

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2017-00132-00
Demandante: Francisco Antonio García Castro
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Servicios de Salud Norte E.S.E.
Tema: Contrato Realidad

Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre de 2019

Sentencia No. 121

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 de la comunicación 20161100004101 de fecha 22 de diciembre de 2016.
- 2.- Que se declare que el demandante fungió como un empleado público de hecho en el periodo comprendido entre el 26 de enero de 2008 hasta el 30 de junio de 2017
- 3.- Que declare que el tiempo laborado por el demandante bajo la modalidad de contratos sucesivos de "prestación de servicios" con el Hospital Engativá II Nivel subred integrada de servicios de salud norte ESE, se deben computar para efectos pensionales, ordenando emitir la Certificación laboral para el efecto
- 4.- Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad y previa declaratoria de la existencia del contrato de trabajo realidad en el periodo comprendido entre el 26 de enero de 2008 hasta el 30 de junio de 2016 se condene a Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. al reconocimiento y pago de las siguientes sumas:
 - a.- Las diferencias salariales existentes entre los servicios remunerados por prestación de servicios y los salarios legales pagados por el Hospital Engativá II Nivel ESE a los auxiliares de enfermería
 - b.- Reconocimiento y pago del auxilio de las Cesantías, los Intereses a la Cesantías.
 - c.- Reconocimiento y pago de las Primas de carácter legal de servicios de junio y diciembre
 - d.- Reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados de cada año,
 - e.- Las primas de carácter extra legal de navidad de cada año
 - f.- Las primas de carácter extra legal de vacaciones de cada año
 - g.- Compensación en dinero de las vacaciones causadas que no le fueron otorgadas ni disfrutadas en tiempo.
 - h.- Porcentajes de cotización correspondientes a los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones que le correspondía realizar al Hospital Engativá II Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. y que debió cancelar el demandante a la EPS y al Fondo de pensiones
 - i.- Indemnización contenida en la Ley 244 de 1995 artículo 2º calculada hasta la fecha en que se efectúe el pago de las cesantías definitivas.
 - j.- Cotizaciones en forma retroactiva a la Caja de Compensación Familiar COMPENSAR
 - k.- 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daños morales.
- 5.- Condénese a la entidad demandada que pague demandante, la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daños morales.

6.- El cumplimiento al fallo dentro de los términos establecidos en el artículo 192 y ss del CPACA. y pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.

7.- Pago de las costas y expensas de este proceso, a la entidad demandada.

Tesis del demandante.

La contratación a través de la figura de prestación de servicios ha sido contemplada únicamente para aquellos casos en donde además de la independencia del contratista, se puede evidenciar la ausencia de subordinación, así como la concurrencia de otros factores como la prestación presencial y personal de servicio y, el pago de salario como forma de remuneración.

El accionante ha laborado por más de 9 años para el hospital de Engativá II nivel actual subred integrada de servicios de salud norte ESE de manera constante e ininterrumpida en el cargo de auxiliar de enfermería. Durante toda su vinculación el demandante prestó sus servicios de manera personal y presencial. Cumplió un horario desde 7 am a las 7 pm día de por medio incluyendo domingos y festivos. El demandante desempeñó su cargo en forma subordinada recibiendo órdenes de sus jefes inmediatos; cumpliendo el reglamento interno del hospital; su pago era mensual en una cuenta de nómina; aportando obligatoriamente el carnet del hospital, el uniforme de trabajo

Contratar a través de prestación de servicios cuando en realidad la relación se rige bajo los parámetros de la subordinación y dependencia, es un acto reprochable, abusivo y abiertamente lesivo a los derechos del trabajador para evitar el pago de acreencias laborales y prestaciones sociales a costa de contrariar los principios constitucionales y de orden legal

Tesis del demandado.

La entidad demandada se opone a que prosperen todas y cada una de las pretensiones, en vista que el accionante ejecutó labores como contratista para la UPSS Engativá desde el día 26 de enero de 2008 hasta junio de 2017, no encontrándose actualmente ejecutando para la entidad dichas actividades.

Subraya que, los contratos de prestación de servicios, revistieron toda legalidad, fueron firmados y ejecutados bajo la voluntad del accionante, no pudiéndose inferir que los mismos fueron "infundados" o "hipotéticos".

El Actor no fue proveído de ningún tipo de "cargo" dentro de la UPSS-ENGATIVÁ, su objeto contractual correspondía a un auxiliar de enfermería de ambulancia, no desarrollando sus actividades dentro de las instalaciones de la entidad, debía desplazarse a diferentes lugares, de acuerdo a la necesidad del servicio.

El cumplimiento de las actividades desempeñadas por la accionante se efectuó bajo lo preceptuado en los contratos de prestación de servicios.

El demandante no debía cumplir un horario estipulado de manera taxativa por parte del Hospital, toda vez que, lo que existió y existe con todo personal vinculado por medio de contrato de prestación de servicios, es una relación de concertación contractual entre las partes para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar el cumplimiento de la labor.

El actor no contó con un jefe inmediato sino con un supervisor del contrato y, no recibió salario sino una contraprestación económica con fundamento en el cumplimiento del objeto contractual y pagar la seguridad social no es una exigencia de la entidad sino de la ley cuando se está ejecutando una actividad. Legalmente era imposible reconocer prestaciones sociales a quien no funge como trabajador de planta de la entidad.

La excepción de prescripción está llamada a prosperar, toda vez que al momento de la reclamación administrativa el 22 de diciembre de 2016 ya había transcurrido el fenómeno prescriptivo frente a los contratos de prestación de servicios celebrados con antelación al año 2013.

Problema jurídico: El litigio se contrae en establecer si es procedente: 1.- La nulidad del acto administrativo demandado por violación de norma superior y con ocasión a ello 2.- Si se ha demostrado que el señor Francisco Antonio García Castro en la vinculación que tuvo con el Hospital Engativá II Nivel hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. desde el 26 de enero de 2008 hasta el 30 de junio de 2017, a través de contratos de prestación de servicios, se acreditaron los elementos configurativos de una verdadera relación laboral. 3.- Si en el caso concreto operó la prescripción, y 4.- Si el demandante tiene derecho a título de restablecimiento del derecho al pago de salarios y prestaciones sociales solicitados con la demanda, entre el 26 de enero de 2008 hasta el 30 de junio de 2017, según la reforma de la demanda.

Solución al problema jurídico. Una vez estudiados los cargos, observamos que el Hospital Engativá II Nivel ESE contrató al demandante Francisco Antonio García Castro bajo la modalidad de 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 en condiciones equivalentes al personal de planta al acreditarse los elementos constitutivos del vínculo laboral, esto es: (i) la prestación personal del servicio; (ii) la subordinación o dependencia; (iii) el pago de una remuneración por la labor prestada y, (iv) la vocación de permanencia en el ejercicio de la función desempeñada.

En consecuencia, al estar acreditada la existencia de la relación de carácter laboral y por ende desvirtuado el vínculo contractual (Ley 80 de 1993, artículo 32.3) le asiste el derecho al señor Francisco Antonio García Castro al reconocimiento y pago de las diferencias salariales y las prestaciones no devengadas durante la vigencia de los contratos celebrados entre el 1° de mayo de 2009 y 30 de junio de 2017.

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. Dicho contrato 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 de Prestación de Servicios en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...)

3°. 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 lo ha dicho 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

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

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 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.

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: Vaneth 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 VÉLEZ, 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 **ARTÍCULO 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.

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 empleador⁷.

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}.

⁶Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997. La Corte declaró EXEQUIBLES las expresiones "no puedan realizarse con personal de planta o" y "en ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales".

⁷ El Consejo de Estado, en sentencia del 6 de octubre de 2016, citó la interpretación de la Corte Constitucional sobre este postulado en el cual se afirmó que "no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad [7]. De ello se deriva la existencia de lo que ha sido denominado como contrato realidad, "entendido por la Corte como aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma [7]. Asimismo, concluyó en esta oportunidad el Consejo de Estado que, con base en la postura de la Corte Constitucional sobre la materia, "independientemente de la denominación que se le dé a una relación laboral o de lo consignado formalmente entre los sujetos que la conforman, deben ser analizados ciertos aspectos que permitan determinar si realmente la misma es o no de naturaleza laboral. Para ello, basta con examinar los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo o la relación laboral y, siendo así, el trabajador estará sujeto a la legislación que regula la materia y a todos los derechos y obligaciones que se derivan de ella". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 6 de octubre de 2016, radicado: 76001-23-31-000-2012-00338-01(2685-15).

⁸ Ibidem." b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.// Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios". (Resalta el Despacho).

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 3 de diciembre de 2007. Radicados: 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447. v.et. Sección Segunda, sentencia del 19 de enero de 2006, radicado: 2.579-05 y sentencia del 7 de septiembre de 2006, radicado: 1.420-01, sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado: 4.669-04, y 23 de febrero de 2006, radicado: 3.648-05.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997 "c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el

Postura jurisprudencial actual del Consejo de Estado

La posición actual del Consejo de Estado, partiendo de la diferenciación hecha por la Corte Constitucional en la Sentencia de Constitucionalidad 154 de 1997, sobre el contrato de prestación de servicios frente al contrato realidad sostiene lo siguiente¹²:

- 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, se ha resaltado 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

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 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.

especializados, principios que constituyen el marco constitucional para la celebración de contratos de prestación de servicios por estas entidades¹⁸.

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

- (i) Que no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad
- (ii) Se contratan cuando estas funciones no puedan realizarse con personal de planta de la entidad o,
- (iii) cuando se requieran conocimientos especializados, toda vez que para prestar los servicios inherentes a su responsabilidad, las Empresas Sociales del Estado deben contar con 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 el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales causadas durante el periodo comprendido entre el 1º de mayo de 2009 y 30 de junio de 2017.

a.- Prestación personal del servicio:

El señor Francisco Antonio García Castro estuvo vinculado con la subred integrada de servicios de salud norte ESE como auxiliar de enfermería APH a través de contratos de prestación de servicios, sin que existe solución de continuidad del 1º de mayo de 2009 hasta el 1º de enero al 31 de mayo de

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.

2017, según los contratos allegados en medio magnético que se encuentra en el folio 96 del expediente.

Número	Fecha de ingreso	Fecha de terminacion	Pago mensual
139-2009	1-05-2009	31-12-2009	\$879.800
327-2010	4-01-2010	31-03-2010	\$879.800
PRR1	1-04-2010	30-04-2010	\$879.800
1621-10	3-05-2010	31-07-2010	\$879.800
2830-2010	2-08-2010	31-08-2010	\$879.800
766-10	1-09-2010	30-09-2010	\$879.800
1798-10	1-10-2010	30-10-2010	\$879.800
2726-10	21-12-2010	30-11-2010	\$879.800
481-2011	1-12-2010	31-12-2010	\$879.800
1549-2011	3-01-2011	28-02-2011	\$909.713
2416-2011	1-03-2011	30-03-2011	\$909.713
3233-2011	1-04-2011	30-04-2011	\$909.713
4108-2011	1-05-2011	30-06-11	\$909.713
4973-2011	1-07-2011	31-07-2011	\$909.713
5786-2011	1-08-2011	31-08-2011	\$909.713
6528-2011	1-09-2011	31-10-2011	\$879.237
7474-2011	1-11-2011	31-12-2011	\$1049.970
No. 279-12	1-02-2012	30-04-2012	\$1049.970
No. 1651-12	1-05-2012	30-01-2013	\$1.350.074
No. 275-13	1-02-2013	31-01-2014	\$1088.108
No. 475-14	3-02-2014	31-12-2014	\$1106.721
0050-2015	2-01-2015	31-12-2015	\$1400.987
164-2016	1-01-2016	31-07-2016	\$1350.074
1079-2016	1-08-2016	30-09-2016	\$1413.600
2561-2016	1-10-2016	31-12-2016	\$779.000
No. 6470-2017	1-01-2017	30-06-2017	\$1575.00

Actividades contratadas según certificación del director de contratación, visible en el CD folio 96 del expediente.

- 1.- Recibo y entrega de turno con el diligenciamiento de los libros correspondientes. Realización de los registros de enfermería cumpliendo con la resolución 1995/99. Realizar notas de enfermería correspondientes a los pacientes tratados.
- 2.- Cumplir con las actividades asignadas.
- 3.- Realizar la atención del paciente teniendo en cuenta la privacidad.
- 4.- arreglo de pacientes canalización, curaciones, glucometría y toma de laboratorios correspondientes. Toma de signos vitales , venopunción, realización de procedimientos a los pacientes ordenados por el médico.
- 5.- Según necesidades de la subred integrada de servicios de salud norte ESE realizar actividades en la USS que así lo requiera.
- 6.- Realización de inventario según los protocolos de la institución- entrega de historias a facturación-aseo y desinfección de ambulancias, en caso de encontrarse en ambulancia en el taller apoyar en USS que lo requiera la Subred integrada de servicios de salud norte ESE
- 7.- Velar por el mantenimiento y cuidado de los equipos
- 8.- Cumplir normas de bioseguridad
- 9.- Cumplir con los instructivos de enfermería en la realización de la atención al usuario
- 10.- Procesos, procedimientos, guías, instructivos, formatos, protocolos que se requieran para el cumplimiento de las actividades de enfermería y de atención pre hospitalaria.
- 11.- Demas actividades que se requieran para el cabal cumplimiento del objeto contractual

Según el acuerdo 007 del 29 de julio de 2008 por el cual se modifica el manual de funciones y competencias laborales para los empleos de planta de personal del Hospital de Engativa, el cargo de auxiliar de la salud código 12 de nivel asistencial para personas que tienen diploma de auxiliar de enfermería y 1 año de experiencia relacionada son las siguientes:

El cargo tiene como propósito principal de ejecutar el cuidado de enfermería a través del conocimiento técnico del individuo, al familia y comunidad. Debe coordinar con el responsable del grupo funcional de salud pública o con la enfermera la definición de su plan de acción. Distribuir las historias clínicas en cada consultorio, administrar medicamentos de acuerdo con la prescripción médica y la asignación de la enfermera jefe. Entrevistar y preparar al paciente de acuerdo a la consulta e impartiendo la educación requerida. Educar al individuo, familia y comunidad en los aspectos de prevención, promoción, tratamiento de los principales problemas de salud que afectan a la población del área de

influencia. Esterilizar, preparar y responder por el material, equipos y elementos del cargo. Realizar el registro diario y consolidado de las actividades realizadas. Realizar las acciones de salud pública de su responsabilidad en la promoción de la salud, prevención de la enfermedad, tratamiento, rehabilitación y vigilancia en salud pública detectados intra y extra mural proporcionando información oportuna y veraz sobre los eventos de salud pública. Realizar actividades de vacunación de acuerdo con las normas vigentes del PAI, entre otros.

Según el acuerdo 10 del 5 de abril de 2017, el cargo de auxiliar del área salud, para personas que acrediten un certificado de aptitud ocupacional en auxiliar de enfermería, tiene el propósito de apoyar las actividades de enfermería a cargo de la dependencia de acuerdo a los programas y planes de acción de la ESE, preparar, orientar y asistir al usuario sobre las condiciones, derechos, deberes, requisitos para la prestación del servicio a cargo de la dependencia de manera integral y oportuna, diligenciar de manera clara completa y oportuna, los documentos que se requieran en el desarrollo de sus actividades de conformidad con los procedimientos y normas establecidas, preparar y esterilizar los materiales e instrumentos requeridos en la prestación del servicio de la dependencia de acuerdo con los protocolos, guías y normatividad vigente, operar los equipos y materiales de la dependencia a la que se encuentre asignado de acuerdo con su ámbito de competencia según los procedimientos, protocolos y guías establecidos, entre otros.

Conforme con lo anterior para cumplir el objeto contractual el señor Francisco Antonio García Castro debía prestar un servicio personal en el cuidado de los pacientes de acuerdo con los programas y planes de acción determinados por el Hospital, el registro en las historias clínicas, elaboración de informes, entrega y recibo de turnos, entre otros.

Dicho servicio personal se encuentra corroborado por los testimonios recibidos en la presente actuación, quienes de manera uniforme indicaron que el demandante era quien debía cumplir con las funciones a él asignadas, conforme con los planes de acción determinados por el hospital y en caso de incapacidades o permisos que le impidieran prestar el servicio contratado, el hospital debía inmediatamente cubrir su ausencia con otros auxiliares de enfermería contratados o de planta y días eran descontados de su remuneración mensual.

b.- Remuneración del servicio prestado:

Referente a este requisito de acuerdo con la certificación expedida por el Director de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Servicios de Salud Norte E.S.E contenida en el CD a folio 96 del expediente, se constata los pagos efectuados al demandante.

Según certificación de la gestión de talento humano, el empleo de auxiliar del área de salud código 412 grado 17 de carrera administrativa, entre el 28 de enero de 2008 y el 30 de junio de 2017, se reconoce además de la asignación básica, prima de antigüedad, prima de vacaciones, indemnización por vacaciones, bonificación por recreación, prima semestral de julio y diciembre, cesantías por cada año de servicio e intereses a las cesantías de la siguiente forma:

Asignación básica: \$161'927.526
 Prima de antigüedad: \$3'084.528
 Prima de Vacaciones: \$6'979.465
 Indemnización por vacaciones: \$9'771.250
 Bonificación por recreación: \$885.354
 Prima semestral: \$18'843.088
 Bonificación por servicios prestados: \$4'728.435
 Prima de navidad: \$16'128.287
 Total: 222'347.911
 Cesantías: 17'425.887
 Intereses a las cesantías: 2'021.471

Tanto el demandante como los demás testigos convocados coincidieron en afirmar que para los pagos les hacían abrir una cuenta de nómina generalmente con Bancolombia, allí les consignaban mensualmente generalmente del 1º al 10.

c.- Subordinación y dependencia:

Los testimonios recibidos dan cuenta del cumplimiento de turnos y del servicio prestado conforme a las órdenes dadas por el hospital en la atención de cada usuario, la supervisión de su trabajo a través de los jefes inmediatos, las condiciones del empleo, los registros por cada servicio prestado, el registro y entrega de medicamentos, los protocolos de atención cuando no estaban asignados a la ambulancia, la entrega de los reportes con los cambios de turnos y, el procedimiento que deberían realizar ante su ausencia por una incapacidad médica

Aparte de Testimonios recibidos el 24 de septiembre de 2018

El señor Oscar Jesid Rojas Núñez (desde el minuto 00:03:30 al 00:29:04), auxiliar de enfermería compañero del demandante como auxiliar de enfermería. Tiene demanda contra la Subred Norte para efectos de que se le cancelen sus prestaciones sociales. Trabajo en el hospital de Engativá con el demandante por 7 u 8 años seguidos hasta que les cancelaron el contrato PREGUNTA DESPACHO: cuál era el horario de trabajo. RESPUESTA: Allí se manejaban los horarios de 7pm a 7 am día por medio o de 7am a 7pm eran 12 horas por 36 (...) cada auxiliar tenía que estar en ambulancia PREGUNTA DESPACHO: siempre prestaban sus servicios en la ambulancia o también prestaban sus servicios en el Hospital. RESPUESTA: pues cuando la ambulancia se varaba, me ponían en otra ambulancia pero a veces le decían que tenía que quedarse cubriendo en urgencias o llenando papelería. PREGUNTA DESPACHO: Cual era tu horario de trabajo de 7 de la noche a 7 de la mañana. RESPUESTA: era de 7 de la noche a 7 de la mañana noche por medio PREGUNTA DESPACHO ese horario era similar al del demandante. RESPUESTA: Si correcto si señora. PREGUNTA DESPACHO: Ese horario lo fijaron ustedes o lo fijo el hospital. RESPUESTA: No señora el Hospital siempre nos daba una programación, nosotros allá nos mandaba un médico que se llamaba el Doctor Melo o la Jefe Magnolia o la Doctora Shirley Cuevas, que ellos eran los que se encargaban de hacernos nuestra programación entonces siempre teníamos el mismo turno en el mismo carro siempre era como una rutina, entonces ellos a comienzo de mes ponían el nombre del carro los tres conductores que eran de planta, y los cuatro auxiliares que eran dos de planta en el día y nosotros que éramos de contrato en la noche, pero siempre nos lo daba era el hospital. PREGUNTA DESPACHO: cuál era el trabajo desempeñado como auxiliar de enfermería. RESPUESTA: nosotros prestamos el soporte a los pacientes, estabilizamos, informamos novedades y cuando ya el paciente está estabilizado se traslada del punto donde está hacia el punto direccionado, normalmente nosotros hacíamos los servicios, por lo menos, saquemos niños de pediatría del hospital Engativá y llevémoslos a Suba, miramos los protocolos que están estandarizados a nivel nacional por todos los hospitales, entonces si el niño tiene oxígeno hay que trasladarlo con oxígeno, si el niño tiene líquidos hay que trasladarlo con líquidos, según todos los protocolos, nosotros trasladamos estabilizamos, dentro del carro ponemos oxígeno, si había que saturar saturábamos el paciente, los carros tenían un monitor entonces nosotros los monitorizábamos mirábamos que todos los multiparametros que estuvieran bien esa era la función, PREGUNTA DESPACHO: en el carro había un médico. RESPUESTA: no señora, nosotros éramos servicio básico; hay dos tipos de servicio el transporte asistencial medicalizado y el transporte asistencial básico, en el básico está el conductor y el auxiliar de enfermería, en las medicalizadas está el conductor, un auxiliar de enfermería y un médico, pero el hospital de Engativá solo tenía ambulancias básicas. PREGUNTA DESPACHO: en el contrato que ustedes firmaban con la entidad tenían interventor, una persona que estaba revisando constantemente el trabajo que realizaban. RESPUESTA: El hospital nos daba los contratos para firma, nosotros entregábamos la hoja de vida y, en la parte administrativa firmábamos los contratos, nos decían que hay que hacer y hay que traer. PD: dentro de la planta de personal usted se dio cuenta que existieran auxiliares de enfermería de planta. RESPUESTA: si claro por supuesto. PREGUNTA DESPACHO: con funciones similares a las de ustedes es decir en la atención básica en ambulancias. RESPUESTA: si señora, como le comentaba anteriormente en las ambulancias siempre hay dos, en el día siempre ponen a los de planta y en la noche nos dejaban a los de contrato, hay que hacer exactamente las mismas funciones, trasladar los mismos pacientes, hacer el mismo inventario, pedir los insumos que hagan falta al hospital, entonces la gente de planta, por los recargos y ese tipo de cosas nos los ponen a trabajar, también cuando hacía falta, muy rara vez los ponían de noche, pero hacíamos exactamente el mismo trabajo. En mi ambulancia por lo menos estaba una señora que ya salió pensionada que se llama Elizabeth Hernández ella era de planta. PREGUNTA DESPACHO: usted evidenció un concurso de méritos para proveer cargos. RESPUESTA: pues la verdad que no me acuerde escuché de que hubo concurso. PREGUNTA DESPACHO: Hacían informes mensuales con ocasión al servicio. RESPUESTA: nosotros todos los pacientes que hacíamos los registrábamos en un libro y hacíamos el registro de los pacientes, mensual se hacía un consolidado de todos los pacientes para saber cuántos pacientes se atendían en el mes (...) PREGUNTA APODERADO PARTE ACTORA. Como era la forma de los pagos que hacía la entidad. RESPUESTA: por una cuenta de nomina de manera mensual. PREGUNTA APODERADO PARTE ACTORA. Los jefes impartían órdenes al accionante en el ejercicio de sus competencias. RESPUESTA: Si los jefes inmediatos nos daban órdenes según la necesidad. PREGUNTA: indíqueme al despacho si el accionante tenía autonomía o independencia en la toma de decisiones dentro del ejercicio médico o si por el contrario tendría que solicitar autorización o cuestionar o preguntar a un superior antes de realizar algún procedimiento. RESPUESTA: pues todos los procedimientos que se hacen tienen que ser debidamente autorizados, nosotros somos auxiliares de enfermería y siempre dependemos de alguien que nos diga que debemos hacer. PREGUNTA EL DESPACHO: una aclaración usted me decía que en la ambulancia donde trabajaba iba solo con el chofer entonces esas órdenes que me está diciendo quienes les estaban diciendo esas órdenes a través de un teléfono o de un monitor. RESPUESTA: si señora el hospital de Engativá bueno la ambulancia donde yo estaba, nosotros

manejábamos dos medios de comunicarnos, un radio en el cual todo hospital del estado tiene un sitio que se llama radio entonces ellos por medio de ese radio, 5090 dirijase a tal lado era la forma en que nos comunicábamos, cuando por x o y motivo no nos funcionaba o no había señal nosotros manejábamos un celular entonces ellos o por teléfonos no daban la comunicación o por teléfono nos daban la orientación. PREGUNTA DESPACHO: cuando dice ellos nos dan ordenes. RESPUESTA: yo siempre dependía del hospital entonces los radio operadores nos dicen que hacer, si hay un paciente, porque es que hay dos tipos de servicios, los de atención pre hospitalaria los de APH o sea los de la calle, y los servicios intra hospitalarios, en el caso de pachito el a veces trabajaba con sus pacientes en la calle pero siempre los médicos nos daban las ordenes. Nosotros siempre cualquier duda que tengamos tenemos que preguntar porque lo que yo te digo yo no puedo hacer un servicio o un procedimiento sin saber si puedo hacerle bien o realmente le puedo hacer mal, hay pacientes que por lo menos se están saturados, es un paciente de 80 años con EPOC ejemplo yo a para ese paciente debo preguntar indicaciones de que le pongo que le administro, pásele tal liquido tal solución no le pase nada, pero todo por radio con los médicos, en el caso mío con los médicos que me entregaban o con los de radio que eran los que nos decía mire lleve el paciente a rayos X...pero todo es debido primero con los protocolos estandarizados y segundo con las indicaciones médicas...". PREGUNTA APODERADO. El demandante reemplazo a personal de planta. RESPUESTA si por los compensatorios vacaciones, luego eramos los de contrato los que cubrian el servicio de los emleados de planta. PREGUNTA APODERADO. Como era el procedimiento para solicitar permiso. RESPUESTA. Todo turno era necesario autorizacion y el hospital se encarga de cubrir los turnos. PREGUNTA APODERADO DEMANDANTE. Quien suministraba las herramientas para desempeñar su trabajo. RESPUESTA. el hospital nos brindaba las herramientas para poder trabajar

El testimonio del señor José Salomón González Ramírez (desde el minuto 00:33:07 al 00:50:18), tecnico auxiliar de enfermeria. Ha demandado a la entidad demandada por haber trabajado desde el año 2008 y el demandante es testigo de su demanda PREGUNTA EL DESPACHO desde hace cuanto conoció al demandante CONTESTO desde el año 2008 más o menos, PREGUNTA DESPACHO: Cual era el cargo que el desempeñaba? CONTESTA: auxiliar de enfermeria, en ambulancia. PREGUNTA DESPACHO: Cual era el horario de Francisco Antonio. CONTESTA: Nosotros... El cumplía un horario de 12 horas de siete de la mañana a siete de la noche, o seis de la mañana a seis de la tarde. PREGUNTA DESPACHO: Cuál era su horario. CONTESTA: Mi horario era el mismo horario. De seis de la mañana a seis de la tarde, doce horas. PREGUNTA DESPACHO: En todo el tiempo fue en las noches y en la mañana. CONTESTA: Nosotros... O sea, Yo tengo un horario rotativo, hago día noche, descanso. PREGUNTA DESPACHO: Ya... y el Señor Francisco. CONTESTA: El tenia horarios de noche y a veces hacia en el día, según lo requirieran o algo, un turno o lo que fuera. PREGUNTA DESPACHO: En donde... En qué lugar trabajaba él. CONTESTA: Él trabajaba en ambulancia, auxiliar de ambulancia. PREGUNTA: Usted en qué sitio trabajaba. CONTESTA: Yo trabajo con ambulancias de APH o sea con la línea 123. PREGUNTA DESPACHO En qué periodo Ud., trabajo con el demandante, Ud., como conductor y el cómo auxiliar. CONTESTA: Nosotros tuvimos un lapso muy corto de estar trabajando juntos, eran como lapsos cortos, cuando de pronto me mandaban a hacer traslados secundarios o me mandaban en ambulancias secundarias me tocaba ese mes con El o turno con El, y trabajaba yo con El PREGUNTA DESPACHO: Quienes eran sus Jefes cuando Uds., estaban prestando ese servicio. CONTESTA: Luis Enrique Melo, el Doctor Melo, la Jefe Magnolia Rojas, (no recuerdo si es Rojas), y... había una Ingeniera que era la encargada de nosotros. PREGUNTA: Usted sabe si la Entidad amplio su planta de personal desde hace, siete años, hubo algún momento en que la Entidad hubiera ampliado la planta de personal... RESPUESTA la entidad ha realizado dos concursos para proveer auxiliares y enfermeros.

PREGUNTA APODERADO PARTE DEMANDANTE indique al despacho sobre la forma en que la entidad hacia los pagos al demandante. respuesta: la entidad pagaba a través de DAVIVIENDA por nómina pregunta: si los pagos eran periódicos? Cada cuanto. RESPUESTA el pago era mensual. PREGUNTA explique al despacho si al accionante le era aplicado el reglamento de trabajo que debían cumplir los trabajadores de la entidad RESPUESTA Francisco cumplía el mismo reglamento de trabajo de los trabajadores de planta. PREGUNTA indique al accionante si usted tiene conocimiento a que los jefes del demandante le impartieran ordenes. RESPUESTA si recibiamos ordenes de trabajo según el turno PREGUNTA: ¿que tipo de ordenes se impartian al accionante? Respuesta. Traslado a otra móvil o para reemplazar a personal. PREGUNTA Conoce que al interior de la entidad exista el cago de auxiliar de enfermeria como de planta RESPUESTA hay cargos de planta PREGUNTA indique al despacho si el demandante podia cubrir al personal de planta. RESPUESTA si lo hizo por un informe de la jefe PREGUNTA quien suministraba las herramientas para el desempeño del cargo. RESPUESTA las herramientas eran suministradas por el hospital PREGUNTA qué herramientas suministraba el hospital al demandante. RESPUESTA. La ambulancia, los insumos. PREGUNTA. - que sucedía si el demandante incumplía el horario de trabajo RESPUESTA. El jefe lo llamaba, tenia que dar explicaciones. PRGUNTA quien desempeñaba el horario de trabajo al interior de la entidad RESPUESTA. El asistente del DR. Melo PREGUNTA. La accionante tenia autonomia e independecia en la toma de decisiones sobre procedimientos médicos o si debe consultar por algún superior. RESPUESTA el comentaba el caso con su jefe para que el autorizara el respectivo procedimiento

El señor Luis Miguel Moreno Montaña (del minuto 00:52:40 al 01:09:07), Auxiliar de Enfermeria PREGUNTA DESPACHO: tiempo de servicio RESPUESTA 5 años y medio. PREGUNTA que modalidad laboral tiene con la entidad demandada RESPUETA contrato de prestacion de serviciosPREGUNTA por cuanto tiempo RESPUESTA por 2 o 3 meses PREGUNTA en que dependencia labora. RESPUESTA: en ambulancia somos de APH. PREGUNTA DESPACHO: en que horarios. RESPUESTA: 12 horas somos de 12 por 36. PREGUNTA: cuál es el horario de Francisco. RESPUESTA: en esa época el ya no está trabajando en la subred, teniamos el mismo horario en la noche 12 por 36. PREGUNTA: quien era tu jefe. RESPUESTA: mi último jefe que teniamos con él era el Doctor Jorge Melo también estuvo la Doctora Shirley y la Jefe Magnolia Rojas. PREGUNTA: como eran las ordenes que recibia de ellos. RESPUESTA: el horario, el uniforme, nos daban la dotación para estar bien presentados la

identificación, los implementos de trabajo siempre nos los daban y cumplir con llenado de historias clínicas manejo de pacientes. PREGUNTA: como ellos revisaban tu trabajo y controlaban tu trabajo a través de qué. RESPUESTA: a través de libros como de actas que uno entregaba el turno a qué hora como recibía eso era el libro, ellos nos pedían libros de novedad de la ambulancia número tal. PREGUNTA: pero ellos como te daban las ordenes, como eran las ordenes que ordenes te daban. RESPUESTA: por eso teníamos que cumplir con el horario, llenado de historias, las desinfecciones de las ambulancias. PREGUNTA: usted ha participado en los concursos propuestos por la ENTIDAD para el cargo de auxiliar de enfermería. RESPUESTA: sí señora. PREGUNTA: cuando. RESPUESTA: hace cuatro años participé en un concurso pero dijeron que no pasaba porque era muy nuevo. PREGUNTA: cuantos cargos pasaron a concurso. RESPUESTA: no estoy seguro creo que 8. PREGUNTA: solamente ha existido un concurso. RESPUESTA: no hace un mes hicieron otro, con 18 cargos vacantes. PREGUNTA: sabe si la entidad ha ampliado la planta de personal en el cargo de auxiliar de enfermería. RESPUESTA: desde hace 4 años hasta hace un mes que abrieron el concurso que abrieron vacantes (...) PREGUNTA: usted tiene vinculación a través de contratos de prestación de servicios con la entidad. RESPUESTA: sí señora. PREGUNTA: usted tiene copia de esos contratos. RESPUESTA: no hay que solicitarlos pero siempre ponen, tal como a mí, yo pedí una carta laboral pidiendo los contratos en enero, me dijeron que a los 15 días hábiles estaban listos, fui a los 15 días y que no que se demoran que era un trámite administrativo, que tenía que volver a pedirlos, siempre ponen una traba. PREGUNTA: indíqueme al despacho quien suministraba al accionante las herramientas de trabajo para desempeñar sus tareas. RESPUESTA: a nosotros siempre el hospital nos daba las herramientas necesarias para realizar el trabajo... la ambulancia, garbolina, equipos biomédicos, monitor, todos los elementos necesarios para atender la emergencia. PREGUNTA: tiene usted conocimiento de que el cargo de auxiliar de enfermería exista en la planta de personal del hospital. RESPUESTA: sí señor. PREGUNTA: sabe usted si los auxiliares de planta desempeñan las mismas tareas que el accionante como prestador de servicios. RESPUESTA: afirmativo, nosotros tenemos varios compañeros en el mismo cargo que tienen el mismo horario en las ambulancias. PREGUNTA: los auxiliares de enfermería no tienen grados. RESPUESTA: no señora todos los auxiliares son simplemente auxiliar de enfermería...".

De esta forma se encuentra demostrado que el hospital era quien imponía la programación de la prestación del servicio a través de los doctores Jorge Melo la Doctora Shirley y la Jefe Magnolia Rojas quienes eran los jefes inmediatos del demandante; la asignación de turnos según la necesidad del servicio, por lo general en turnos nocturnos; el recibimiento de instrucciones por parte del jefe de servicio o el médico a cargo a través de radio o celular; el cumplimiento de los diferentes protocolos de atención a los pacientes, manejo de los suministros y el registro permanente de los pacientes, evidencian una verdadera subordinación en la prestación del servicio que por la naturaleza misma del cargo es de carácter permanente y, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los empleados de planta

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, teniendo en cuenta objeto primordial del Hospital, la prestación de servicios del demandante se encuentra directamente ligada a él, esto es, el cuidado de los pacientes en las ambulancias y, el apoyo y soporte en ejecución de actividades asistenciales en el área de enfermería. Basta revisar los contratos suscritos para evidenciar que allí se contempla que el Hospital tiene como objeto primordial la prestación de servicios de salud, un servicio público del Estado donde el hospital es parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud, luego la labor ejecutada por el demandante como auxiliar de enfermería, encargado del cuidado de los pacientes, demuestra que es inherente al servicio prestado y de su objetivo misional.

En cuanto al literal b), el demandante prestó sus servicios como auxiliar de enfermería, lográndose comprobar con los testimonios que las funciones del personal de planta son las mismas ejecutadas por los contratistas, funciones similares señaladas en el manual de funciones para los auxiliares de enfermería del Acuerdo No.007 del 29 de julio de 2008²², modificado con el Acuerdo No.010 de 2015²³ del 5 de abril de 2017²⁴.

²² Por medio del cual se modifica manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos de la planta de personal del Hospital Engativá II Nivel ESE.

²³ Por medio del cual se modifica manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos de la planta de personal del Hospital Engativá ESE.

²⁴ Por el cual se establece el manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte ESE.

En lo que se refiere a la transitoriedad, se encuentra demostrado que el demandante prestó sus servicios a través de la suscripción de sucesivos contratos de prestación de servicios desde 1° de mayo de 2009 hasta el 30 de junio de 2017, esto es, mas 8 años de servicios ininterrumpidos, esto es, con el ánimo de emplear de manera continua su oficios, no equiparable con la temporalidad que caracteriza jurídicamente a los contratos de prestación de servicios.

Observamos que el Hospital Engativá II Nivel ESE contrató al demandante Francisco Antonio García Castro encubriendo una relación laboral, la cual es interrumpida por la presentación de la demanda contra el ente hospitalario, quien no ha ampliado su planta de personal a pesar de la necesidad del servicio, en este caso, en el personal de salud lo que genera la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades del artículo 53 de la Constitución Política, al desarrollar el demandante la labor de auxiliar de enfermería en condiciones equivalentes al personal de planta; 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 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 el demandante- y de esta manera evitar el pago de prestaciones sociales y de aportes parafiscales, entre otros, pues con dicha conducta, como lo ha reiterado, la Corte Constitucional, no sólo se vulneran los derechos de los trabajadores sino que además dicha nómina paralela desvirtúa la razón de ser del artículo 32, numeral 3° de la Ley 80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal. En consecuencia, a los contratistas de prestación de servicios que logren demostrar que en realidad en su vinculación con una entidad, se configuraron los tres elementos propios de la relación laboral, se les debe reconocer y pagar los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad en la cual prestaron los servicios bajo la apariencia de un contrato administrativo.

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

Prescripción en materia de contrato realidad²⁵

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»²⁶.

En torno a este tema la Sección Segunda en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016²⁷ 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».

²⁵ 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

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, actor: Javier Enrique Muñoz Fruto. Número interno: 3404-2013.

²⁷ 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.

Caso concreto. Revisadas las pruebas documentales aplicando la sentencia unificada del Consejo de Estado se tiene que no hubo interrupción en los contratos de arrendamiento y de prestación de servicios, no configurándose el fenómeno de la prescripción en razón a la reclamación del 7 de diciembre de 2016, esto es, estando aún bajo el vínculo contractual, que feneció según la documental aportada el 30 de junio de 2017.

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

Indemnización derivada de la existencia de la relación laboral

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

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. [...]»²⁸ (Negritas del texto original).

²⁸ 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

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."²⁹

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

1.- El equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados públicos del Hospital Engativá II Nivel ESE en el cargo de auxiliar de enfermería en el periodo de 1° de mayo de 2009 al 30 de junio de 2017 tomando como base de liquidación la asignación básica del personal de planta conforme con las certificaciones aportadas por la entidad.

2.- El valor en el porcentaje que por Ley debió cancelar al Hospital Engativá II Nivel ESE como empleador, por aportes a salud al Sistema General de Seguridad Social entre el 1° de mayo de 2009 al 30 de junio de 2017, tomando como base de liquidación la asignación de los auxiliares de enfermería y los factores señalados por el decreto 1158 de 1994, 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 demás pretensiones se negarán con fundamento en lo siguiente:

1.- En cuanto a la indemnización, como solicitó el actor en su escrito de demanda, se dirá que los efectos patrimoniales de la declaratoria de un contrato realidad se contraen al pago de las prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho y, adicional a ello, debe decirse, que la relación -que por virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, es de índole laboral-, con la entidad demandada terminó, por voluntad de las partes al finiquitar el término contractual

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del veintiseis (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

2.- 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 de la demandante porque la obligación del pago de las cesantías se constituye a partir de esta sentencia razón por la que no se den los presupuestos legales 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 presumen³⁰. Al respecto, se ha indicado que para que proceda el reconocimiento de la indemnización por concepto de perjuicios morales, es necesario convencer plenamente al juez de la existencia de un padecimiento causado con ocasión de la expedición del acto que se demanda, de tal manera que este, dentro de su discrecionalidad judicial, determine la magnitud del dolor padecido y con fundamento en él, la indemnización a reconocer.

Empero, en el sub examine no existe prueba que acredite la afectación moral del señor Francisco Antonio García Castro, luego no es procedente su reconocimiento.

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

RESUELVE:

PRIMERO. - Declarar la nulidad del Oficio No.20161100004101 de fecha 22 de diciembre de 2016, suscrito por la Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. - Declárese la existencia de la relación laboral entre el Hospital Engativá II nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. y el señor FRANCISCO ANTONIO GARCÍA CASTRO durante el período comprendido entre el 1º de mayo de 2009 al 30 de junio de 2017.

TERCERO.- Condénese al hospital Engativá II nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.a pagar a título de indemnización a favor del señor FRANCISCO ANTONIO GARCÍA CASTRO, el equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados públicos del hospital Engativá II nivel ESE en el cargo de auxiliar de enfermería por el tiempo laborado, tomando

³⁰ 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.

como base la asignación básica de los auxiliares de enfermería de planta y, el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales, para lo cual la entidad hará las correspondientes cotizaciones y de las sumas a pagar la entidad deberá realizar los correspondientes descuentos de ley que correspondan al demandante.

CUARTO. - Condénese al hospital de Engativá II nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E a pagar a título de indemnización, el valor en el porcentaje que por ley debió cancelar como empleador por, aportes a salud al Sistema General de Seguridad Social por el tiempo efectivamente laborado, tomando como base de liquidación la asignación de los auxiliares de enfermería de planta y los factores del decreto 1154 de 1994.

QUINTO. - Condénese al hospital Engativá II nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E a pagar el valor de los aportes que como empleador debió cancelar por riesgos profesionales al Sistema de Riesgos Profesionales, por el tiempo efectivamente laborado por el demandante, con ocasión a los contratos de arrendamiento y las órdenes de prestación de servicios, tomando como base de el salario devengados por los auxiliares de enfermería de planta. Para el efecto el demandante deberá acreditar que pagó tales aportes

SEXTO. - Ordénese a la demandada cotizar en el respectivo fondo de pensiones el porcentaje que le correspondía como empleador, entre el 1º de mayo de 2009 al 30 de junio de 2017

Para el efecto tomará el ingreso base de cotización pensional de los auxiliares de enfermería de planta y si existe diferencia entre los aportes realizados por el contratista y los que se debieron efectuar, cotizará la suma faltante pero solo en el porcentaje que le compete, por lo tanto, el accionante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado fondo durante sus vínculos contractuales, y en el evento en que no los hubiere hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según, sea el caso, el monto que le incumbía como trabajadora.

SÉPTIMO. - Denegar las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto.

OCTAVO. - Se ordena el cumplimiento de la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 195 del CPACA.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez