

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00081-00

Demandante: Jehimy Palacios Torres¹

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

Tema: Contrato Realidad³

Bogotá D.C., 26 de mayo de 2021

Sentencia No. 47

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 No.OJU-E-3088-2018 de fecha 12 de octubre de 2018 expedido por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., por el cual se negó el pago de las acreencias laborales solicitadas por la señora Jehimy Palacios Torres durante el periodo comprendido entre el día 15 de diciembre de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2015 como AUXILIAR DE ENFERMERÍA.

2.- Que se declare que la accionante Jehimy Palacios Torres fungió como Empleado Público de hecho para el Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. en el periodo comprendido entre el 15 de diciembre de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2015.

3.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. a pagarle a la demandante la totalidad de los factores de salario devengados por los auxiliares de enfermería de planta de la entidad demandada con base en la asignación legal otorgada a este cargo y causados entre el 15 de diciembre de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2015 y los siguientes emolumentos: auxilio de las Cesantías, intereses a la Cesantías, primas de carácter legal de servicios de junio y diciembre de cada año, bonificación por servicios prestados de cada año, primas de navidad de cada año, de antigüedad de cada año, quinquenios, prima de vacaciones, compensación en dinero de las vacaciones causadas que no le fueron otorgadas ni disfrutadas, subsidios de alimentación, de transporte, cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y pensiones que le correspondía realizar al Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E.

4.- Ordenar la indexación de los dineros adeudados según el inciso final del 187 y el artículo 193 de la Ley 1437 de 2011, el cumplimiento al fallo dentro de los términos establecidos en el artículo 192 y 195 del CPACA, pagar intereses moratorios en favor del demandante a partir de la ejecutoria de la sentencia y pago de costas.

¹ notificaciones@misderechos.com.co

² notificacionesjudiciales@subredsur.gov.co /// asejuralarcon@hotmail.com /// carloshort@hotmail.com, acierto1legal@gmail.com

³ apinillag@procuraduria.gov.co

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00081-00

Demandante: Jehimy Palacios Torres

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

Tesis de la demandante:

Arguye que a través del acto administrativo del que se pretende la declaratoria de nulidad la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., pretende desconocer la naturaleza de la vinculación de la demandante con el Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E. amparándose en la figura de prestación de servicios, la cual, a toda luz, es inaplicable en el presente asunto, pues si bien el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 faculta a las entidades públicas para contratar a través de prestación de servicios esta ha sido contemplada para la administración únicamente en aquellos casos donde además de la independencia del contratista se puede evidenciar la ausencia de subordinación, así como la concurrencia de otros factores.

Subraya que esta modalidad de contratación no se puede emplear para el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo puesto que con ello se incurre en una falta disciplinaria gravísima a la luz del Código Disciplinario Único artículo 28 numeral 29.

Señala que las funciones desempeñadas por la demandante al interior del Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E. durante toda su vinculación en el cargo de Auxiliar de Enfermería, existió personal que en ejercicio del mismo cargo de la accionante fue vinculado directamente a la planta de personal y gozó de todos los beneficios que contempla la ley en materia prestacional para los servidores públicos, razones por las cuales, queda absolutamente claro que el cargo desempeñado por el demandante tenía vocación de permanencia y en consecuencia debió ser vinculado a la planta de personal como servidor público y no como contratista.

Concluye que el Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. requirió los servicios del accionante a través de una vinculación ficticia, esto es, prestación de servicios, con el único objetivo de evadir pagos de acreencias laborales y de seguridad social, alegando una supuesta independencia laboral que jamás existió.

Tesis de la demandada (fls. 65-94):

La demandada señala que las pretensiones 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 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.

Finaliza indicando que la parte actora carece de fundamentos tanto fácticos como de derecho que puedan llevar al convencimiento de la existencia de un contrato realidad, no está debidamente acreditada la subordinación que es la prime facie en toda relación de tipo laboral, el contratista fue vinculado mediante contratos de servicios profesionales, utilizando para su ejecución sus propios medios, de manera independiente y sin subordinación alguna. Agrega que tampoco se encuentra demostrado dentro del plenario el cumplimiento de un horario laboral que pueda traducir en la existencia de un contrato de trabajo ya que la demandante realizaba las actividades descritas en el contrato en cualquier tiempo de manera independiente.

Problema jurídico: se contrae en establecer: 1.- Si la señora Jehimy Palacios Torres demostró que en la vinculación que tuvo con el Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. desde el 15 de diciembre de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2015, a través de contratos de prestación de servicios, se acreditaron los elementos configurativos de una verdadera relación laboral. 2.- Si en el caso concreto operó la prescripción. 3.- Si la demandante tiene derecho a

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00081-00

Demandante: Jehimy Palacios Torres

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

una indemnización equivalente al pago de prestaciones sociales que devengaban los empleados públicos en cargos similares o equivalentes del Hospital Tunjuelito 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 y pensiones, 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 Tunjuelito E.S.E., contrató a la demandante Jehimy Palacios Torres 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 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 Jehimy Palacios Torres, al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales no devengadas durante la vigencia de los contratos celebrados entre el 18 de diciembre de 2014 y el 30 de noviembre de 2015 con base en lo pactado como honorarios en sus contratos de prestación de servicios.

Contrato de prestación de servicios.

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.

(...)

3º. Contrato de Prestación de Servicios.

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”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.

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

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00081-00

Demandante: Jehimy Palacios Torres

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

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.

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 aquel 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.

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

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.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00081-00

Demandante: Jehimy Palacios Torres

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

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 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 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 prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados, y en su lugar se señaló que cuando se desvirtúe el contrato de prestación de servicios, se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas,

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".

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).

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00081-00

Demandante: Jehimy Palacios Torres

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

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 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. Así mismo, 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

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.

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).

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00081-00

Demandante: Jehimy Palacios Torres

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

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”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 de la demandante causadas durante el periodo comprendido entre el 15 de diciembre de 2014 y el 30 de noviembre de 2015. Se aclara que si bien es cierto se solicitó en las pretensiones de la demanda el pago de las acreencias laborales desde el día 15 de diciembre de 2014; revisado el expediente contractual se encuentra probado que la demandante inició sus labores desde el día 18 de diciembre de 2014, según lo indica el contrato 7663 de 2014.

a.- Respecto a la actividad personal

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 18 de diciembre de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2015; a través de contratos de prestación de servicios, de manera continua, según copia del expediente contractual expedida por la Directora Operativa de la Dirección de Contratación de la entidad²⁴, reflejado en dos archivos digitales, el del periodo 2014²⁵ y el del periodo 2015²⁶, así:

NÚMERO DE CONTRATO	FECHA DE INGRESO	PLAZO DE EJECUCIÓN	OBJETO
7663 de 2014	18 de diciembre de 2014	13 días	Auxiliar de enfermería
1158 de 2015	2 de febrero de 2015	2 meses	Auxiliar de enfermería
1923 de 2015	1 de abril de 2015	3 meses	Auxiliar de enfermería
2753 de 2015	1 de julio de 2015	3 meses	Auxiliar de enfermería
3659 de 2015	1 de octubre de 2015	1 mes	Auxiliar de enfermería
4482 de 2015	3 de noviembre de 2015	1 mes	Auxiliar de enfermería

De conformidad con el acervo probatorio, cabe precisar que obra como prueba la copia del acta de liquidación definitiva por mutuo acuerdo del contrato No. 4482 de 3 de noviembre de 2015²⁷, suscrita por ambas partes el 1 de diciembre de 2015, por medio de la cual el Hospital y la contratista declararon terminado de mutuo acuerdo el contrato de prestación de servicios de la referencia, dejando claridad que

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 Archivo digital PDF jehimy Palacio pdf. f 1.

²⁵ Archivo digital PDF 2014 JEHIMY PALACIOS TORRES (1).pdf. fls 1-4.

²⁶ Archivo digital PDF 2015 JEHIMY PALACIOS TORRES (2).pdf. fls 1-12.

²⁷ Archivo digital PDF 2015 JEHIMY PALACIOS TORRES (2).pdf. f 11.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00081-00

Demandante: Jehimy Palacios Torres

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

los servicios como auxiliar de enfermería fueron prestados por el periodo comprendido entre el 3 de noviembre de 2015 y el 30 de noviembre de 2015.

Por otro lado, el último contrato celebrado indica como objeto contractual, la prestación de servicios como auxiliar de enfermería del Hospital Tunjuelito E.S.E., y contiene las siguientes actividades:

“1. Implementar las estrategias para dar respuesta integral al territorio según lo estipulen los lineamientos vigentes entregados por la secretaría Distrital de Salud en el marco del plan de intervenciones colectivas en Salud Pública. 2. Elaborar el plan de acción del territorio de acuerdo a las realidades del mismo. 3. Desarrollar las acciones en el territorio al 100% de lo programado en el plan de acción. 4. Implementar las estrategias para dar respuesta integral al territorio. 5. Realizar procesos de notificación y canalización del territorio de acuerdo a lo establecido de la E.S.E. 6. Asistir y realizar aportes a las unidades de análisis, diagnóstico por territorio y diagnóstico local. 7. Cumplir con el plan de mejora a nivel interno y externo de acuerdo a los hallazgos presentados. 8. Desarrollar acciones integrales en los diversos escenarios (escolar, laboral, comunitario y familiar en el territorio según se requiera). 9. Asistir a reuniones convocadas desde lo territorial, local, Distrital para seguimiento de acciones. 10. Elaborar y presentar los informes requeridos desde lo territorial, local y Distrital que den cuenta del cumplimiento de sus acciones. 11. Elaborar cronogramas mensuales para la ejecución del plan de acción. 12. Soportar auditorías internas y externas según se requiera. 13. Ejecutar acciones que requiera la coordinación territorial, local y Distrital y demás actividades que solicite la E.S.E. por lineamiento distrital. 14. Ejecutar el 100% del lineamiento distrital. 15. Elaborar cronograma de actividades, realizar los respectivos ajustes según dinámica laboral. 16. Presentar los informes requeridos para la realización de los pagos y los demás que les sean solicitados, ante la persona que realice el control de ejecución del contrato.

PARÁGRAFO *Las demás actividades inherentes al objeto del contrato que le sean asignadas por el supervisor del mismo de acuerdo a las necesidades del servicio y en la unidad donde sea requerido. B.- Cumplir con todas las tareas y compromisos asignados dentro del desarrollo del proyecto de Implementación del Sistema de Información Institucional Dinámica Gerencial Hospitalaria WEB Services 2014. C.- Cumplir con las normas establecidas y la plataforma estratégica del Hospital, en el desarrollo de los productos y/o actividades contratadas. D.- Entregar mensualmente al supervisor del contrato informe de las actividades desarrolladas dentro del objeto contractual. E.- Responder por el buen uso de los equipos y elementos asignados para el desarrollo de los productos y/o las actividades contractuales. F.- Brindar atención humanizada al cliente externo y establecer relaciones de cordialidad con el cliente interno del Hospital. G.- Cumplir con las normas y procedimientos técnicos y administrativos del Hospital. H.- Utilizar, custodiar, salvaguardar y vigilar, los recursos e insumos y la conservación y uso adecuado de los bienes y la obligación de responder por su deterioro o pérdida al igual que la documentación e información que por razón de sus actividades le sean suministrados, o tenga acceso para el cumplimiento de las actividades contratadas. I.- Presentar todos los informes que le soliciten las distintas áreas relacionadas con el objeto del contrato. J.- **Hacer en debida forma la entrega y recibo de turnos, así como el registro de las novedades, cuando a ello hubiere lugar y el supervisor del contrato así lo requiera.** K.- De conformidad con el artículo primero de la Ley 828 de 2003, el Contratista deberá cumplir con las obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social Integral y parafiscales (Cajas de Compensación Familiar, ICBF, SENA), cuando haya lugar, lo cual se deberá acreditar conforme lo establece el artículo 50 de la Ley 789 de 2002. El incumplimiento de esta obligación será causal para la imposición de multas sucesivas hasta tanto se dé el cumplimiento, previa verificación de la mora mediante liquidación efectuada por la entidad administradora, a través del trámite establecido en el artículo quinto de la Ley 828 de 2003. Cuando durante la ejecución del contrato o a la fecha de su liquidación se observe la persistencia de este incumplimiento, por cuatro (4) meses la Entidad Estatal dará aplicación a la cláusula excepcional de caducidad administrativa, conforme lo establece el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. L.- Colaborar con las actividades inherentes al objeto contractual, para el mejoramiento continuo de la calidad y aquellas incluidas dentro de los planes de mejoramiento de los diferentes estándares de habilitación y acreditación de los servicios de salud (Sistema Obligatorio de Garantía de la*

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00081-00

Demandante: Jehimy Palacios Torres

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

Calidad en Salud SOGCS en sus cuatro componentes: Sistema Único de Habilitación, Sistema Único de Acreditación, PAMEC y Sistema de Información para la Calidad conforme al marco normativo vigente: Ley 100 de 1993, Ley 715 de 2002, Decreto 1011 de 2006, Resolución 123 de 2012, Resolución 1445 de 2006, Resolución 1446 de 2006 y Resolución 1441 de 2004. M.- Apoyar la atención de las auditorías presentando la información y/o soportes soliciten y correspondan al objeto del contrato”²⁸.

En consecuencia, para cumplir el objeto contractual, la señora Jehimy Palacios Torres debía prestar un servicio personal en el cargo de auxiliar de enfermería – territorios, prestando atención domiciliaria.

La prestación del personal del servicio se encuentra corroborado por el objeto contractual y los testimonios recibidos por los señores BRYAN RICARDO ANGARITA y ELVIA RUTH SANABRIA SUTA, éste último quien indicó las funciones generales de la demandante, de las que se infiere que el servicio debía prestarse personalmente, así mismo lo corrobora el demandante en su interrogatorio, al manifestar que sus funciones eran realizar el seguimiento de salud a población vulnerable, a pacientes crónicos, a niños menores de cinco años, adolescentes, gestantes en el territorio Tunjuelito, indica que se identificaban los pacientes si se estaban haciendo los controles médicos, si se estaban tomando los medicamentos, si tenían hábitos de vida saludables, agrega que los últimos meses fue vacunadora de esta población.

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 de manera mensual.

Lo anterior, de acuerdo a los contratos de prestación de servicios, del periodo 2014²⁹ y del periodo 2015³⁰, en donde indican el valor total por concepto de honorarios que percibió la demandante en cada contrato y la forma de pago.

c.- Frente a la subordinación y dependencia:

Obran los siguientes testimonios rendidos el día 4 de septiembre de 2020.

BRYAN RICARDO ANGARITA, compañero de trabajo de la demandante, quien trabajó con la demandante desde el año 2014 hasta el 2015, mediante contratos de prestación de servicios en el cargo de auxiliar de enfermería en el territorio de Venecia, cumplían un horario y les daban ciertas actividades para cumplir. Indica que conoció a la demandante en las reuniones mensuales donde participaban más de 70 auxiliares de enfermería para entregar los reportes del mes el Abraham Lincoln del barrio Tunjuelito, junto con los médicos, enfermeras jefe, trabajadores sociales, psicología, los de higiene oral y técnicos de medio ambiente.

Frente a la subordinación, señaló que los llamaban a lista desde las 7:00 AM. por lo que sabe que todos cumplían el mismo horario de 7:00 AM a 5:00 PM, esa era la orden de coordinación y así lo evidenció en las planillas, firmaban a las 7am, hacían las actividades y volvían nuevamente a las 5pm con todos los informes debidamente diligenciado de lo realizado en el día. Así mismo, manifestó que la Jefe de Apoyo del Territorio de Venecia era MABEL MORA y la Coordinadora del Grupo de Venecia era VERONICA. Los insumos fueron suministrados por el Hospital una Tablet, una chaqueta azul con blanco con logo de Bogotá humana, carnet, esfero y lápiz. Explica que las metas se entregaban a la Jefe de Apoyo, a la Coordinadora y a los técnicos de sistema y, los informes de las visitas del mes siempre se corregían y los horarios de entrega eran fijos.

ELVIA RUTH SANABRIA SUTA, quien manifiesta que es amiga de la demandante. La conoció en Salud Pública en el Hospital de Tunjuelito en los años 2014 -2015.

²⁸ Archivo digital PDF 2015 JEHIMY PALACIOS TORRES (2).pdf. f 9.

²⁹ Archivo digital PDF 2014 JEHIMY PALACIOS TORRES (1).pdf. fls 1-4.

³⁰ Archivo digital PDF 2015 JEHIMY PALACIOS TORRES (2).pdf. fls 1-12.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00081-00

Demandante: Jehimy Palacios Torres

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

Frente a la prestación personal del servicio, indicó que trabajaban en el horario de 7:00 AM a 5:00 PM y algunas veces también los días sábados. Que todos los días se encontraban a las 7:00 AM en la sede principal que era Abraham Lincoln y algunas veces de 5:00 a 6:00 PM cuando salían de salud pública, se encontraban para departir y comentar las metas. Eran compañeras de trabajo de diferentes territorios, puesto que la testigo trabajaba en el territorio Venecia y la demandante en el territorio de Tunjuelito. Señaló que una de las funciones de la demandante era pesar, tallar y llenar unas fichas, llenando aproximadamente de siete (7) a ocho (8) fichas al día.

Frente a la remuneración, informó que los pagos de los honorarios eran mensuales y se hacían por medio de consignación a Bancolombia.

Frente a la subordinación, indicó que luego de encontrarse en la sede principal, eran transportadas en un vehículo hasta el territorio de cada una. Que cada mes se hacía una auditoría donde eran reunidos todos los trabajadores de los territorios. La sub-jefe de la testigo era VERÓNICA PALACIOS y el de la demandante era JEISON, quien hacía cumplir lo que la jefe principal ordenaba. La jefe principal de todos los grupos de territorios era MARISOL VELANDIA, Coordinadora de Salud Pública, quien se encargaba de hacer la programación mensual de las actividades y en general, coordinar todo lo atinente al giro ordinario de las funciones.

Así mismo, sostuvo que el rendimiento mensual era fijado por la Coordinadora según el cronograma de la Secretaría de Salud y que entre las funciones de la demandante se encontraba llenar siete (7) u ocho (8) fichas diarias. Los insumos eran suministrados por el Hospital dentro de los cuales estaban una táblet, un tensiómetro, un fonendoscopio y una pesa. Todos los auxiliares de enfermería de los territorios tenían un carnet y una chaqueta azul que decía "Salud Pública Tunjuelito" y, en la parte de atrás "Colombia Humana".

Finalmente, indica que tiene demandada a la entidad y que la demandante no es testigo en su proceso.

- **Interrogatorio de parte a la actora**

La demandante dio respuesta a las preguntas formuladas por el despacho en los siguientes términos:

Frente a la prestación personal del servicio, señaló que laboró en el Hospital Tunjuelito desde el 18 de diciembre de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2015, desempeñando el cargo de técnico auxiliar de enfermería en los territorios saludables a Salud Pública, por contratos de prestación de servicios. La jornada laboral era de 7:00 AM a 5:00 PM de lunes a viernes y debía tener disposición para los fines de semana cuando había jornadas de vacunación. Sostuvo que suscribió siete (7) contratos continuos de un (1) mes o dos (2) meses.

Señala que realizaba el seguimiento a población vulnerable y para ello le otorgaban unas direcciones de Tunjuelito, identificaba a la población, registraba el tipo de vivienda, si las personas se encontraban en estado de abandono, si estaban tomando los medicamentos y, los últimos meses era vacunadora.

Hacía seguimiento a la población vulnerable, a pacientes crónicos, a niños menores de cinco años y a adolescentes gestantes. Se hacía caracterización de familias de dos (2) horas o dos (2) horas y treinta (30) minutos, brindando atención a cinco (5) familias en el día, una (1) hora de seguimiento por familia, aun que la meta era entre 9 o 10 familias en el día.

Frente a la remuneración, indicó que los pagos de los honorarios eran mensuales a la cuenta personal.

Frente a la subordinación, señaló que la seguridad social era pagada sobre el salario mínimo legal mensual vigente. Su jefe directo era el señor Jeison Parra, Coordinador del Territorio Tunjuelito. A su vez, afirma que tenía dos coordinadores de apoyo para cuando no estaba él, coordinadores de apoyo encargados de dar órdenes y asignar las actividades diarias que debían realizar, sus nombres eran Ángela Andrea Castro Rendón y Lili Alexandra Vargas González, quienes además certificaban el cumplimiento de las funciones para efecto del pago.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00081-00

Demandante: Jehimy Palacios Torres

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

Algunas órdenes se concretaban en asuntos como cubrir el día, dirigirse a determinada dirección, realizar la valoración de algunos pacientes, diligenciar los documentos y firmar las visitas (para que fueran válidas debían contener la dirección del domicilio y las actas debían estar firmadas).

Manifestó que mensualmente se entregaba un informe y a diario se entregaban metas cuando se hacían las visitas y seguimientos en los domicilios. También se hacían los reportes a los apoyos con unos cronogramas de las visitas fallidas y las realizadas en el día.

Indica que los últimos cuatro meses le ordenaron ser vacunadora. Con ocasión de lo anterior, se presentaba todos los días a las 7:00 AM en la UPA de San Benito para recoger los biológicos y termos para ser distribuidos en los territorios donde fueran a vacunar, y hacer los seguimientos a los niños menores de cinco años, adolescentes y mujeres en edad fértil. A las 4:30 PM eran recogidos por la ruta para ser trasladados a la UPA, donde dejaban los biológicos, los termos y la relación – informe de las personas vacunadas.

Narra que todos los trabajadores de los territorios, entre ellos médicos, auxiliares de enfermería y psicólogos, estaban vinculados por medio de contrato de prestación de servicios. frente a los elementos de dotación indica que no portaba uniforme, pero sí el carnet y la chaqueta del territorio saludable. Así mismo, que tenían recorrido para el regreso a la UPA a las 4:30 PM. firmaba planillas para el control del ingreso y la salida y, si requería un permiso, el día era descontado.

Análisis de los testimonios.-

los testimonios recibidos por los señores BRYAN RICARDO ANGARITA y ELVIA RUTH SANABRIA SUTA indican las funciones generales de la demandante esto es el seguimiento de salud a población vulnerable, a pacientes crónicos, a niños menores de cinco años, adolescentes, gestantes en el territorio Tunjuelito, identificación de los pacientes, verificación de los controles médicos, los hábitos de vida saludables; también señalan que la demandante recibía ordenes de sus supervisores, que no podía concertar un horario de trabajo y, que no podía delegar sus funciones en otras personas.

El despacho les da credibilidad a los testimonios, por la coherencia y claridad de sus dichos en el periodo de tiempo en el cual se desempeñó la demandante como auxiliar de enfermería por la coincidencia de lo señalado con los contratos de prestación de servicios suscritos se verifica que cumplía con un horario de trabajo, recibía órdenes en forma constante para el desarrollo de sus funciones entre otras razones 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 señalado por hospital.

El despacho le da credibilidad a los testimonios la coherencia y claridad de sus dichos, teniendo en cuenta que son coincidentes en afirmar los hechos de la demanda, corroborados por los contratos de prestación de servicios suscritos referidos en dos archivos digitales, el del periodo 2014³¹ y el del periodo 2015³².

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 en los territorios, específicamente Tunjuelito.

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 18 de diciembre de 2014

³¹ Archivo digital PDF 2014 JEHIMY PALACIOS TORRES (1).pdf. fls 1-4.

³² Archivo digital PDF 2015 JEHIMY PALACIOS TORRES (2).pdf. fls 1-12.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00081-00

Demandante: Jehimy Palacios Torres

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

hasta el 30 de noviembre de 2015, esto es, aproximadamente 1 año de servicio, presentándose una interrupción de 30 días correspondientes al mes de enero de 2015.

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 por la coordinadora, a título de subordinación y al cumplimiento de horarios.

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 para 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 vulnera los derechos de los trabajadores, sino que además dicha nómina paralela desvirtúa la razón de ser del artículo 32, numeral 3° de la Ley 80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal, 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, así como el ejercicio de subordinación por el coordinador 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 de Colombia.

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: inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia de la obligación y del derecho, pago, ausencia del vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación laboral con el actor no era de naturaleza laboral, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes, al ser evidente la legitimidad de las pretensiones del actor.

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

Prescripción en materia de contrato realidad³³ 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»³⁴.

En torno a este tema la Sección Segunda en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016³⁵, 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».

³³ 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

³⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, actor: Javier Enrique Muñoz Fruto. Número interno: 3404-2013.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 25 de agosto de 2016, actor: Lucinda María Cordero Causil. Número interno: 0085-2015.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00081-00

Demandante: Jehimy Palacios Torres

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

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.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00081-00

Demandante: Jehimy Palacios Torres

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

Caso concreto. Revisadas las pruebas documentales aplicando la sentencia unificada del Consejo de Estado, se tiene que no hubo interrupción en los contratos de prestación de servicios, no configurándose el fenómeno de la prescripción, dado que la reclamación es presentada el día 24 de septiembre de 2018³⁶ y la terminación del vínculo contractual el día 30 de noviembre de 2015³⁷.

Tercer problema jurídico: ¿la demandante tiene derecho a la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devengaban los empleados del Hospital Tunjuelito 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. [...]”³⁸ (Negritas del texto original).

Posteriormente, en la sentencia de unificación ya citada, respecto de los aportes a pensión, consideró que: «[...] la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le corresponda como empleador

³⁶ Archivo digital PDF 01. expediente 2019-081.1.pdf. fls 27-30.

³⁷ Archivo digital PDF 2015 JEHIMY PALACIOS TORRES (2).pdf. f 11.

³⁸ 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

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00081-00

Demandante: Jehimy Palacios Torres

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

[...] 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 la trabajadora, 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”³⁹.

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 públicos de la demandada en el periodo de 18 de diciembre de 2014 al 30 de noviembre de 2015, tomando como base de liquidación el valor contratado con la demandante previo los descuentos de ley.
- 2.- El valor en el porcentaje que por Ley debió cancelar el Hospital Tunjuelito E.S.E. como empleador, por aportes a salud al Sistema General de Seguridad Social entre el 18 de diciembre de 2014 al 30 de noviembre de 2015, 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, la 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 trabajadora.

Las demás pretensiones se negarán con fundamento en lo siguiente:

1. Indemnización moratoria:

Las cesantías como prestación social de carácter especial, constituyen un ahorro forzoso de los empleados para auxilio en caso de quedar cesantes. Este emolumento se encuentra regulado por las Leyes 50 de 1990 y 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.

³⁹ 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

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00081-00

Demandante: Jehimy Palacios Torres

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

Así mismo, se dispuso que en caso de que la entidad empleadora las consignara de forma extemporánea, habría lugar al reconocimiento de una sanción moratoria favor del trabajador, así:

«Artículo 99. El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

[...]

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

[...]» (Se subraya)

De modo que si el empleador consigna las cesantías anuales con posterioridad al 15 de febrero del año siguiente al que se causaron, deberá reconocer y pagar a favor del asalariado sanción moratoria, consistente en un día de salario por cada día de retardo.

No es posible ordenar el pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a favor del demandante porque la obligación del pago de las cesantías se constituye a partir de esta sentencia razón por la que no se den los presupuestos legales para su reconocimiento.

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.⁴⁰: $R=Rh \times \text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$ ⁴¹.

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 acto administrativo No.OJU-E-3088-2018 de fecha 12 de octubre de 2018 expedido por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. - Declárese la existencia de la relación laboral entre el Hospital Tunjuelito E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. y la señora JEHIMY PALACIOS TORRES, durante el periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 2014 y el 30 de noviembre de 2015.

TERCERO.- Condénese al Hospital Tunjuelito 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 JEHIMY PALACIOS TORRES, el equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados públicos del Hospital Tunjuelito E.S.E. por el tiempo laborado, esto es, desde el 18 de diciembre de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2015, 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 en el porcentaje que le correspondía por todo el tiempo laborado

Para efectos de lo anterior, la actora 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

⁴⁰ Consejo de Estado Sección segunda Sentencia 5116-05 del 13 de julio de 2006.

⁴¹ 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 de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00081-00

Demandante: Jehimy Palacios Torres

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

en su contra tendrá de la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

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.⁴²: $R=Rh \times \text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$ ⁴³.

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: **69416cf1311a3d9e751fe63f83236a6f50104ebbeaf652c1bebb13a62e642037**
Documento generado en 26/05/2021 01:51:16 PM

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

⁴² Consejo de Estado Sección segunda Sentencia 5116-05 del 13 de julio de 2006.

⁴³ 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.