

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-00007-00

Demandante: Diana Marcela González

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

Tema: Contrato Realidad

Bogotá D.C 10 de marzo de 2020

Sentencia No. 17

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-1360-2017 de fecha 18 de Julio 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 1º de abril de 2014 al 31 de Julio de 2016.
2. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad y previa declaratoria de la existencia del contrato de trabajo realidad se condene a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., a pagarle a la demandante, a título de restablecimiento del derecho, para el periodo comprendido entre el 1º de abril de 2014 al 31 de Julio de 2016, por los siguientes conceptos:
 - ✓ 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.
 - ✓ Auxilio de cesantías e intereses a las cesantías.
 - ✓ Primas de navidad, primas de servicios, primas de vacaciones.
 - ✓ Compensación en dinero de las vacaciones.
 - ✓ Porcentajes de cotización correspondientes a los aportes en salud y pensión que le correspondía realizar al Hospital Meissen II Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. y que debió cancelar al Fondo pensional y a la E.P.S.
 - ✓ Devolución de los dineros deducidos por concepto de descuento de retención en la fuente durante todo el tiempo laborado.
 - ✓ Cotizaciones en forma retroactiva a la Caja de Compensación Familiar.
3. Que se condene a la entidad demandada al pago total e inmediato del restablecimiento del derecho y de la reparación del daño causado, ordenando liquidar intereses de mora, si el pago no se hace efectivo en la oportunidad señalada conforme a lo dispuesto en el Inciso 3º del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
4. Que el demandado, de cumplimiento a las disposiciones del fallo que este Despacho profiera dentro de los términos establecidos en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
5. 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.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2018-00007-00
Demandante: Diana Marcela González
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

6. La compulsa de compulsas de copias al ministerio de trabajo para la imposición de multa a la demandada en términos de la ley 1429 de 2010
7. Se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

Tesis del demandante.

Arguye que el vínculo de la Señora Diana Marcela González con el Hospital Meissen II Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., en el cargo de auxiliar de enfermería desde el 1 de abril de 2014 hasta el 31 de julio de 2016 fue un verdadero contrato laboral con la ocurrencia de los supuestos contemplados por el artículo 23 del código sustantivo del trabajo, esto es, una relación subordinada, una prestación personal del servicio, y una remuneración, sin importar el nombre que se le haya dado al momento de su firma

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

Tesis del demandado.

La demandada 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 y tienen su fundamento en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Destaca que de 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, los cuales la demandante firmó de forma libre, consciente y voluntaria, se estipulaba la naturaleza de la prestación con total autonomía e independencia sin que mediara entre las partes relación laboral alguna, sin pago de prestaciones sociales o de costos distintos al valor acordado.

Sostiene que la demandante no cumplía con sus actividades en las mismas condiciones que los funcionarios de planta y que no obstante los horarios y la realización de trabajos en las instalaciones de la entidad, no significa per se 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 y primar como interés general, 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:

El litigio se contrae en establecer: **1.-** Si la señora Diana Marcela González demostró con 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 1º de abril de 2014 al 31 de julio de 2016, a través de contratos de arrendamiento y prestación de servicios, si acredita los elementos configurativos de una verdadera relación laboral. **2.-** Si en el caso concreto operó la prescripción. **3.-** Si 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.-** 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 Meissen II Nivel ESE., contrató a la demandante Diana Marcela González 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 a la señora Diana Marcela González, al reconocimiento y pago de las diferencias salariales y las prestaciones no devengadas durante la vigencia de los contratos celebrados entre el 7 de abril de 2014 hasta el 31 de Julio de 2016.

Contrato de arrendamiento de servicios y contrato de prestación de servicios

El contrato de arrendamiento de servicios es una figura consignada en el Código Civil en los artículos 2063 a 2069, en la cual, en palabras del Consejo de Estado se encuentran los antecedentes históricos. 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 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

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

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2018-00007-00
Demandante: Diana Marcela González
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

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.

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.

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

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

⁵ **ARTICULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

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

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

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

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}.

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

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

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

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

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

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997 “c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente” (Resalta el Despacho).

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-739 de 2002.

¹² Síntesis lograda de las consideraciones de la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 27 de abril de 2016, radicado: 66001-23-31-000-2012-00241-01(2525-14).

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

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

- (i) Que no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad
- (ii) Se contratan cuando estas funciones no puedan realizarse con personal de planta de la entidad o,
- (iii) cuando se requieran conocimientos especializados, toda vez que para prestar los servicios inherentes a su responsabilidad, las Empresas Sociales del Estado deben contar con

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 2776-05; Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 1694-07; Sentencias de 31 de Julio de 2008; Sentencia de 14 de agosto de 2008.

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, para estos asuntos el Consejo de Estado ha reiterado también en relación con el elemento de la subordinación, que pese a la autonomía e independencia que conlleva la aplicación de sus conocimientos científicos, no se puede descartar de plano la existencia de una relación de subordinación y dependencia, “en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, como el cumplimiento de horario, la recepción de órdenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta etc., lo que a su vez supone que tratándose de un verdadero contrato de prestación de servicios, la autonomía e independencia deba abarcar aun los aspectos anteriormente referidos”²¹.

Estado de la cuestión

Del desarrollo jurisprudencial citado, se entiende que, para comprobar la existencia de una relación laboral, se requiere que el demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es:

- (i) Que su actividad en la entidad haya sido personal y que por esta recibió una remuneración o pago. Acreditar que en la relación con el empleador existió subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo u la imposición de reglamentos, subordinación que debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.
- (ii) La parte actora debe demostrar su permanencia en labores inherentes a la entidad.
- (iii) Sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral con todas sus implicaciones económicas, esa declaración no otorga la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección en la planta de cargos de la entidad y su correspondiente posesión.

Caso concreto –

Se 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 7 de abril de 2014 al 31 de julio de 2016.

a.- Respecto a la actividad personal que prestó la señora DIANA MARCELA GONZÁLEZ:

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., como auxiliar de enfermería desde el 7 de abril del 2014 hasta el 19 de septiembre del 2014 y posteriormente como auxiliar administrativo en el área de planeación desde el 2 de octubre del 2014 hasta el 31 de julio del 2016; a través de contratos de prestación de servicios, sin que existiese solución de continuidad, según certificación expedida por la oficina de Contratación de la entidad, vista a folios 28,29 y 30 del expediente digital²², como fue reconocido al momento de fijar el litigio, así:

Número de contrato	Fecha de ingreso	Fecha de terminación	Objeto	Valor del contrato
O-1737 de 2014	7 de abril de 2014	30 de abril de 2014	Auxiliar de enfermería	1.154.334
O-1931 de 2014	1 de mayo de 2014	30 de julio de 2014	Auxiliar de enfermería	3.463.001
O-3053 de 2014	1 de agosto de 2014	31 de agosto de 2014	Auxiliar de enfermería	1.154.334
O-3840 de 2014	1 de septiembre de 2014	19 de septiembre de 2014	Auxiliar de enfermería	732.078
1896 de 2014	2 de octubre de 2014	30 de noviembre de 2014	Auxiliar administrativo planeación	2.308.000
2614 de 2014	1 de diciembre de 2014	4 de enero de 2015	Auxiliar administrativo planeación	1.307.867
142 de 2015	5 de enero de 2015	31 de marzo de 2015	Auxiliar administrativo planeación	3.308.133

¹⁹ Ibidem.
²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 2 de junio de 2016. Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00043-01(2496-14).
²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 28 de enero de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2001-03195-01(0782-08). En igual sentido sentencia del 11 de junio de 2009, radicación No. 0081-08.
²² Archivo digital PDF 2018-007. Fls 28-30.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2018-00007-00
Demandante: Diana Marcela González
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

545 de 2015	1 de abril de 2015	30 de septiembre de 205	Auxiliar administrativo planeación	1.863.328
1011 de 2015	1 de octubre de 2015	3 de enero de 2016	Auxiliar administrativo planeación	3.791.300
A0129 de 2016	4 de enero de 2016	31 de julio de 2016	Auxiliar administrativo planeación	8.438.700

Es de aclarar que la demandante laboró desde el año 2010 al 2012 como lo indica la certificación anteriormente señalada, sin embargo, este periodo no es objeto de demandada por parte de la actora.

La anterior certificación indica como objeto del contrato, la prestación de servicios como auxiliar de enfermería y auxiliar administrativo del área de planeación.

De las actividades a realizar por la demandante en el último contrato²³ como auxiliar administrativo del área de planeación se indican las siguientes:

“1.Realización diaria de ronda de seguridad del paciente en búsqueda de eventos adversos o institucionales, 2. Apoyo logístico de análisis de eventos adversos por reporte voluntario,3. Revisión de historia clínica, realización de entrevistas, aplicación de protocolo de Londres, clasificación y generación de recomendaciones,4. Apoyo logístico en jornadas de inducción del programa seguridad del paciente tecno/fármaco,5. Digitación de la evaluación de conocimientos de la política de seguridad del paciente.6. Digitación base de eventos adversos, muestras rechazadas, análisis de eventos adversos, productos no conformes, quejas direccionadas a seguridad del paciente,7. Digitación de los eventos adversos,8. Apoyo logístico en capacitación de ueis con Dr. Acosta, 9. Apoyo logístico en capacitación de Abbott nutriciones,10. Apoyo logístico en lecciones aprendidas del personal asistencial,11. Apoyo de actividades de promoción de donación de órganos,12. Apoyo logístico de inducción personalizada,13. Asistencia en las rondas de seguridad del paciente14. Evaluación de política de seguridad del paciente,15. Realizar las demás actividades que le sean asignadas por quien ejerce el control del contrato acordes con el objeto.”

En consecuencia, para cumplir el objeto contractual la Señora Diana Marcela González, debía prestar un servicio personal inicialmente en el cargo de auxiliar de enfermería, como era el cuidado de los pacientes, recibo y entrega de turnos, y aplicación de los procedimientos propios de enfermería tendiente a la recuperación del paciente y posteriormente, en el cargo de auxiliar de planeación debía prestar asistencia en el programa de seguridad del paciente y otras funciones tales como rondas a todos los demás servicios y apoyo logístico .

La prestación del servicio personal se encuentra corroborado por los testimonios recibidos por los señores Juan Andrés Amarillo Cerón, Angélica María Sánchez Márquez, quienes de manera uniforme indicaron las funciones generales de la demandante, de las que se infiere que el servicio debía prestarse personalmente y en las instalaciones del ente hospitalario. Así mismo se deduce del objeto de los contratos de prestación de servicios y de las actividades contratadas.

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.

Lo anterior, de acuerdo con la certificación²⁴ expedida por la Oficina de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Servicios de Salud Sur E.S.E. de fecha 25 de octubre de 2017, que indica el valor total por concepto de honorarios que percibió la demandante en cada contrato.

Así mismo, obra copia de los contratos de prestación de servicios referidos en el expediente administrativo²⁵, el cual indica como último objeto contractual” *prestar servicios personales de apoyo, en*

²³ Archivo digital PDF Diana Marcela González 1012344979 5 fls 7-9
²⁴ Archivo digital PDF 2018-007. fls 28-30.
²⁵ Archivos digitales PDF Carpetas: DIANA MARCELA GONZALEZ 1012344979 5- DIANA MARCELA GONZALEZ 1012344979 2016.

la ejecución de actividades administrativas en la oficina de gestión de calidad”, y fija el valor y su forma de pago de manera mensual.

Tanto el demandante como los testigos Juan Andrés Amarillo Cerón y Angélica María Sánchez Márquez, coincidieron en afirmar que los pagos eran consignados mensualmente a sus cuentas personales previa presentación del respectivo informe de actividades mensual.

c.- Frente a la Subordinación y dependencia:

Obran dentro del proceso los testimonios rendidos el día 26 de agosto de 2020, por los señores Juan Andrés Amarillo Cerón quien trabajó en la entidad demandada desde el año 2015 al 2016 en el área de admisiones y posteriormente en garantía de la calidad, Angélica María Sánchez Márquez quien trabajó en el área de calidad de la entidad demandada desde el año 2015 al 2016 y Manuel Andrés Farías Pinzón quien trabajó en la entidad demandada desde el año 2014 al 2015 en el cargo de analista de planeación (testigo tachado), todos excompañeros de trabajo de la demandante.

De ellos se infiere que las herramientas o elementos para la prestación del servicio eran propiedad del hospital; que la señora DIANA MARCELA GONZALÉZ, recibía órdenes de los jefes y supervisores de turno Gina Ramírez, Yesline García, Mónica Rodríguez y Daysi dentro del Hospital Meissen Nivel II E.S.E. y que cumplía un horario de 7: 00 am a 4:00 pm, sin poder concertarlo con la demandada sin poder ejecutar sus servicios en forma autónoma e independiente en otro sitio que no fuera el hospital por el manejo de las matrices, sistema de gestión documental y los procedimientos implementados por la entidad tanto asistenciales como administrativos siendo necesario asistir al hospital para acceder a las matrices, debía dirigirse al personal a cada servicio de las habitaciones, hospitalización, urgencias, uci para poder consolidar sobre los eventos adversos presentados en el hospital en el programa de seguridad del paciente, sin poder autorizar a otra persona para la realización de su 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.

Interrogatorio de parte a la actora Explica que como auxiliar de enfermería la supervisora Eliana Sepúlveda era quien realizaba los cuadros de turnos, otorgaba los permisos, aprobaba los pagos, revisaba la seguridad social, autorizaba cambios de turno previa presentación de un formato de solicitud de permiso con el posterior aval de la jefe Yesline García.

Informa que, laboró desde el año 2010 al 2012 como auxiliar del área de estadística, posteriormente desde el año 2014 al 2016 que es el periodo demandado, en el cargo de auxiliar de enfermería en consulta externa realizando procedimientos menores, entregas de turno y asistencia a los médicos de consulta externa (pediatría, ginecología y ortopedia), cumpliendo un horario de 7am a 1pm y de 1pm a 7pm de lunes a viernes y los sábados o domingos de 7am a 7pm, supervisada por Eliana Sepúlveda y, de octubre del año 2014 al 31 de julio de 2016 como auxiliar de enfermería del programa de seguridad del paciente en el área de planeación y calidad institucional realizando rondas por todos los servicios y apoyo logístico y, el cumplimiento de las funciones a su cargo a las jefes Gina Ramírez y Yesline García, así mismo, debía presentar informe de actividad mensual a su jefe inmediato para posteriormente ser aprobado por el jefe de área Luis Vanegas.

El despacho les da credibilidad a los testimonios y al interrogatorio de parte, por la coherencia y claridad de sus dichos en el periodo de tiempo en el cual se desempeñó como auxiliar de enfermería y del área administrativa, por la coincidencia de lo señalado con los contratos de prestación de servicios suscritos²⁶ se verifica que cumplía con un horario de trabajo, recibía órdenes en forma constante para el desarrollo de sus funciones como auxiliar de enfermería, entre otras porque en los contratos se exige el servicio personal sin posibilidad de poder ejecutar su trabajo en forma autónoma e independiente en otro sitio que no fuera el hospital por el manejo de los instrumentos y los procedimientos implementados, la atención personal de los pacientes y de las rondas y acceso exclusivo del sistema de reportes de la

²⁶ Archivos digitales PDF Carpetas: DIANA MARCELA GONZALEZ 1012344979 5- DIANA MARCELA GONZALEZ 1012344979 2016.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2018-00007-00
Demandante: Diana Marcela González
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

demandada y el desplazamiento personal en las diferentes áreas del hospital para los reportes del programa sobre seguridad del paciente.

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 encuentran directamente ligados a la labor desarrollada por la contratista, esto es, la labor de auxiliar de enfermería evidenciada en funciones como el cuidado a cada paciente de acuerdo con la patología, rondas del programa de seguridad del paciente, entre otras y la labor como enfermera administrativa del programa de seguridad del paciente en el área de planeación y calidad institucional realizando rondas por todos los servicios y apoyo logístico.

Los contratos suscritos permiten evidenciar las funciones asignadas como auxiliar de enfermera y auxiliar del área administrativa que acreditan que la señora Diana Marcela González ejecutaba labores propias del giro ordinario de la E.S.E demandada, pues su objetivo era prestar el servicio de salud.

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 y administrativa 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 la demandante prestó sus servicios a través de la suscripción de sucesivos contratos de prestación de servicios desde el 7 de abril de 2014, hasta el 31 de Julio de 2016, esto es, aproximadamente más de 2 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 de la demandante para llevar a cabo sus funciones, pues era supervisada y vigilada por la supervisora de turno, 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 de enfermería de forma permanente por más de 2 años.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que permite la celebración de contratos de prestación de servicios, no autoriza a las entidades del Estado que 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 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, 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 y la jornada laboral que cumplía, junto con la propiedad de los elementos de trabajo, así como el ejercicio de subordinación por el supervisor de la demandante, situación que genera 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 de enfermera en condiciones equivalentes al personal de planta.

Frente a la tacha de los testigos: el apoderado de la entidad demandada presenta tacha del testigo Manuel Farias, por considerar tener interés en el resultado del proceso, al haber demandado a la entidad y la demandante ser testigo en su proceso; ; frente a lo anterior, si bien fue tachado por sospecha el testigo, tal circunstancia no impide el recaudo de la prueba, sino que obliga al juez a valorarla con mayor severidad cuestión esta que se ha realizado en el caso concreto corroborando su afirmación con lo manifestado por los otros testigos y las pruebas documentales allegadas al proceso.

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 y los documentos allegados.

En consecuencia, deberá declararse la nulidad del acto administrativo acusado que negó la declaratoria de una relación laboral y por consiguiente el pago de los emolumentos salariales y prestacionales que nacen a la vida jurídica junto con esta.

Por consiguiente, habrá de declararse imprósperas las excepciones de: *“pago, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia del vínculo de carácter laboral, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, buena fe, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, compensación, inexistencia de perjuicios, improcedencia de la indemnización solicitada, inexistencia de la obligación e imposibilidad de deducir obligaciones y responsabilidad a la demandada”* 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 realidad²⁷

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»²⁸.

En torno a este tema la Sección Segunda en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016²⁹, 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

²⁷ 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

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, actor: Javier Enrique Muñoz Fruto. Número interno: 3404-2013.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 25 de agosto de 2016, actor: Lucinda María Cordero Causil. Número interno: 0085-2015.

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 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 28 de junio de 2018 con radicado 201703510118872³⁰ y la terminación del vínculo contractual el día 31 de julio de 2016.³¹

¿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. [...]»³² (Negrillas del texto original).

³⁰ Archivo digital PDF 2018-007 fls 7-12.

³¹ Archivo digital PDF 2018-007 fls 28-30.

³² 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.”³³

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 de la demandante lo siguiente:

1.- El equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados de la demandada en el periodo de 7 de abril de 2014 al 31 de julio de 2016, tomando como base de liquidación el valor contratado con la demandante y realizar los descuentos de ley.

2.- El valor en el porcentaje que por Ley debió cancelar la demandada como empleador, por aportes a salud al Sistema General de Seguridad Social entre el 7 de abril de 2014 al 31 de julio de 2016, tomando como base de liquidación el valor 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.

Las demás pretensiones se negarán con fundamento en lo siguiente:

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, CP: 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. Frente al pago de los valores correspondientes a retención en la fuente ha dicho el Consejo de Estado que, 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 procedente.³⁴

Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ajustarse tomando como base el Índice de precios al consumidor (IPC) conforme a lo dispuesto en el CPACA art 187, inciso 4, y según la fórmula adoptada por la Sección Segunda.³⁵: $R = Rh \times \text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$ ³⁶

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-1360-2017 de fecha 18 de julio de 2017, suscrito por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. - Declarar 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 DIANA MARCELA GONZALEZ, durante el periodo comprendido entre el 7 de abril de 2014 al 31 de Julio de 2016.

TERCERO.- Condenar 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 DIANA MARCELA GONZALEZ, el equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados públicos del Hospital Meissen Nivel II E.S.E., en el cargo de auxiliar de enfermería por el tiempo laborado, 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 solo 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 hubiere hecho o existiese diferencia en su contra tendrá de 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 demandando no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los contratos suscritos como quedó explicado en la parte motiva de la sentencia.

³⁴ Sentencia del 13 de junio de 2013 Exp. 042-13 Demandante: Alejandro Gómez Rodríguez, Demandado: Hospital San Fernando de Ama E.S.E, C.P: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 6 de octubre de 2016, Exp. No. 1773-15 Demandante: Jhon Gerardo Giraldo Rubio, C.P: William Hernández Gómez.

³⁵ Consejo de Estado Sección segunda Sentencia 5116-05 del 13 de julio de 2006.

³⁶ 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.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2018-00007-00
Demandante: Diana Marcela González
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

CUARTO. – Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ajustarse tomando como base el Índice de precios al consumidor (IPC) conforme a lo dispuesto en el CPACA art 187, inciso 4, y según la fórmula adoptada por la Sección Segunda.³⁷: $R=R_h \times \text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$ ³⁸

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.

SÉPTIMO. – 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, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). EXPIDASE copia de conformidad con lo normado 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: **ec048ee2210df5e56c080246c221e2c5d68608a2db54d22d37c411215d73695e**
Documento generado en 10/03/2021 05:46:21 PM

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

³⁷ Consejo de Estado Sección segunda Sentencia 5116-05 del 13 de julio de 2006.

³⁸ 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.