

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2017-00287-00

Demandante: Yolanda Forero Beltrán .¹

Demandado: Subred Integrada de Servicios de Servicios de Salud Sur E.S.E .²

Tema: Contrato Realidad

Bogotá D.C, 23 de marzo de 2021.

Sentencia No 19

Procede el Despacho, agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación no evidenciando alguna causal de nulidad procede a dictar de forma escrita SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia, con base en las siguientes:

CONSIDERACIONES

Pretensiones:

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la comunicación OJU-E-824-2017 del 3 de mayo de 2017, suscrito por la Jefe Oficina Jurídica Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.; por medio de la cual se negó el pago de acreencias laborales derivadas de la existencia de un contrato de trabajo realidad desde el día 3 de febrero de 2000 hasta febrero de 2018 en el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERIA AREA DE ESTERILIZACION.

2. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad precedente singularizada 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 a la demandante, a título de restablecimiento del derecho, para el periodo comprendido entre el 3 de Febrero de 2000 hasta la actualidad, por los siguientes emolumentos: Diferencias salariales existentes entre los servicios remunerados por prestación de servicios y los salarios legales y convencionales pagados en el Hospital Meissen II Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. a los auxiliares de enfermería AREA DE ESTERILIZACION desde febrero de 2000 hasta el febrero de 2018; pago del auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, primas de navidad, primas de servicios, primas de vacaciones, compensación en dinero de las vacaciones, pago por aportes a salud pensión-riesgos profesionales- caja de compensación, indemnización ley 244 de 1995 y del art. 99 ley 50 de 1990, y 100 SMLMV por perjuicios morales, devolución por concepto de retención en la fuente.

3. Se declare que el tiempo laborado por la demandante bajo contratos de arrendamiento de servicios y de prestación de servicios con el Hospital Meissen II Nivel ESE, se deben computar para efectos pensionales ordenando emitir la certificación laboral para tal efecto.

4. Compulsa de copia de la sentencia al Ministerio de Trabajo para que imponga multa a la demandada por haber contratado a la demandante a través de sucesivos contratos de prestación de servicios en forma ininterrumpida y habitual.

5. El cumplimiento del fallo que este Despacho en términos establecidos en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el pago de costas a cargo de la demanda.

¹ [lawiherrera09@gmail.com](mailto:jawiherrera09@gmail.com)

² abogada.tyc@gmail.com

recepcióngarzonbautista@gmail.com

elvg32@hotmail.com

angie_lara_plata@hotmail.es

notificacionesjudiciales@subredsur.gov.co

Tesis del demandante. Entre la señora YOLANDA FORERO BELTRAN y, el Hospital Meissen II Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E se presentó un verdadero contrato laboral con los supuestos contemplados por el artículo 23 del código sustantivo del trabajo, esto es, subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, sin importar el nombre que se le haya dado al contrato al momento de su firma.

Destaca que la entidad demandada realizó todas las acciones indebidas para no contratar en la forma correcta a la demandante y no cancelarle las prestaciones sociales pretendiendo esconder una relación laboral durante todo el tiempo que trabajó como auxiliar de enfermería dentro de las instalaciones de la empresa demandada sin ninguna justificación.

Tesis del demandado. Señala que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar teniendo en cuenta que los contratos de prestación de servicios tienen unos objetivos claros para su desarrollo y ejecución y están amparados en la insuficiencia del personal de planta para cumplir con la gestión encomendada fundado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Los contratos de arrendamiento de servicios personales y de prestación de servicios suscritos entre la demandante y la demandada no se desprende una relación laboral, ni dependencia para el desarrollo de la actividad contratada, por lo tanto no está demostrado que la demandante recibiera órdenes por parte del Hospital o de los Jefes de área, por el contrario era su deber cumplir con sus actividades con el objeto de prestar sus servicios profesionales, suscritos de forma libre, consciente y voluntaria.

La naturaleza de la prestación con total autonomía e independencia sin que mediara entre las partes relación laboral, sin pago de prestaciones sociales o de costos distintos al valor acordado. La demandante no cumplía con sus actividades en las mismas condiciones que los funcionarios de planta, no obstante los horarios y la realización de trabajos en las instalaciones de la entidad, no significando una dependencia y subordinación, considerando el tipo de servicio que presta la entidad demandada que es de salud, el cual debe garantizarse en forma continua y permanente para lo cual el Hospital, siempre ha procurado la continua prestación del servicio con el fin de satisfacer la necesidad de la población.

Problema jurídico: 1.- La señora Yolanda Forero Beltrán demostró que en la vinculación que tuvo con el Hospital Meissen II Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. desde el 3 de Febrero de 2000 hasta febrero de 2018 como AUXILIAR DE ENFERMERIA EN EL AREA DE ESTERILIZACION, a través de contratos de arrendamiento y prestación de servicios, acreditó los elementos configurativos de una verdadera relación laboral. 2.- En el caso concreto operó la prescripción. 3.- La demandante tiene derecho a una indemnización equivalente al pago de prestaciones sociales que devengaban los empleados públicos en cargos similares o equivalentes del Hospital Meissen II Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., y 4.- es procedente la devolución de los dineros correspondientes a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en salud, pensiones y riesgos laborales, que cotizó la demandante en su totalidad, así como los descuentos de retención en la fuente durante todo el tiempo laborado.

Solución al problema jurídico. Una vez estudiados los cargos, observamos que el Hospital Meissen ESE., contrató a la demandante Yolanda Forero Beltrán 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 por 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, alrededor de 18 años.

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 Yolanda Forero Beltrán, al reconocimiento y pago de las prestaciones no devengadas durante la vigencia de los contratos celebrados entre el 3 de febrero de 2000 hasta el 28 de febrero de 2018 con base en lo pactado como honorarios en sus contratos de prestación de servicios

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 dicho³.

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.”⁴

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 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.”⁵

³ 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.

⁴ 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

⁵ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00627-01(4696-15), Actor: Janeth Smith Fernández Caballero Demandado: E.S.E. Hospital San Juan De Dios De Girón

El principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales⁶.

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 53⁷ 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 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 3°. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁸, 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

⁶ 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.

⁷ **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.

⁸Corte 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".

son: la prestación personal de los servicios, la remuneración como contraprestación del mismo y la subordinación del trabajador al empleador⁹.

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 servicios¹⁰, posición jurisprudencial que fue secundada por varios pronunciamientos del Consejo de Estado¹¹.

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^{12/13}.

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 siguiente¹⁴:

- i. En primer lugar, se superó la tesis que prohibaba 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 laboral¹⁵.
- 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

⁹ 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 [9]. 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 [9]. 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).

¹⁰ 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).

¹¹ 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.

¹² 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).

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-739 de 2002.

¹⁴ 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).

¹⁵ 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.

se produjera la sentencia que declaraba la existencia de la relación laboral (carácter constitutivo)¹⁶. 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 años¹⁷.

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 público¹⁸.

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 continuada¹⁹.

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 entidades²⁰.

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.^{21/22}

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

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Expediente No. 3074-2005.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 17 de agosto de 2011. Expediente No. 1079-09.

²⁰ . Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-171 de 2012.

²¹ *Ibidem*.

²² 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).

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”²³.

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 procede a verificar si se encuentran configurados los tres elementos de la relación laboral, y si hay lugar al reconocimiento y pago de las acreencias laborales a favor del demandante causadas durante el periodo comprendido entre el 3 de febrero de 2000 hasta el 28 febrero de 2018 cuando termino su ultimo contrato de prestación de servicios

a.- Respecto a la actividad personal que prestó la señora YOLANDA BELTRAN ROJAS :

Se tiene que la demandante suscribió sucesivos contratos de prestación de servicios y estuvo vinculada con la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. antes Hospital Meissen II nivel , como auxiliar central de esterilización a través de contratos de prestación de servicios, desde el 3 de febrero de 2000 hasta el 28 de febrero de 2018. Lo anterior según certificaciones y los contratos suscritos y prorrogados por las partes visibles en el expediente digital²⁴

De las actividades contratadas con el demandante se evidencias las siguientes: ²⁵

1.- “ 1. *Cumplir con las normas de la institución.*’_. *Mantener en perfecto estado de orden el lugar de trabajo.* 3. *Responder por lo elementos entregados para. el desempeño de sus actividades en concordancia con e inventario que para el efecto se realice.* 4. *Informar los hechos relevantes al coordinado del área de la Subdirección Científica de servicios Quirúrgicos, las novedades que se presenten durante la realización de sus actividades.* 5. *Cumplir las normas de asepsia y antisepsia.* 6. *Velar por el buen estado y mantenimiento de equipos.* 7. *Reportar al coordinar del área las actividades realizadas.* 8. *Diligenciar registros, libros, formatos y demás reportes relacionados con el cumplimiento de sus funciones. Con el fin de dejar constancia. de las actividades realizadas,* 9, *Reportar por escrito a quien ejerce el control de ejecucion del contrato sobre as novedades que tengan durante el ejerció de su actividades y que vayan en contra de los valores corporativos institucionales.* 10. *Cumplimiento guía de manejo.* 11. *Cumplimiento del decreto 2676 de 2000 reglamentación de la gestión integral de los residuos hospitalarios y similares.* 12. *Realizar el lavado empacado y rotulación del*

²³ 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.

²⁴ FI 20-23 pdf 2017-287, documentos incorporados en la audiencia de pruebas de octubre de 2020.

²⁵ Archivo pdf 2 yolanda forero aporta contratos de prestación de servicios suscritos con la demandante.

instrumental y demás elementos que lo requieran. 13. Elaborar las planillas de control de instrumental, 14. Elaboración y preparación del material. a esterilizar.”

En consecuencia, para cumplir el objeto contractual la Señora Yolanda Forero Beltrán, debía prestar un servicio personal en las instalaciones del hospital aplicando los procedimientos del área de esterilización como la organización del instrumental, esterilización del material, lavado de instrumental, hacer inventario entre otras funciones.

La prestación del servicio personal se encuentra corroborado por los testimonios recibidos por las señoras MARÍA MELIDA CHALATIQUE, CLAUDIA LILIANA VELASQUEZ y VIVIANA HERNÁNDEZ HERRERA, ex compañeras de trabajo, quienes de manera uniforme indicaron que la demandante debía cumplir con las funciones asignadas por la coordinadora Sonia Tirado, señalando de manera específica las actividades realizadas, de las que se infiere que se trata de actividades propias del giro ordinario del servicio de la E.S.E, que por su esencia deben ser desarrolladas de manera personal.

b.- Remuneración del servicio prestado:

No hay discusión frente al requisito de la remuneración, toda vez que la demandante recibió como contraprestación por el servicio prestado los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios que oscilan entre 1.1 SMLMV correspondiente al contrato suscrito en febrero del año 2000 al 2.1 SMLMV correspondiente al último contrato de presentación de servicios correspondiente del mes de febrero año 2018

De las pruebas aportadas obra certificación de los contratos y de su valor suscritos entre la señora Yolanda Forero Beltrán y la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, desde el año 2000 al 2018

Tanto el demandante como los demás testigos convocados coincidieron en afirmar que los pagos eran consignados mensualmente a sus cuentas personales, aunque en algunas oportunidades se demoraron en el pago y les cancelaron a los tres meses en razón a la situación financiera de la entidad.

c.- Frente a la Subordinación y dependencia:

Obran además de las referidas pruebas, los siguientes testimonios:

.- Testimonio rendido el día 15 de septiembre de 2020, bajo juramento por la señora MARÍA MELIDA CHALATIQUE. Ex compañera de trabajo quien laboró en la entidad demandada desde 1993 al 2018 (minuto 1:08)

La testigo señala que era auxiliar de enfermería en central de esterilización; se vinculó con el hospital por contrato de prestación de servicios; trabajo con el hospital Meissen, sus funciones consistían en lavar instrumental, organizar material, entre otros; indica que los pagos se hacían mes vencido y en algunas ocasiones cada 3 meses, no obstante debían tener el orden las constancias de pago al SGSS; les exigían una cantidad de trabajo diario, se cumplían turnos y laboró con la demandante durante muchos años no siempre en el mismo turno. Su jefa inmediata era Sonia Tirado y cuando laboraba, todo el tiempo estaba acompañada por una instrumentadora encargada, Mónica Díaz, quien verificaba la hora de llegada y la hora de salida, otorgaba permisos de manera escrita, siempre que se repusiera el tiempo de trabajo, lo mismo acontecía por las llegadas tarde de la demandante por laborar en la Samaritana, compensando dicho término con presentación de servicio los fines de semana. Pone de presente que en central se encontraba la señora Fanny Cárdenas auxiliar de enfermería de planta en la unidad de esterilización quien no realizaba todos los trabajos que desempeñaban los vinculados mediante contrato de prestación de servicios.

.- Testimonio rendido el día 15 de septiembre de 2020, bajo juramento por la señora CLAUDIA LILIANA VELASQUEZ, ex compañera de trabajo la testigo señala que laboró en la entidad demandada desde el 2004 hasta el 2018, junto con la demandante en el cargo de auxiliar de enfermería en la central de esterilización en el turno de la mañana, sus funciones eran lavar instrumental, hacer inventario, esterilizar material, entre otras; Agrega que trabajaban 6 personas por turno y todos eran auxiliares de enfermería;

laboraban diferentes oficios y estos oficios eran rotados y cada mes les pagaban por la prestación de sus servicios, siempre que demostraran el pago al sistema de seguridad social; Afirma que su Jefe inmediata era SONIA TIRADO, quien fijaba turnos y los puestos de trabajo que rotaban cada semana;. Finaliza manifestando que en la noche las instrumentadoras eran encargadas de revisar los trabajos de las auxiliares, y que la demandante nunca incumplió su horario, puesto que éste era controlado.

.- Testimonio rendido el día 15 de septiembre de 2020, bajo juramento por la señora VIVIANA HERNÁNDEZ HERRERA, Ex compañera de trabajo quien laboró en la entidad demandada desde el 2006 hasta el 2017.

Indica la testigo que era compañera de trabajo de la demandante desde el 2006 hasta el 2017, laboraron en el hospital Meissen en el turno de la tarde y en la noche. Fue contratada por el hospital por OPS. Explica que el cargo desempeñado es el de auxiliar de enfermería; sus funciones eran: elaboración de material, carga y descarga del material, inventario, recepción y entrega de instrumental, listado de programación, entre otras. Las funciones de la testigo eran las mismas desempeñadas por la señora Yolanda Forero; indica que las compañeras de trabajo eran DIANA, MERIDA, YOHANA QUINTERO, DARLY y STELLA auxiliares de enfermería; Los periodos de pago era mensual previa presentación de un informe y el pago a la seguridad social.; agrega que laboró en los turnos de la noche y luego en el día, que su Jefe inmediato era SONIA TIRADO, y que el trabajo era supervisado también por las instrumentadoras LUZ ANGELA CASTRO Y MONICA DIAZ.

De los testimonios se infiere que las herramientas o elementos para la prestación del servicio eran propiedad del hospital; la demandante recibía órdenes de la jefe y coordinadora SONIA TIRADO; el horario de trabajo eran por turnos y estos eran rotativos sin poder concertarlo con la demandada sin poder ejecutar sus servicios en forma autónoma e independiente en otro sitio que no fuera el hospital los testigos corroboraron el dicho de la demandante y contestaron las preguntas directamente relacionadas con los hechos de la demanda. Las tres testigos fueron coincidentes en narrar que la señora Yolanda debía cumplir los turnos, agregando que la accionante no podía concertar ese horario, puesto que era la coordinadora SONIA TIRADO la que los asignaba y en caso de permiso o retardo en su llegada, este tiempo debía ser compensado con más horas de trabajo

Los testigos coincidieron en afirmar que, los contratistas tenían control de entrada y salida y se les exigía el uso de uniformes y carné.

Lo anterior acredita 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.

El despacho le da credibilidad a los testimonios y al interrogatorio de parte, conforme la coherencia y claridad de sus dichos, además de los contratos de trabajo en donde se registra el objeto del contrato y se exige el servicio personal sin posibilidad de poder ejecutar su trabajo en otro sitio que no fuera el hospital por el manejo de los instrumentos y los procedimientos implementados, la atención y el acceso exclusivo a los instrumentos y materiales del hospital

d.- Permanencia en el servicio:

Se requiere 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 a la labor desarrollada, tenemos que el objeto principal del ente hospitalario, es la prestación de servicios de salud que se encuentra directamente ligada a la labor desarrollada por la contratista, esto es, la labor de enfermería y organización y esterilización de material.

Los contratos suscritos permiten evidenciar las funciones asignadas que acreditan que la señora Yolanda Forero ejecutaba labores propias del giro ordinario de la E.S.E demandada pues su objetivo era prestar el servicio de salud organizando las diferentes tareas encomendadas

Frente a la similitud o igualdad en las funciones desempeñadas, no se logró comprobar que para el periodo en el que la demandante se desempeñó como auxiliar de enfermería hubiera cargo igual dentro de la planta de personal, no obstante, de acuerdo con los testimonios recaudados, la entidad ha vinculado personal para esta función mediante sucesivos contratos de prestación de servicios bajo las condiciones de un verdadero contrato de trabajo.

Respecto a la transitoriedad, se encuentra demostrado que el demandante prestó sus servicios a través de sucesivos contratos de prestación de servicios desde el 3 de febrero de 2000, con contrato vigente hasta el 28 de febrero de 2018, esto es, más 18 años de servicios ininterrumpidos, con el ánimo de emplear de manera continua sus oficios, no equiparable con la temporalidad que caracteriza jurídicamente a los contratos de prestación de servicios.

El estudio en conjunto de las pruebas, permiten concluir la falta de autonomía del demandante para llevar a cabo sus funciones, pues era supervisada y vigilada de manera diaria por su superior, a título de subordinación, al cumplimiento de horarios y funciones como cualquier otro funcionario de planta; Del material probatorio se infiere que el cumplimiento de su labor requería su permanencia en las instalaciones de la entidad, aunado al hecho que la demandante ejerció sus funciones como auxiliar en el área de esterilización de forma permanente por más de 18 años.

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 desconozcan 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.

Como lo ha reiterado, la Corte Constitucional, acudir a esta práctica, no sólo 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, y como se ha sostenido, se acreditaron los requisitos de prestación personal del servicio, remuneración, subordinación y continuada dependencia al hospital, encubriendo una verdadera relación laboral, máxime cuando el objeto contractual era inherente a la entidad.

En efecto, se acreditó que existió un contrato de trabajo y no una relación de carácter comercial o contractual, conclusión que resultó de las funciones, la jornada laboral, el cumplimiento de los requisitos de la relación laboral, así como el ejercicio de subordinación por parte del supervisor de la demandante, situación que generó la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política, al desarrollar la demandante la labor de auxiliar del área de esterilización como contratista en condiciones equivalentes al personal de planta.

Frente a la tacha de los testigos :

La apoderada de la entidad demandada presenta tacha de las tres testigos por considerar tener interés en el resultado del proceso, al haber demandado a la entidad, y por sus vínculos de amistad por muchos años con la demandante; frente a lo anterior, si bien fue tachado por sospecha los testigos, tal circunstancia no impide el recaudo de la prueba, sino que obliga al juez a valorarla con mayor severidad.

Sobre la valoración del testimonio sospechoso, el Consejo de Estado en sentencia del 8 de abril de 2014, C.P. Jaime Orlando Santofimio G. Rad. 29195, señaló lo siguiente:

“Debe entenderse, entonces, que son, precisamente, las reglas de la sana crítica las que aconsejan que tanto el testigo sospechoso como el ex auditó, se aprecie con mayor rigor, se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha o cuya percepción fue directa o se subvaloren. Pero sin que puedan desecharse bajo el argumento del parentesco, interés o falta de percepción directa, sino porque confrontados con el restante material probatorio resultan contradictorios, mentirosos, o cualquier circunstancia que a criterio del juez merezca su exclusión o subvaloración “

Bajo este entendido las pruebas fueron valoradas y apreciadas en su integridad de acuerdo al caso en concreto, dando credibilidad a sus dichos en virtud a la coherencia y concordancia de los testigos.

Por consiguiente, habrá de declararse imprósperas las excepciones de fondo: Pago, Ausencia del vínculo de carácter laboral, Cobro de lo no debido, Buena fe, Relación laboral con el actor no era de naturaleza laboral, compensación, inexistencia de perjuicios y de derecho, improcedencia de la indemnización solicitada, al ser evidente la legitimidad de las pretensiones de la actora.

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

Prescripción en materia de contrato realidad²⁶

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»²⁷.

En torno a este tema la Sección Segunda en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016²⁸, al estudiar este fenómeno jurídico en la órbita del contrato realidad, consideró que: «[...] la prescripción encuentra sustento en el principio de la seguridad jurídica, en la medida en que busca impedir la perpetuidad de las reclamaciones referentes a reconocimientos de índole laboral, que pudieron quedar pendiente entre los extremos de la relación de trabajo al momento de su finalización, pues contrario sensu resultaría desproporcionada la situación en la que se permitiera que el trabajador exigiera de su empleador (o ex empleador) la cancelación de emolumentos que con el transcurrir de los años implicarían un desmedro excesivo del patrimonio de este [...] y le impediría la conservación de los elementos probatorios tendientes a desvirtuar lo demandado».

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

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

ii.- Prescripción frente a las prestaciones sociales.

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

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

²⁶ 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

²⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, actor: Javier Enrique Muñoz Fruto. Número interno: 3404-2013.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 25 de agosto de 2016, actor: Lucinda María Cordero Causil. Número interno: 0085-2015.

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 presentada el día 7 de abril de 2017 sin haberse terminado el vínculo contractual a la fecha de la presentación de la demanda.

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

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. [...]»²⁹ (Negrillas del texto original).

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

Lo anterior significa, que la entidad demandada para efectos del reconocimiento de estos aportes, deberá tener en cuenta el ingreso base de cotización, durante todo el tiempo laborado, esto es, el periodo durante el cual se desarrollaron 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.”³⁰

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:

²⁹ 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

³⁰ 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

1.- El equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados públicos del Hospital Meissen E.S.E. en el cargo de auxiliar de enfermería en el periodo de 3 de febrero de 2000 hasta el 28 de febrero de 2018 tomando como base de liquidación el valor mensual contratado con la demandante.

2.- El valor en el porcentaje que por Ley debió cancelar al Hospital Meissen II nivel E.S.E. como empleador, por aportes a salud al Sistema General de Seguridad Social entre el 3 de febrero de 2000 hasta el 28 de febrero de 2018, tomando como base de liquidación el valor mensual contratado, 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, como quiera 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.

Para tales efectos, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante estos vínculos contractuales y en la eventualidad que no las has hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Del mismo modo la demandada deberá devolver o compensar los dineros que haya cancelado el demandante en razón a la cuota parte legal que el ente demandando no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los contratos suscritos entre el interregno de tiempo reconocido.

Indemnizaciones

1.- Indemnización moratoria: Las cesantías como prestación social de carácter especial, constituyen un ahorro forzoso de los empleados para auxilio en caso de quedar cesantes. Este emolumento se encuentra regulado por las Leyes 50 de 1990 y 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 dan los presupuestos legales para su reconocimiento

2- Frente al reintegro retención en la fuente, ha dicho el Consejo de Estado qué en casos como el presente, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se discuten temas laborales no es el medio adecuado para ello, por lo tanto, en atención a este criterio, la devolución de los dineros

deducidos por conceptos tributarios no es procedente³¹.

3.- Perjuicios morales: 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.

Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ajustarse tomando como base el índice de precios al consumidor conforme a lo dispuesto en el CPACA artículo 187, inciso 4, y según la fórmula adoptada por la Sección Segunda³² : $R = Rh \times \text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$ ³³

Finalmente, el despacho no impondrá costas a la parte vencida, de conformidad con lo previsto con lo previsto en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, por no encontrar probados gastos que la sustenten.

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.OJU-E-824-2017 de fecha 3 de mayo de 2017, suscrito por la Jefe Oficina Jurídica Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. - Declárese la existencia de la relación laboral entre el Hospital Meissen II nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. y la señora YOLANDA FORERO BELTRAN, durante el período comprendido entre el 3 de febrero de 2000 hasta el 28 de febrero de 2018.

TERCERO.- Condénese al Hospital Meissen II nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., a pagar a título de indemnización a favor de la señora YOLANDA FORERO BELTRAN, el equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados públicos del Hospital Meissen II nivel E.S.E por el tiempo laborado, esto es desde el 3 de febrero del año 2000 hasta el 28 de febrero del año 2018, tomando como base de liquidación el valor contratado y, el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para efectos de lo anterior, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de 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 incumbía como trabajador.

Devolver los dineros que haya cancelado el demandante en razón a la cuota parte legal que el ente demandado no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los contratos suscritos tal como quedó explicado en la parte motiva de la sentencia.

³¹ Sentencia de 13 de junio de 2013, Exp. 0042-13 Demandante: Alejandro Gómez Rodríguez, Demandado: Hospital San Fernando de Ama ESE, CP: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia de 6 de octubre de 2016, Exp. No. 1773-15, Demandante: Jhon Gerardo Giraldo Rubio, CP: William Hernández Gómez.

³² Consejo de Estado Sección Segunda Sentencia 5116-05 del 13 de julio de 2006.

³³ En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por conceptos a su favor desde su causación y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial, vigente a la fecha en que se causa cada concepto.

CUARTO. – Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ajustarse tomando como base el índice de precios al consumidor conforme a lo dispuesto en el CPACA artículo 187, inciso 4, y según la fórmula adoptada por la Sección Segunda³⁴ : $R = Rh \times \text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$ ³⁵

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

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

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

OCTAVO. - Una vez en firme esta sentencia por la Secretaría del Juzgado COMUNIQUESE a la entidad condenada el contenido de esta decisión con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011) y, expídase a favor del demandante si lo solicita copia de la sentencia de conformidad con lo normado en el numeral 2º del artículo 114 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

CRP

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b201257e675da4f8bec1bacf29892107e880de5089923f8229ad69a1ebc3a189**
Documento generado en 23/03/2021 08:07:27 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

³⁴ Consejo de Estado Sección Segunda Sentencia 5116-05 del 13 de julio de 2006.

³⁵ En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por conceptos a su favor desde su causación y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial, vigente a la fecha en que se causa cada concepto.