de 2013	Adición presupuestal	f. 100 del CD
Prórroga en tiempo No. 9	1º de noviembre de 2013	Desde el 2 al 16 de noviembre de 2013	f. 101 del CD
Adición en valor No. 10	5 de noviembre de 2013	Adición presupuestal	f. 102 del CD
Adición en valor No. 11	15 de noviembre de 2013	Adición presupuestal	f. 103 del CD
Prórroga en tiempo No. 10	17 de noviembre de 2013	Desde el 17 de noviembre al 1º de diciembre de 2013	f. 104 del CD
Prórroga en tiempo No. 11	2 de diciembre de 2013	2 de diciembre de 2013 hasta el 1º enero de 2014	f. 105 del CD
Adición en valor No. 12	11 de diciembre de 2013	Adición presupuestal	f. 106 del CD

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

El apoyar la realización de actividades como auxiliar de enfermería en el área asistencial del Hospital que no es posible atender con el personal de planta, y que se sintetizan en lo siguiente: En el desarrollo del presente contrato el CONTRATISTA se compromete para con el HOSPITAL a realizar las siguientes actividades: 1) entrega del servicio, el cual debe quedar registrado en el libro de entrega del servicio y se le pasa la novedad al CRU. 2) Realizar cuidados a los pacientes asignados como, toma de signos vitales, asistir en la alimentación. 3) Registrar en el formato de historia clínica de APH las actividades realizadas en notas de enfermería, signos vitales, Signos vitales especiales, hoja neurológica balance de líquidos. 4) Realizar procedimientos ordenados en historia clínica. 5) Arreglo de historia clínica para salida del paciente. 6) Llevar historia clínica a facturación. 7) Realizar entrega del servicio. 8) Cumplir con los protocolos de Bioseguridad de acuerdo a las Normas Epidemiológicas, así como mantener una adecuada desinfección de las áreas y el manejo de los desechos médico-quirúrgicos 9) Elaborar informe mensual sobre el desarrollo y avance de sus actividades y entregarlas al supervisor del contrato para que este certifique el cumplimiento de las mismas. 10) Responder por los elementos entregados para el desempeño de las actividades 11) Participar en las jornadas de capacitación, Inducción, reuniones y eventos que le sean asignados por quien ejerce actividades como referente del área. 12) Realizar las demás actividades que le sean asignadas por quien ejerce el control del contrato acordes con el objeto.

Se encuentra demostrado que para cumplir el objeto contractual la señora Esperanza Triana Jiménez debía prestar un servicio personal en la entrega y recibo del turno, el cuidado de los pacientes, el registro en la historia clínica, la elaboración de informes, responder por lo elementos entregados, participar en las jornadas de capacitación.

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.

b.- Remuneración del servicio prestado:

Referente a este requisito, de acuerdo con la certificaciones expedidas por la Jefe de la Oficina Jurídica y la coordinadora de talento humano que obran a folios 58 y 60, se constata los siguientes pagos efectuados a la demandante, así:

AÑO	MES	Valor certificado
2001	1º de agosto por 3 meses	1.831.500
	16 de noviembre por 15 días	305.250
	12 de diciembre por 20 días	610.500
2002	Del 2 de enero por 3 meses	1.980.000
	Del 2 de abril por 3 meses	1.980.000
	Del 2 de julio por 5 meses y 29 días	1.018.435
2007	1º de abril a 31 de julio	3.160.000
	1 de agosto a 15 de enero de 2008	4.345.000
2008	16 de enero a 31 de julio	5.720.000
	1º de agosto a 31 de agosto	880.000
	1º de septiembre a 31 de octubre	1.760.000
	1º de noviembre a 31 de diciembre	1.760.000
2009	1º de enero a 31 de enero	880.000
	1º de febrero a 30 de abril	2.850.000
	1º de julio a 31 de enero de 2010	6.650.000
2010	1º de febrero a 31 de octubre	8.550.000
	1º de noviembre a 28 de febrero de 2011	3.800.000
2011	1º de marzo a 30 de abril	1.976.000
	1º de mayo a 31 de enero	8.892.000
2012	1º de febrero a 30 de junio	4.940.000
	1º de julio a 31 de octubre	3.952.000
	2 de noviembre a 31 de diciembre	1.976.000
2013	2 de enero a 1º de marzo	1.976.000
	2 de abril a 30 de junio	2.964.000
	2 de julio a 20 de diciembre	5.598.666

Además, a folio 72 obra un formato expedido por el Hospital San Blas II Nivel ESE en el que se evidencia el valor de la asignación mensual para agosto de 2012 por \$988.000, que coincide con la certificación antes citada en el sentido que para el año 2012 entre el 1º de febrero a 30 de junio, transcurrieron 5 meses que al multiplicarlos por el valor mensual que se certifica, arroja una suma de \$4.940.000, que corresponde al valor certificado y relacionado con anterioridad para este periodo.

Igual ocurre con el formato expedido por el Hospital San Blas II Nivel ESE obrante a folio 73 en el que consta un valor mensual por \$950.000 para el año 2010. Para el contrato del 1º de febrero a 31 de octubre, son 9 meses que multiplicados por el valor mensual, arroja un resultado de \$8.550.000 que igualmente coincide con el valor total certificado.

Lo anterior, es corroborado por los testigos, Marilú Velásquez, Orlando Herrera Narváez y José Romero Peña, quienes manifestaron que los pagos los efectuaban mensualmente a través de consignación en una cuenta bancaria.

c.- Subordinación y dependencia:

Al respecto en el plenario obra el testimonio del señora **Marilú Velásquez**, quien manifestó en su declaración que laboró al servicio del Hospital San Blas para el periodo noviembre de 2010 hasta 20 de diciembre de 2013 como auxiliar de enfermería intrahospitalaria un año y dos años en Atención Pre hospitalaria - APH vinculada mediante contratos de prestación de servicios y con turnos en el día de 12 por 36, 12 horas de trabajo por 36 de descanso, designados por el doctor Sánchez y posteriormente por el doctor Flórez.

Conoció a la demandante en el año 2010 quien siempre laboró como Auxiliar de Enfermería en ambulancia y APH, excepto cuando la ambulancia estaba fuera de servicio que debía prestar su

servicio en urgencias, igualmente a la demandante le asignaban los turnos, los doctores Sánchez, Flórez y la señora Margarita quien era la Secretaria. Indicó que habían dos clases de ambulancias: básica y medicalizada, siendo la primera tripulada por el conductor y la enfermera únicamente, y la segunda contaba con un médico que era quien daba las órdenes a la enfermera auxiliar a través de walkie talkie, a dichos médicos los rotaban y no sabe que especialidad tenían. Señaló que todos los auxiliares de ambulancia eran contratados por prestación de servicios y después de que ella salió del hospital contrataron de planta.

Indicó que para los permisos acordaban los turnos entre los mismos auxiliares y luego informaban al Jefe, que no recibían dotación pero si debían usar un uniforme blanco y a algunos les dieron una chaqueta, recibió en alguna ocasión una capacitación por parte del Hospital pero la dio el SENA, enunció las funciones desempeñadas como: recibir turno y estar en la base hasta que el Centro Regulador de Urgencias CRU informaba algún evento para prestar la atención al paciente, llevarlo al centro hospitalario y esperar la devolución de la camilla para esperar nuevo evento, los cambios de turno se reportaban al CRU, siempre usaban un carné que los identificaba como empleados del Hospital San Blas.

Afirmó que el doctor Sánchez y la señora Margarita organizaban los turnos, que pocas veces solicitó permiso y que cree que se tramitaban con la señora Margarita, que cree que había un formato y que no recuerda con cuánto tiempo se debía solicitar. Se encontraba sujeta a un reglamento que debía cumplir al pie de la letra, que las labores eran constantes e ininterrumpidas y para el desarrollo de sus funciones siempre recibía órdenes del lugar, cómo hacer su trabajo, en qué lugar, móvil, compañeros, horarios. Los pagos los realizaban mensuales, pero en algunas ocasiones se retrasaban en el pago. Respecto de la demandante señaló que la prestación de sus servicios fue ininterrumpido y que cree que laboró más o menos 13 años con el Hospital.

Manifestó que la demandante siempre laboró en ambulancia básica que era tripulada por dos personas: el conductor y el auxiliar de enfermería y que los turnos eran de noche, mientras que los de ella (la testigo) eran en el día con una jornada de 12 horas, no conoció de manera directa las actividades de la demandante porque ella iba sola en la móvil con el conductor y recibían apoyo de un médico regulador del CRU, quien indicaba qué hacer con el paciente.

Señaló también que tenían un médico supervisor o Jefe que era el doctor Sánchez, que era como el Jefe de Urgencias, quien cada mes les decía que tenían que firmar el contrato, pagar la seguridad social, además señalaba el horario, el uniforme, revisaba que las ambulancias estuvieran en buen estado y su horario de trabajo era de 7 a 5 más o menos.

Declaró que el turno lo entregaba a las 7:00 pm y que el doctor Sánchez no se encontraba porque llegaban a la base de la Caracas con 24, llevaban papelería, cuadernos de entrega con notas de enfermería de entrega de la móvil, con camilla, sin camilla, firma de quién entregaba y quién recibía. Debían hacer limpieza general de la ambulancia. Respecto de quién verificaba que las ordenes estuvieran correctamente ejecutadas manifestó que "realmente no" pero el hospital que recibía el paciente verificaba que todo estuviera en orden, se explicaba la condición del paciente, la escena del accidente, los signos vitales, lo que se le hizo al paciente y se entregaba. Se manejaba como una historia clínica en donde se anotaba y se firmaba.

En cuanto al supervisor del contrato asevera que siempre se entendió con el doctor Sánchez y Flórez, pero que en la parte final del contrato dice pero no sabe quién era.

Sobre si hubo concurso, refirió que los únicos de planta son los conductores y que para auxiliares convocaron a los que quisieran participar pero ya tenía la gente seleccionada.

Aclaró que la manifestación de cumplir "al pie de la letra el reglamento" hace referencia a cumplir el horario, llevar el uniforme, realizar las actividades de la móvil, tener la móvil al día en inventarios, que era su labor.

También se recibió el testimonio del señor **Orlando Herrera Narváez** quien manifestó que laboró como Auxiliar de Enfermería APH para el periodo finales de 2002 hasta mediados de 2007, a través de contratos de prestación de servicios y sus funciones eran atender pacientes en la vía pública, trabajo, casa o donde se encontrara el enfermo y dirigidos por el Centro Regulador del Urgencias CRU de la Secretaría Distrital de Salud, que realizaba un cuadro de turnos que enviaban los coordinadores de la época del Hospital San Blas la señora Clara Angarita, el doctor Rodríguez, el doctor Juan Manuel Troncoso, el doctor Morales y la señorita Diana Ortiz y debían estar disponibles desde las 7, siendo contactados por radio por la Secretaría de Salud para diferentes casos en la Ciudad, señalando una jornada de 7 a.m. a 7 p.m. día de por medio.

Igualmente, que recibían órdenes de horario, inventarios de equipos biomédicos y para la atención de los pacientes los valoraban y diagnosticaban con apoyo de un médico regulador cuando era ambulancia medicalizada. Que existían más o menos 3 enfermeros auxiliares de planta y 20 vinculados por contrato de prestación de servicios que laboraban para el programa APH, porque eran 4 auxiliares por turno para 4 o 5 ambulancias. Señala que el horario de la demandante era en la noche de 7 p.m. a 7 a.m. y se encontraban en el cambio de turno, en las reuniones administrativas obligatorias, en las que se trataban las quejas del CRU de los pacientes, de la misma tripulación de la ambulancia cada 3 o 4 meses.

Se recibió el testimonio del señor **Rafael Moya Díaz** quien manifestó que trabajó como empleado oficial de planta de la Subred Centro Oriente en el cargo de conductor de ambulancia 15 años con contrato de prestación de servicios y 13 de planta, en algunos turnos coincidía con la demandante porque los horarios eran diferentes los de él eran de 12 por 24 y el de la demandante era de 7 a 7 con descanso un día y regresa a las 7, pero que coincidían una o dos veces por semana; no señala la jornada de la demandante.

Refirió que recibían órdenes del CRU, que la demandante valoraba los pacientes y remitía la información a la central, que ella siempre laboró en ambulancia y que hubo oportunidades en las que no asistió al trabajo por permisos y que el cambio de turno se acordaba con el personal del hospital de lo cual sabía porque por su trabajo en la ambulancia conocía a los auxiliares de enfermería, que tenía un médico regulador que la estaba orientando y se daba cuenta de esto porque en la ambulancia solo iban dos personas él y la auxiliar, que los auxiliares que tenían turno fijo podían decidir si querían en día o la noche con horario controlado con la firma de la llegada y salida, tenían carné pero en la ambulancia no lo portaban, la demandante realizaba de manera autónoma sus actividades porque valoraba al paciente, hacía la historia clínica e informaba a la central, anotaba todo y pasaba el informe por radio y la central le daba las órdenes. Agregó que la demandante lleva como 5 o 6 años en APH, no está seguro de que existieran auxiliares de enfermería de planta encargados de ambulancia, se recibían el turno entre los auxiliares.

Finalmente, rindió testimonio el señor **José Romero Peña** quien señaló que laboró al servicio del Hospital como conductor más o menos desde el 9 de marzo de 2009 al 15 de junio de 2012, que fue compañero de trabajo de la demandante quien era auxiliar de enfermería de las ambulancias en atención pre hospitalaria APH, la demandante valoraba al paciente y hacía lo que le indicaba por radio el médico regulador de la Secretaría de Salud, los turnos los fijaban en una cartelera en APH, los señores Helver Sánchez y Margarita verificaban el cumplimiento del horario, los auxiliares entregaban el turno a través de un libro de novedades, la demandante recibió dotación que era un pantalón, 2 camisetitas y una chaqueta, las órdenes eran dadas por el doctor Sánchez y el regulador de la Secretaría de Salud, el suministro de equipos y elementos lo hacía el Hospital San Blas.

Análisis de los testimonios

En términos generales los testimonios dan fe de la vinculación de la demandante a través de contratos de prestación de servicios, de los turnos fijados por el Hospital San Blas, del suministro de los elementos por parte del Hospital San Blas para desarrollar las funciones, de la existencia de un médico regulador de la Secretaría de Salud que impartía el tratamiento a realizar al paciente.

Sin embargo, en cuanto al testimonio del señor Orlando Herrera, consideramos que en atención al periodo laborado, 2002 a 2007, no se puede corroborar que lo afirmado sea veraz, pues la demandante conforme con la certificación del 13 de mayo de 2005 visible a folio 59, no laboró en el Hospital San Blas desde el mes de enero del año 2003 hasta el mes de marzo de 2007.

A partir de las pruebas reseñadas encuentra el despacho que la demandante cumplía con un horario de trabajo, recibía órdenes en el Hospital San Blas por parte de un Jefe del servicio o de un médico pre hospitalario, dependiendo de si las funciones eran desempeñadas intrahospitalarias o en ambulancia, de acuerdo con los turnos que le asignaba el hospital, en forma constante para el desarrollo de las funciones que se encontraban señaladas en los contratos suscritos, sin que se evidencie que pudiera ejecutar sus servicios en forma autónoma e independiente, pues en los contratos se enumeran todas y cada una de las funciones a realizar, a manera de ejemplo en el objeto del contrato 119 de 2012 (folio 64) se señala de manera clara "4.-) Realizar y cumplir estrictamente las prescripciones dadas por el Médico Pre hospitalario durante el traslado del paciente a la respectiva IPS", además prestaba sus servicios en el Hospital o en la ambulancia asignada y con los instrumentos y los procedimientos implementados por la entidad, aunado a que la atención de los pacientes requería su prestación 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, basta revisar los contratos de arrendamiento de servicios personales y de prestación de servicios para evidenciar que allí se contempla que 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 Auxiliar de Enfermería encargada del cuidado de los pacientes 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 auxiliar de enfermería, sin que se pueda comprobar si las funciones del personal de planta fueran similares a la demandante, puesto que el Acuerdo 15 que data del 2 de junio de 2015 fue expedido con posterioridad al retiro de la demandante ocurrido en el año 2013; no obstante, con la certificación del Director Operativo de Talento Humano de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., folios 205 y 206, la certificación que obra en el CD visible a folio 221 y, en los contratos de arrendamiento suscritos por la señora Triana en donde se justifica el contrato dado que la prestación del servicio no es posible atenderla con el personal de planta, se comprueba que para los años 2001 a 2013 sí existía en la planta del Hospital el cargo de Auxiliar Área de la Salud con funciones similares a las desempeñadas por la demandante.

En lo que se refiere a la transitoriedad, se encuentra demostrado que la demandante prestó sus servicios como Auxiliar de Enfermería a través de sucesivas vinculaciones con contratos de arrendamiento de servicios personales y de prestación de servicios celebrados desde el 1º de abril del año 2007 hasta el 20 de diciembre de 2013, esto es 6 años, 8 meses, 19 días 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.

Según la certificación de la entidad que reposa a folio 59 para el periodo 2 de enero de 2001 y 30 de junio de 2001, la demandante laboró como supernumerario lo cual no es objeto del presente litigio y, para el periodo 16 de noviembre de 2001 a 2 de enero de 2003, aunque laboró por contrato de prestación de servicios no hubo solución de continuidad generándose para dicho periodo el fenómeno prescriptivo, pues el servicio es retomado cuatro años después, el 1º de abril de 2007

De acuerdo con el acervo probatorio y las consideraciones efectuadas observamos que el Hospital San Blas II Nivel ESE contrató a la demandante Esperanza Triana Jiménez 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 Meissen II 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 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.

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 realidad²³

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»*²⁴.

En torno a este tema la Sección Segunda en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016²⁵ 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»*.

²³ 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

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, actor: Javier Enrique Muñoz Fruto. Número interno: 3404-2013

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

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 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 para el periodo 16 de noviembre de 2001 a 2 de enero de 2003, aunque laboró por contrato de prestación de servicios no hubo solución de continuidad generándose para dicho periodo el fenómeno prescriptivo, pues el servicio es retomado cuatro años después, el 1º de abril de 2007. Para el periodo 1 de abril de 2007 a 20 de diciembre de 2013 no se configuró el fenómeno de la prescripción en razón a que la terminación del vínculo contractual ocurrió el 20 de diciembre de 2013 y la reclamación fue presentada el 9 de noviembre de 2016, 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 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 no se cancelaron al 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. [...]»²⁶ (Negritas del texto original).

Posteriormente, en la sentencia de unificación ya citada, respecto de los aportes a pensión, consideró

²⁶ 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

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.”²⁷

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 1 de abril de 2007 a 20 de diciembre de 2013 el equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados públicos en el cargo de auxiliar de enfermería por el tiempo de duración de los contratos de arrendamiento y las órdenes de prestación de servicios celebrados; tomando como base de liquidación el valor pactado por honorarios en dichas órdenes.

2.- Para los periodos 16 de noviembre de 2001 a 2 de enero de 2003 y, del 1 de abril de 2007 a 20 de diciembre de 2013 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, 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:

²⁷ 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

«[...] 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 [...]»²⁸

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

3.-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.

²⁸ Sentencia del 13 de junio de 2013, Actor Alejandro Gómez Rodríguez. Demandado: Hospital San Fernando de Ama ESE

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.

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...”*.

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 (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”>>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-

³⁰ 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.

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 Bardi.

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.

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 E-5972-2016 del 9 de diciembre de 2016** expedido por la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente 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 la señora durante el periodo comprendido entre Esperanza Triana Jiménez durante el periodo comprendido entre 16 de noviembre de 2001 y 2 de enero de 2003 y, posteriormente entre, el 1º de abril de 2007 y el 20 de diciembre de 2013

TERCERO.- Declarar de manera oficiosa la prescripción para el periodo comprendido entre 16 de noviembre de 2001 a 2 de enero de 2003 a efectos de que la entidad demandada pague a título de indemnización, 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 a la demandante por las razones expuestas en la parte motiva

CUARTO.- Para el periodo 1 de abril de 2007 a 20 de diciembre de 2013 **Condénar** 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 la señora Esperanza Triana Jiménez, 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.

Para el periodo comprendido entre 16 de noviembre de 2001 a 2 de enero de 2003 condenar a la demandada a cancelar 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, 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

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

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.

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, 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

Exge-MAC