

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-00094-00

Demandante: Elver Martínez Rodríguez¹

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

Tema: Contrato Realidad

Bogotá D.C., 3 de diciembre de 2021

Sentencia No. 119

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

CONSIDERACIONES

Pretensiones:

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la comunicación OJU-E -1871-2017, de fecha 05 de octubre de 2017, bajo radicado No 201703510164551 de 6 octubre de 2017, proferido por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. por medio de la cual negó el pago de las acreencias laborales derivadas de la existencia de un contrato de trabajo realidad entre el Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. y el señor Elver Martínez Rodríguez, por el periodo comprendido entre el día 09 de julio de 2012 hasta el 31 de agosto de 2017.

2. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad precedente singularizada y previa declaratoria de la existencia del contrato de trabajo realidad se condene a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. a pagar al demandante a título de restablecimiento del derecho los siguientes conceptos:

a) A título de reparación del daño, las diferencias salariales existentes entre los servicios remunerados por prestación de servicios y los salarios legales y convencionales pagados en el Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. a los Auxiliares Administrativos II desde el día 09 de julio de 2012 hasta el 31 de agosto de 2017, sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4º art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

b) A título de indemnización el valor equivalente al auxilio de las Cesantías, Intereses a las Cesantías, Primas de carácter legal de servicios de junio y diciembre de cada año, Primas de carácter Extralegal de Navidad de cada año, Primas de carácter Extralegal de Vacaciones de cada año, compensación en dinero de las vacaciones causadas que no fueron otorgadas ni disfrutadas en tiempo ni compensadas en dinero, causadas durante todo el tiempo de prestación de servicios liquidado con la asignación legal asignada al cargo de auxiliar administrativo II de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E entre el día 09 de julio de 2012 hasta el 31 de agosto de 2017, sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4º art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹ recepciongarzonbautista@gmail.com soniacastro029@hotmail.com

² notificacionesjudiciales@subredsur.gov.co

asejularcon@hotmail.com

carloshort@hotmail.com

juridica.apoyo7@subredsur.gov.co

juridica.apoyo7@subredsur.gov.co

notificacionesjudiciales@subredsur.gov.co juridica.asistente@subredsur.gov.co

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-00094-00

Demandante: Elver Martínez Rodríguez

Demandado: Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

- c) A título de reparación del daño los porcentajes de cotización correspondientes a los aportes en salud y pensión que le correspondía realizar al Hospital El Tunal III 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., desde el 09 de julio de 2012 hasta el 31 de agosto de 2017, sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4º art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
 - d) La devolución de los descuentos realizados por concepto de retención en la fuente.
 - e) La indemnización extralegal por el despido injusto.
 - f) La indemnización contenida en la ley 244 de 1995 artículo 2º, hasta cuando se produzca el pago reclamado.
 - g) La indemnización prevista en el parágrafo 1º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002.
 - h) Las cotizaciones en forma retroactiva a la Caja de Compensación Familiar CAFAM desde el 09 de julio de 2012 hasta el 31 de agosto de 2017, sumas que deberán ser reajustadas.
 - i) Indemnización que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
 - j) Sanción moratoria por la falta de pago oportuno de los intereses a las cesantías, Ley 52 de 1975.
 - k) Indemnización de perjuicios por el incumplimiento en el suministro de calzado y vestido de labor, ante la insatisfacción de las dotaciones habituales.
3. Condénese a la entidad demandada a que pague la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daños morales.
 4. Que se condene a la entidad demandada al pago total 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 3 del artículo 192 del CPACA.
 5. Que el demandado, de cumplimiento a las disposiciones del fallo que este Despacho profiera dentro de los términos establecidos en el artículo 192 del CPACA.
 6. Se declare que el tiempo laborado por el señor Elver Martínez Rodríguez, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.737.521 de Bogotá; bajo la modalidad de contratos sucesivos denominados de "prestación de servicios" con el Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., se deben computar para efectos pensionales, ordenando emitir la Certificación laboral para el efecto.
 7. Se compulsen copias de la sentencia dirigidas al Ministerio de Trabajo para que imponga multa a la demandada contenida en la Ley 1429 de 2010 artículo 63.
 8. Se condene a la demandada al pago de las costas y expensas de este proceso.

Tesis del demandante (fls. 32-68 del Archivo PDF 01. ExpedienteDigital2018094). Arguye que el HOSPITAL TUNAL III NIVEL E.S.E., hoy en la actualidad la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. pretende desconocer la relación laboral que existió durante más de cinco (5) años con el demandante ELVER MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, sin ninguna justificación, a pesar de que se constituyeron todos los elementos de un contrato realidad.

Destaca que el HOSPITAL TUNAL III NIVEL E.S.E. para no contratar directamente al demandante utilizó la fachada inverosímil y mal intencionada de contratos de prestación de servicios, para vincularlo irregularmente pero en realidad, se probó que el trabajador todo el tiempo estuvo recibiendo órdenes, adicionalmente el demandante utilizó las herramientas del hospital para desarrollar su actividad tales

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-00094-00

Demandante: Elver Martínez Rodríguez

Demandado: Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

como papel, tóner e implementos de oficina entre otros, él nunca llevó consigo equipos de su propiedad para desarrollar las funciones de AUXILIAR ADMINISTRATIVO.

Tesis de la demandada (fls. 93-103 del Archivo PDF 01. ExpedienteDigital2018094). La demandada señala que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, teniendo en cuenta que, el demandante no tenía horario de trabajo como se refiere, nunca se le impuso como tal, si la demandante desarrolló sus actividades dentro del horario del Hospital para sus empleados de planta lo hizo para poder cumplir con el objeto contractual en razón a la naturaleza y desarrollo de las actividades contratadas, por lo que en cumplimiento del mismo lo hizo dentro de este horario mediante turnos coordinados con el ente hospitalario. No existe prueba por escrito y/o cláusula alguna del contrato que haya impuesto el cumplimiento de un horario.

Arguye que tampoco era un trabajador subordinado como lo indica, en cambio tenía supervisores quienes atendían sus funciones con el fin de verificar el cumplimiento del objeto contractual para el cual fue contratada. Su pago se realizaba de manera mensual con anticipos de honorarios pactados, las actividades descritas en el contrato implicaban una obligación contractual y como tal las desarrollaba el demandante.

Problema jurídico: El litigio se contrae en establecer: **1.-** Si entre el señor Elver Martínez Rodríguez y el Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., desde el año 2012 hasta el 2017, 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 es procedente acceder al restablecimiento del derecho señalado en términos de la demanda.

Solución al problema jurídico. Una vez estudiados los cargos, observamos que el Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. contrató al demandante Elver Martínez Rodríguez 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 por aproximadamente 5 años.

En consecuencia, al estar acreditada la existencia de la relación de carácter laboral y por ende desvirtuado el vínculo contractual (Ley 80 de 1993, artículo 32.3), le asiste el derecho al señor Elver Martínez Rodríguez, al reconocimiento y pago de las prestaciones no devengadas durante la vigencia de los contratos celebrados entre el 09 de julio de 2012 y el 31 de agosto de 2017 con base en lo pactado como honorarios en sus contratos de prestación de servicios, como se explicará más adelante, a título de indemnización.

Contrato de arrendamiento de servicios y contrato de prestación de servicios.

El contrato de arrendamiento de servicios es una figura consignada en el Código Civil en los artículos 2063 a 2069, en la cual, en palabras del Consejo de Estado se encuentran los antecedentes históricos. Dicho contrato admitía la prestación del servicio, o bien bajo dependencia o subordinación, mediante un salario, o bien en forma independiente y autónoma, retribuido mediante el pago de honorarios y sin que genere una relación laboral; en el primer caso condujo al contrato de trabajo y en el segundo al contrato de prestación de servicios propiamente dicho³.

Por su parte, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en su numeral 3 definió el contrato de Prestación de Servicios en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

³ 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.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-00094-00

Demandante: Elver Martínez Rodríguez

Demandado: Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

(...)

3°. Contrato de Prestación de Servicios.

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”⁴.

Como lo ha dicho el Consejo de Estado, dicha normatividad contempló una presunción iuris tantum, al establecer que en ningún caso estos contratos -entiéndase contratos de prestación de servicios- generan relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales; considerando el alto Tribunal con ponencia de la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, tanto en ese como en otros pronunciamientos que:

“Las presunciones generan una de dos situaciones: quien alega la presunción para fundar su derecho desplaza la carga de la prueba en cabeza de su adversario o bien, que quien alega la presunción le niegue a su adversario por entero la facultad de acudir a prueba alguna que demuestre la no existencia del hecho decisivo.

De esta suerte, las presunciones relevan de la carga probatoria a los sujetos a favor de quienes operan. Una vez demostrado aquello sobre lo cual se apoyan, ya no es preciso mostrar valiéndose de otros medios de prueba lo presumido por la ley. En ese orden, el artículo 166 del Código General del Proceso aplicable por remisión del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, regula las presunciones establecidas por ley señalando que «... el hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.»

Así las cosas, la presunción contenida en el artículo transcrito al no tener el carácter de ser iuris et de iure, es decir, de pleno derecho, puede ser controvertida y desvirtuada, de tal manera que, en asuntos como el presente, quien pretenda la declaratoria de existencia de una relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicios, con base en el principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Superior de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber de probanza a fin de poder quebrantar la presunción que sobre esta modalidad de contrato estatal recae.

Ahora bien, frente al caso que nos convoca es preciso que la denominada contratista, desvirtúe tal presunción, demostrando que en el respectivo contrato existió el elemento denominado subordinación, lo cual dependiendo de cada análisis en concreto y considerando varios factores, lo convertiría en un contrato laboral.

Lo anterior, debido a que el contratante determina exclusivamente el objeto a desarrollar por la contratista, quien a su vez ejecuta las labores encomendadas con autonomía e independencia, pues en caso contrario, se configura el elemento de la subordinación, propio del contrato laboral, que a su vez tiene implicaciones económicas diversas.

Para probar la existencia de este último, se requiere demostrar de forma incontrovertible además de la actividad personal y la remuneración, que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, la cual es aquella facultad permanente para exigir del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo”⁵.

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

⁴ Los apartes resaltados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, MP Dr. Hernando Herrera Vergara, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

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

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

Radicado: 110013335-017-2018-00094-00

Demandante: Elver Martínez Rodríguez

Demandado: Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

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.

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

⁸ 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".

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).

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-00094-00

Demandante: Elver Martínez Rodríguez

Demandado: Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.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, 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

¹⁰ *Ibidem.*” b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.// Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios”. (Resalta el Despacho).

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 3 de diciembre de 2007. Radicados.24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447. v.et. Sección Segunda, sentencia del 19 de enero de 2006, radicado: 2.579-05 y sentencia del 7 de septiembre de 2006, radicado: 1.420-01, sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado: 4.669-04, y 23 de febrero de 2006, radicado: 3.648-05.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997 “c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente” (Resalta el Despacho).

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-739 de 2002.

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

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 2776-05; Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 1694-07; Sentencias de 31 de Julio de 2008; Sentencia de 14 de agosto de 2008.

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.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-00094-00

Demandante: Elver Martínez Rodríguez

Demandado: Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

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.

v. Ahora bien, el Consejo de Estado en sentencia de unificación de jurisprudencia de fecha nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) dentro del proceso 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016) sentó jurisprudencia sobre la temporalidad, el término de solución de continuidad entre contratos y la posibilidad de devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud en las relaciones laborales encubiertas o subyacentes para este tipo de procesos.

“La primera regla define que el «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal u ocasional y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.

.La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del plenario.

La tercera regla determina que frente a la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.”

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,

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.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-00094-00

Demandante: Elver Martínez Rodríguez

Demandado: Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

(iii) cuando se requieran conocimientos especializados, toda vez que para prestar los servicios inherentes a su responsabilidad, las Empresas Sociales del Estado deben contar con una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente que les permita atender y desarrollar sus funciones^{21/22}.

Ahora bien, para estos asuntos el Consejo de Estado ha reiterado también en relación con el elemento de la subordinación, que pese a la autonomía e independencia que conlleva la aplicación de sus conocimientos científicos, no se puede descartar de plano la existencia de una relación de subordinación y dependencia, “en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, como el cumplimiento de horario, la recepción de órdenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta etc., lo que a su vez supone que tratándose de un verdadero contrato de prestación de servicios, la autonomía e independencia deba abarcar aun los aspectos anteriormente referidos”²³.

Estado de la cuestión.

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

(i) Que su actividad en la entidad haya sido personal y que por esta recibió una remuneración o pago. Acreditar que en la relación con el empleador existió subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo u la imposición de reglamentos, subordinación que debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

(ii) La parte actora debe demostrar su permanencia en labores inherentes a la entidad.

(iii) Sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral con todas sus implicaciones económicas, esa declaración no otorga la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección en la planta de cargos de la entidad y su correspondiente posesión.

Caso concreto.

Se procede a verificar si se encuentran configurados los tres elementos de la relación laboral, y si hay lugar al reconocimiento y pago de las acreencias laborales a favor del demandante causadas durante el periodo comprendido entre el año 2012 hasta el 2017 cuando terminó su último contrato de prestación de servicios.

a.- Respecto a la actividad personal que prestó el señor ELVER MARTÍNEZ RODRÍGUEZ:

Según certificación expedida por la Dirección de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. de fecha 31 de agosto de 2017²⁴, se tiene que el demandante suscribió varios contratos de prestación de servicios con la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. y prestó sus servicios en esta entidad desde el 09 de julio de 2012, encontrándose vigente el contrato No. 001055 de 2017 al momento de la expedición de la certificación, así:

NUMERO DE CONTRATO	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACION	OBJETO	VALOR CONTRATO
1162 de 2012	9 de julio de 2012	31 de diciembre de 2012	Auxiliar II	\$5'162.580
112 de 2013	1 de enero de 2013	31 de agosto de 2013	Auxiliar Administrativo II	\$7'491.744
2409 de 2013	8 de octubre de 2013	7 de enero de 2014	Auxiliar Administrativo II	\$2'809.404
713 de 2014	8 de enero de 2014	7 de marzo de 2015	Auxiliar Administrativo II	\$13'043.630
776 de 2015	8 de marzo de 2015	31 de diciembre de 2015	Auxiliar Administrativo II	\$10'800.119
364 de 2016	1 de enero de 2016	18 de agosto de 2016	Auxiliar Administrativo II	\$10'046.081
002682 de 2016	19 de agosto de 2016	31 de agosto de 2016	Auxiliar Administrativo II	\$567.111

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).

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 01. ExpedienteDigital2018094. fs. 30-31.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-00094-00

Demandante: Elver Martínez Rodríguez

Demandado: Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

005968 de 2016	1 de septiembre de 2016	31 de diciembre de 2016	Auxiliar Administrativo	\$5'671.112
001055 de 2017	2 de enero de 2017	VIGENTE	Auxiliar Administrativo	\$11'342.224

La anterior certificación contiene las siguientes actividades:

Las actividades realizadas son:

AUXILIAR II.

*Gestionar proceso cadena de custodia. *Capacitar al personal de enfermería y médicos que manejen evidencias y elementos materiales probatorios. *Mantener actualizada la cadena de custodia. *Presentar informes internos y externos. *Recoger evidencias en cirugía, urgencias y sala de partos. *Notificar a la URI sobre hallazgos de evidencia física de cadena de custodia. *Desarrollar la cadena de valores. *Las demás actividades que le asigne el jefe inmediato que estén acorde con el objeto contractual.

AUXILIAR ADMINISTRATIVO II.

*Gestionar proceso de cadena de custodia. *Capacitar al personal de enfermería y médicos que manejen evidencias y elementos materiales probatorios. *Mantener actualizada la cadena de custodia. *Recoger evidencias en cirugía, urgencias y sala de partos. *Notificar a la URI sobre hallazgos de evidencia física de cadena de custodia. *Desarrollar la cadena de valores. *Cumplir con las capacitaciones programadas en el proceso de inducción y reinducción. *Las demás actividades que le sean asignadas por el jefe inmediato y que sean afines con el objeto contractual.

Teniendo en cuenta que al momento de expedición de la anterior certificación se encontraba vigente el contrato No. 001055 de 2017, este Despacho procedió a revisar a detalle el expediente contractual del demandante para el año 2017 con el fin de establecer la fecha de terminación de su último contrato de prestación de servicios.

Así las cosas, el contrato No. 001055 de 2017²⁵ tiene como término de ejecución hasta el 03 de abril de 2017, término que fue prorrogado hasta el 31 de mayo de 2017²⁶, luego hasta el 30 de junio de 2017²⁷, posteriormente hasta el 31 de julio de 2017²⁸ y finalmente hasta el 31 de agosto de 2017²⁹, lo cual se constata con la certificación de cumplimiento del contrato No. 001055 de fecha 31 de agosto de 2017³⁰.

De lo anterior se concluye que, el demandante estuvo vinculado con la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. desde el 09 de julio de 2012 hasta el 31 de agosto de 2017, de manera continua e ininterrumpida.

Por otra parte, el contrato No. 001055 de 2017³¹ indica como objeto del contrato, la prestación de servicios profesionales y/o de apoyo a la gestión como AUXILIAR ADMINISTRATIVO dentro de los diferentes procesos, subprocesos y procedimientos de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., y contiene las siguientes obligaciones específicas:

“1. Gestionar proceso de cadena de custodia. 2. Capacitar al personal de enfermería y médicos que manejen evidencias y elementos materiales probatorios. 3. Mantener actualizada la cadena de custodia. 4. Presentar informes internos y externos. 5. Recoger evidencia en cirugía, urgencias y sala de partos. 6. Notificar a la URI sobre hallazgos de evidencia física de cadena de custodia. 7. Desarrollar la cadena de valores. 8. Cumplir con las capacitaciones programadas en el proceso de inducción y reinducción. 9. Las demás actividades asignadas y que sean afines con el objeto contractual.”

El informe de actividades³² del contrato No. 001055 de 2017, registra la ejecución de las actividades realizadas frente a las obligaciones durante el periodo reportado entre el 01 de agosto de 2017 y el 31 de agosto de 2017, así:

²⁵ Archivo digital PDF ELVER MARTINEZ RODRIGUEZ 79737521 2017. fls. 48-49.

²⁶ Archivo digital PDF ELVER MARTINEZ RODRIGUEZ 79737521 2017. f 69.

²⁷ Archivo digital PDF ELVER MARTINEZ RODRIGUEZ 79737521 2017. f 77.

²⁸ Archivo digital PDF ELVER MARTINEZ RODRIGUEZ 79737521 2017. f 87.

²⁹ Archivo digital PDF ELVER MARTINEZ RODRIGUEZ 79737521 2017. f 96.

³⁰ Archivo digital PDF ELVER MARTINEZ RODRIGUEZ 79737521 2017. f 98.

³¹ Archivo digital PDF ELVER MARTINEZ RODRIGUEZ 79737521 2017. fls. 48-49.

³² Archivo digital PDF ELVER MARTINEZ RODRIGUEZ 79737521 2017. fls. 99-100.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-00094-00

Demandante: Elver Martínez Rodríguez

Demandado: Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

Ejecución de actividades frente a las obligaciones durante el período reportado				
	OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATO	ACTIVIDADES REALIZADAS	SOPORTE	PORCENTAJE CUMPLIMIENTO
1	GESTIONAR PROCESO DE CADENA DE CUSTODIA	EMBALAJE Y ROTULACION DE ELEMENTOS MATERIAL DE PRUEBA VERIFICANDO SU PROCEDENCIA Y ENTREGANDO A LA ENTIDAD REQUIRIENTE	FORMATOS MEDIO MAGNETICO	100%
2	CAPACITAR AL PERSONAL DE ENFERMERIA Y MEDICOS QUE MANEJEN EVIDENCIAS Y ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS	CHARLAS Y ACOMPAÑAMIENTO EN LO NECESARIO DE ACUERDO AL PROCEDIMIENTO	ASISTENCIA Y MEDIO MAGNETICO	100%
3	MANTENER ACTUALIZADA LA CADENA DE CUSTODIA	CHARLAS Y ACOMPAÑAMIENTO EN LO EN EL PROCESO	ASISTENCIA Y MEDIO MAGNETICO	100%
4	PRESENTAR INFORMES INTERNOS Y EXTERNOS	RECIBIENDO CAPACITACION POR PARTE DE LA ENTIDAD ENCARGADA DEL PROCESO	ASISTENCIA A CAPACITACIONES	100%
5	RECORDER EVIDENCIAS EN CADA UNO DE LOS SERVICIOS	RELACIONANDO LOS ELEMENTOS QUE SE ENCONTRARON Y REMITIENDO LA INFORMACION A LAS ENTIDADES COMPETENTES	MEDIO MAGNETICO Y DOCUMENTAL	100%
6	ENTREGA DE PERTENENCIAS A PACIENTES, FAMILIARES O QUIEN LO REQUIERA	REALIZANDO RECORRIDO DIARIO POR CADA UNO DE LOS SERVICIOS	MEDIO MAGNETICO Y DOCUMENTAL	100%
7	DESARROLLAR LA CADENA DE VALORES	VERIFICANDO LA ENTREGA CON DOCUMENTO E INVENTARIO	MEDIO MAGNETICO Y DOCUMENTAL	100%
8	ENTREGA DE ELEMENTOS MATERIA DE PRUEBA A LA AUTORIDAD CORRESPONDIENTE (CTI, SJIN Y GRUPO DE GEÓES)	REALIZANDO RELACION DE LOS ELEMENTOS A ENTREGAR	MEDIO MAGNETICO Y DOCUMENTAL	100%
9	CUMPLIR CON LAS CAPACITACIONES PROGRAMADAS EN EL PROCESO DE INDUCCION Y REINDUCCION	ASISTIENDO A LAS CAPACITACIONES PROGRAMADAS	ASISTENCIA	100%
TOTAL				100%

En consecuencia, para cumplir el objeto contractual el señor ELVER MARTÍNEZ RODRÍGUEZ debía prestar un servicio personal de AUXILIAR II y AUXILIAR ADMINISTRATIVO II en las instalaciones del Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., como era gestionar el proceso de cadena de custodia, capacitar al personal de enfermería y médicos que manejen evidencias y elementos materiales probatorios, mantener actualizada la cadena de custodia, presentar informes internos y externos, recoger evidencias en cirugía, urgencias y sala de partos, notificar a la URI sobre hallazgos de evidencia física de cadena de custodia, desarrollar la cadena de valores, cumplir con las capacitaciones programadas en el proceso de inducción y reinducción, entre otras actividades que le sean asignadas por el jefe inmediato y que sean afines con el objeto contractual.

La prestación personal del servicio se encuentra corroborada, además, por los testimonios recibidos por las señoras DIANA MILENA MONCADA CASANOVA y YINA PAOLA HERNÁNDEZ BUSTOS, quienes fueron compañeras de trabajo del demandante y de los que se infiere que el servicio debía prestarse personalmente dentro de las instalaciones del ente hospitalario en las áreas o servicios de cirugía, urgencias y sala de partos, entre otros, donde se recogían evidencias y muestras que eran incorporables al proceso de cadena de custodia. Lo anterior se corrobora también con el objeto y las actividades específicas de los contratos de prestación de servicios y certificación de fecha 31 de agosto de 2017, las cuales fueron señaladas anteriormente.

b.- Remuneración del servicio prestado:

Frente al requisito de la remuneración no hay discusión, 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 los contratos de prestación de servicios del periodo 2012 al 2017 y la certificación expedida por la Dirección de Contratación de la entidad de fecha 31 de agosto de 2017³³, que da cuenta del valor total por concepto de honorarios.

c.- Frente a la subordinación y dependencia:

Obran los siguientes testimonios rendidos el día 12 de agosto de 2020:

DIANA MILENA MONCADA CASANOVA, quien es técnico auxiliar de enfermería y conoció al demandante en el 2004 en el Hospital El Tunal. La testigo trabajó en el Hospital El Tunal desde el 2004 hasta el 2017 por prestación de servicios, tiene demandado al Hospital y el demandante no es testigo dentro de su proceso. La testigo era auxiliar de enfermería en sala de partos, estuvo un tiempo en la noche hasta el 2014 y después pasó a la mañana del 2014 al 2017.

³³ Archivo digital PDF 01. ExpedienteDigital2018094. fls. 30-31.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-00094-00

Demandante: Elver Martínez Rodríguez

Demandado: Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

Frente a la prestación personal del servicio, indicó que conoció al demandante de camillero, él se fue un tiempo y volvió. Cuando era camillero, lo fue en el mismo turno donde la testigo estaba. Cuando él volvió, ya no era camillero si no era el encargado de todo lo de cadena de custodia. Ahí se veía con él en las capacitaciones que él les daba o cuando lo llamaban para que los asesorara sobre todo en casos de código blanco, él los guiaba cómo se debería manejar ese tema de cadena de custodia. Señaló que el demandante volvió a llegar al Hospital como en el 2012.

Frente a la subordinación, precisó que en varias ocasiones en especial cuando llegaban los códigos blancos, como no manejaban muy bien el tema, había que llamar al demandante para que los asesorara. Incluso recuerda que, en el turno de la noche, lo llamaban a la hora que fuera porque es un tema delicado lo de la cadena de custodia. Esto lo hacían porque él era el único encargado y la directriz que les habían dado era que, en caso de dudas, antes de realizar la cadena de custodia debían llamarlo entonces les dejaban el número del teléfono de él.

Mencionó que en urgencias estaba como la oficina donde guardaban estas cadenas de custodia dentro del Hospital y el demandante estaba allá, a veces iba a buscarlo y lo encontraba allá si era de día. El demandante trabajaba en el turno de la tarde de 1 a 7 de la noche.

Señaló que el demandante tuvo como jefe a la coordinadora MARCELA PEÑA que era la encargada de esos procesos y el demandante portaba el carnet del Hospital que era suministrado por la oficina de talento humano.

YINA PAOLA HERNÁNDEZ BUSTOS, quien es técnico auxiliar de enfermería y fue compañera de trabajo del demandante del 2012 hasta julio de 2017. La testigo tuvo tres horarios mientras estuvo trabajando en el Hospital El Tunal, en la mañana de 7 a 1 de la tarde, una temporada en el horario de la tarde de 1 de la tarde a 7 de la noche y estuvo en el horario de la noche que era de 7 de la noche a 7 de la mañana. Su vinculación fue por contrato de prestación de servicios, tiene demandado al Hospital y el demandante no es testigo dentro de su proceso.

Frente a la prestación personal del servicio, sostuvo que el demandante desempeñaba todo lo que tenía que ver con cadena de custodia. Indica que en el caso de ellos que trabajaban en el área de sala de partos, él era la persona que pasaba por los servicios mirando a ver qué había de cadena de custodia, él iba por los servicios y recogía todo lo que era el material probatorio por ejemplo muestras de sangre, muestras de fluidos, muestras de orina, la ropa, él era la persona encargada de recolectar todas esas pruebas.

Frente a la subordinación, manifestó que el horario del demandante era de 1 de la tarde a 7 de la noche, pero no solamente ese era el horario de él porque muchas veces si había algo en la noche, por ejemplo cuando ella estaba en la noche, les tocaba llamarlo si llegaba algo por violación o cualquier cosa para que viniera a recoger las muestras o lo que tuviera que llevarse. Nadie lo podía reemplazar, la persona que veía con la labor de estar pendiente de lo de las muestras y toda esa cuestión era él.

Afirmó que el demandante a la hora que fuera le tocaba presentarse. MARCELA PEÑA era una jefe de urgencias y la jefe inmediata de él. El demandante no podía programar los turnos dependiendo de su propia disponibilidad, él hablaba con su jefe inmediata y si ella disponía que pudiera tomar un turno o cambiar un turno lo podía hacer, pero para él era más complicado porque no había quién lo reemplazara.

Precisó que el demandante siempre estaba sujeto a las órdenes de la jefe inmediata. En varias ocasiones que la testigo estaba en el turno de la noche, que se suponía ya no tenía nada que ver el demandante, él en ocasiones venía y algunas veces con la policía, a recoger muestras cuando había cadenas de custodia en la noche. El demandante siempre portaba un carnet que decía lo que él hacía con lo de cadena de custodia y cuando él iba a hacer sus funciones, había una canasta de código blanco que era del Hospital.

Añadió que el demandante tenía que llenar un libro cada vez que pasaba por los servicios para verificar que tuviese que ir por todos los servicios a mirar qué había de cadena de custodia, y por lo general

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-00094-00

Demandante: Elver Martínez Rodríguez

Demandado: Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

siempre las actividades que él hacía eran las mismas. El libro era como una planilla que hay en todos los servicios dependiendo la actividad que uno tenga.

Indico que los pagos se realizaban de manera mensual.

Interrogatorio de parte. El demandante dio respuesta a las preguntas formuladas en los siguientes términos:

Señaló que es asistente forense. Su vinculación con el Hospital El Tunal fue por medio de contrato de prestación de servicios desde el 2012 hasta agosto de 2017, se desempeñó como administrativo grado 2 encargado de cadena de custodia. Dentro del Hospital sus funciones eran pasar por los servicios recolectando evidencias, pertenencias, atendiendo a los del CTI y a la SIJIN cuando ingresaban a solicitar las evidencias, atender a familiares para entregarles las pertenencias, capacitar el personal médico, enfermeras jefes y enfermeras auxiliares en cómo manejar el proceso de cadena de custodia, el proceso de embalaje, cómo se debe diligenciar el rótulo, la cadena de custodia para que no se los devolviera las autoridades cuando lo requiriera y estar presente con los médicos para realizar todo el proceso de las muestras.

Agregó que cuando ingresa un paciente al Hospital le retiran las pertenencias, a todo eso se le hacía un embalaje y se llenaba un formato de pertenencias el cual cuando llegaban los familiares les hacía firmar que les estaba entregando las pertenencias que los auxiliares anteriormente ya habían llenado en el formato.

Indicó que cumplía un horario de la 1 de la tarde a las 7 de la noche y un sábado o un domingo rotado de 7 a 7 y si necesitaban algo fuera de sus horarios lo llamaban para él poder asesorarlos o entregar evidencias a la Fiscalía, trabajaba en la mañana en Medicina Legal y en la tarde estaba en el Hospital.

Precisó que su jefe era la coordinadora de urgencias la doctora MARCELA PEÑA. Si había alguna actividad prioritaria la doctora MARCELA le comunicaba en las mañanas.

Análisis de los testimonios.

Los testigos DIANA MILENA MONCADA CASANOVA y YINA PAOLA HERNÁNDEZ BUSTOS contestaron directamente las preguntas relacionadas con los hechos de la demanda. De los testimonios recepcionados se infiere que el horario de trabajo del demandante era por turnos que debían cumplirse, lo cual guarda relación con la naturaleza de las actividades realizadas, esto es, de auxiliar administrativo encargado del proceso de cadena de custodia.

Coincidieron en afirmar que el demandante tuvo como jefe a la coordinadora MARCELA PEÑA, que el horario de trabajo del demandante era en el turno de la tarde de 1 de la tarde a 7 de la noche y que pese al horario establecido, el demandante debía tener disposición en horas de la noche, habida cuenta que la cadena de custodia es un procedimiento delicado que no puede dar espera debido a la recolección de evidencias y muestras que pueden perderse si no se hace a tiempo.

Lo anterior acredita una verdadera subordinación en la prestación del servicio que por la naturaleza misma del cargo es de carácter permanente y, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los empleados de planta. El despacho le da credibilidad al testimonio, conforme a la coherencia y claridad de sus dichos, además de los contratos de prestación de servicios en donde se registra el objeto del contrato y se evidencia el servicio personal sin posibilidad de poder ejecutar su trabajo en otro sitio que no fuera el Hospital toda vez que era el encargado de manejar el proceso de embalaje, de la recolección de evidencias y muestras en el hospital material que era aportado a las autoridades.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-00094-00

Demandante: Elver Martínez Rodríguez

Demandado: Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

Además, obran contratos de prestación de servicios y otrosí adición y prórroga del periodo ³⁴ certificado de pagos, ³⁵ manual de funciones ³⁶, certificado RETE ICA y RETEFUENTE, ³⁷ Certificación de existencia del cargo de auxiliar administrativo II y emolumentos ³⁸ que acreditan lo anteriormente expuesto y hacen evidente la naturaleza de las actividades desarrolladas como auxiliar de enfermería.

Frente a los alegatos de conclusión presentados por la demandada.

La Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. presentó de manera oportuna alegatos de conclusión. Al respecto, este Despacho considera lo siguiente:

- Arguye que *“ Ahora bien, para que el contratista sea beneficiario de los honorarios pactados mensualmente, debe cumplir con rigor con las actividades y obligaciones pactadas dentro del respectivo periodo, actividades y obligaciones que son verificadas por el supervisor del contrato, sin que este se convierta por ello en su jefe inmediato; sin embargo, ello en manera alguna se puede tomar como una “jornada laboral” de las que regula la relación laboral propiamente....*
- *“Dentro del plenario obra prueba testimonial que no ofrece para el presente litigio la certeza de que la demandante estuviese realmente frente a un contrato realidad, así, en primer lugar, los testigos demandaron también a la entidad por lo que pueden tener un interés particular en las resultas del presente proceso. Además, los testigos fueron claros y enfáticos al afirmar que estaban bajo un contrato de prestación de servicios...”*
- *“Sexto, en el caso en estudio, 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, la contratista fue vinculada mediante contratos de prestación de servicios de manera independiente y sin subordinación alguna. Séptimo, 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”*

Sobre este punto se logró probar que, efectivamente, la demandante tenía superiores jerárquicos que le impartían órdenes a título de subordinación. Las testigos DIANA MILENA MONCADA CASANOVA y YINA PAOLA HERNÁNDEZ BUSTOS fueron consistente en afirmar de las que la jefe del demandante era MARCELA PEÑA y que se cumplía un horario, además que se trató de la prestación del servicio aproximadamente de cinco años.

No le asiste razón a la demandada, toda vez que, resulta claro para el Despacho que los servicios prestados son propios del giro ordinario de la entidad, funciones que no pueden realizarse en un lugar externo al Hospital y que, por ser de auxiliar encargado de cadena de custodia, requieren la disponibilidad de estar en permanente contacto con pacientes, usuarios y personal como médicos y enfermeros, entre otros. El simple hecho de aceptar las obligaciones de carácter contractual con la firma del contrato, no impide que en la práctica se hayan estructurado todos los elementos propios de una verdadera relación laboral, lo cual permite dar aplicación directa al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades previsto en el artículo 53 de la Carta Política.

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.

³⁴ CARPETA 22 PDF DEL 1 AL 11

³⁵ CARPETA 29 PDF 01

³⁶ CARPETA 29 PDF 03

³⁷ PDF 36 al 42

³⁸ PDF 49

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-00094-00

Demandante: Elver Martínez Rodríguez

Demandado: Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

Respecto a la labor desarrollada, tenemos que el objeto principal del ente hospitalario es la prestación de servicios de salud, que se encuentra directamente ligado a la labor desarrollada por el contratista, es decir, el servicio de AUXILIAR II y AUXILIAR ADMINISTRATIVO II, evidenciada en el contrato con actividades como gestionar el proceso de cadena de custodia, capacitar al personal de enfermería y médicos que manejen evidencias y elementos materiales probatorios, mantener actualizada la cadena de custodia, presentar informes internos y externos, recoger evidencias en cirugía, urgencias y sala de partos, notificar a la URI sobre hallazgos de evidencia física de cadena de custodia, desarrollar la cadena de valores, cumplir con las capacitaciones programadas en el proceso de inducción y reinducción, entre otras actividades que le sean asignadas por el jefe inmediato y que sean afines con el objeto contractual.

Los contratos suscritos permiten evidenciar las funciones asignadas que acreditan que, el demandante ejecutaba labores propias del giro ordinario de la E.S.E. demandada, organizando las diferentes tareas encomendadas.

Respecto a la transitoriedad, se encuentra demostrado que el demandante prestó sus servicios a través de la suscripción de contratos de prestación de servicios desde el 09 de julio de 2012 hasta el 31 de agosto de 2017, esto es, aproximadamente 5 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, permite concluir la falta de autonomía del demandante para llevar a cabo sus funciones, pues recibía órdenes por parte de la coordinadora MARCELA PEÑA, a título de subordinación, al cumplimiento de horarios y funciones. Del material probatorio se infiere que, el cumplimiento de sus labores requería su permanencia en las instalaciones del ente hospitalario, en diferentes servicios, aunado al hecho que el demandante ejerció sus funciones de forma permanente y con disponibilidad las 24 horas del día

Es dable destacar que, dentro de las actividades específicas de cada uno de los contratos suscritos, se encontraban funciones que el demandante no tenía la posibilidad de desempeñar en un lugar diferente a las instalaciones de la entidad demandada, dada su evidente naturaleza de tener como destinatarios de la obligación encomendada. Así mismo, no podía desempeñar sus funciones cuando quisiera o, dicho de otra forma, darse su propio horario, toda vez que su actividad dependía del continuo servicio en horarios habilitados para la atención al público.

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, la jornada laboral, el cumplimiento de los requisitos de la relación laboral y la propiedad de los elementos de trabajo por parte de la entidad, así como el ejercicio de subordinación por parte de los coordinadores y jefes encargados 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.

Por consiguiente, habrá de declararse imprósperas las excepciones de: Falta de configuración de los elementos esenciales del contrato realidad, inexistencia de la obligación y del derecho, pago, inexistencia de vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, buena fe,

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-00094-00

Demandante: Elver Martínez Rodríguez

Demandado: Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

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

Prescripción en materia de contrato realidad³⁹

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»⁴⁰.

En torno a este tema la Sección Segunda en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016⁴¹, al estudiar este fenómeno jurídico en la órbita del contrato realidad, consideró que: «[...] la prescripción encuentra sustento en el principio de la seguridad jurídica, en la medida en que busca impedir la perpetuidad de las reclamaciones referentes a reconocimientos de índole laboral, que pudieron quedar pendiente entre los extremos de la relación de trabajo al momento de su finalización, pues contrario sensu, resultaría desproporcionada la situación en la que se permitiera que el trabajador exigiera de su empleador (o ex empleador) la cancelación de emolumentos que con el transcurrir de los años implicarían un desmedro excesivo del patrimonio de este [...] y le impediría la conservación de los elementos probatorios tendientes a desvirtuar lo demandado».

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

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

ii.- Prescripción frente a las prestaciones sociales.

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

Así pues, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, supera los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar las prestaciones que de ella se derivan, en aplicación del principio de la «primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales» de que trata el artículo 53 Constitucional, perderá su oportunidad de obtenerlas, ya que dicha inactividad o tardanza será traducida en desinterés, el cual no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Empero, precisó que, en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un periodo determinado y que la ejecución entre uno y otro tenga un lapso de interrupción, habrá de analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización, por cuanto uno de los 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.

³⁹ 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

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, actor: Javier Enrique Muñoz Fruto. Número interno: 3404-2013.

⁴¹ 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

Radicado: 110013335-017-2018-00094-00

Demandante: Elver Martínez Rodríguez

Demandado: Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

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 y aplicando la sentencia unificada del Consejo de Estado, que no hubo interrupción en los contratos de prestación de servicios, no configurándose el fenómeno de la prescripción, en razón a la terminación del vínculo contractual el día 31 de agosto de 2017, la reclamación presentada el día 25 de septiembre de 2017 y la presentación de la demanda no superan el termino legal de 3 años para ser declarado ⁴²

Tercer problema jurídico: ¿la demandante tiene derecho a la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devengaban los empleados del Hospital El Tunal III 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.

⁴² Archivo PDF 01 Expediente FL 6

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-00094-00

Demandante: Elver Martínez Rodríguez

Demandado: Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

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. [...]”⁴³ (Negrillas del texto original).

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

Lo anterior significa que, la entidad demandada para efectos del reconocimiento de estos aportes, deberá tener en cuenta el ingreso base de cotización, durante todo el tiempo laborado, esto es, el periodo durante el cual se desarrollaron las órdenes de prestación de servicios 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, al 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”⁴⁴.

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 comprendido entre el 9 de julio de 2012 y el 31 de agosto de 2017, tomando como base de liquidación el valor mensual contratado con la demandante y realizando los descuentos de ley.

⁴³ 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

⁴⁴ 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

Radicado: 110013335-017-2018-00094-00

Demandante: Elver Martínez Rodríguez

Demandado: Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

2.- El valor en el porcentaje que por Ley debió cancelar el Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. como empleador, por aportes a pension al Sistema General de Seguridad Social entre el 9 de julio de 2012 y el 31 de agosto de 2017 sin incluir las interrupciones, tomando como base de liquidación el valor mensual contratado, pues en este punto no operan los fenómenos jurídicos de caducidad de la acción y de prescripción cuando se presente la reclamación de los aportes pensionales adeudados al Sistema Integral de Seguridad Social derivados del contrato realidad, como quiera que redundan en garantías de orden público imprescriptibles, por mandato de la Constitución y la Ley y, debido a que el juez contencioso tiene el deber de pronunciarse sobre el particular a efectos de efectivizar los derechos del trabajador.

Para tales efectos, 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. Indemnizaciones:

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

2. Indemnización moratoria:

Las cesantías como prestación social de carácter especial, constituyen un ahorro forzoso de los empleados para auxilio en caso de quedar cesantes. Este emolumento se encuentra regulado por las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, las cuales prevén que el empleador deberá liquidarlo al 31 de diciembre de cada año por anualidad o fracción, y consignarla antes del 15 de febrero del año siguiente a que se causó, en cuenta individual a nombre del empleado en el fondo de cesantía que él mismo elija.

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

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

[...]

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

[...]» (Se subraya)

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

No es posible ordenar el pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a favor 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.

3. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de Seguridad Social en salud: El Consejo de Estado en sentencia de unificación de jurisprudencia de fecha nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) dentro del proceso 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016) resolvió el problema jurídico frente a la posibilidad de devolver los aportes a salud, en el porcentaje que el contratista no hubiese estado obligado a realizar e indicó *“en función de su naturaleza parafiscal,⁴⁵ estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado*

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 28 de septiembre de 2016. Radicación 76001 23 33 000 2012 00288 01 (3681 2013) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2018-00094-00

Demandante: Elver Martínez Rodríguez

Demandado: Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».⁴⁶

Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla,⁴⁷ no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. Además, reembolsar estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a las administradoras de servicios de salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal. “

4. Perjuicios morales:

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

5. Frente al reintegro 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 procedente⁴⁸.

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.⁴⁹: $R=Rh \times \text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$ ⁵⁰.

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

⁴⁶ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Radicado 76001 23 33 000 2012 00288 01 (3681 2013) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁴⁷ Situación que también cambia y amerita mención especial con la entrada en vigor del Decreto 1273 de 2018 « Por el cual se modifica el artículo 2.2.1.1.1.7, se adiciona el Título 7 a la Parte 2 del Libro 3 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en relación al pago y retención de aportes al Sistema de Seguridad Integral y Parafiscales de los trabajadores independientes y modifica los artículos 2.2.4.2.2.13 y 2.2.4.2.2.15 del Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo»

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Consejo de Estado Sección segunda Sentencia 5116-05 del 13 de julio de 2006.

⁵⁰ 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: 110013335-017-2018-00094-00

Demandante: Elver Martínez Rodríguez

Demandado: Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

PRIMERO. - Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio con radicado No. OJU-E 1871 – 2017 del 5 de octubre de 2017,⁵¹ suscrito por el 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. - Declárese la existencia de la relación laboral entre el Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. y el señor ELVER MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, durante el periodo comprendido entre el 09 de julio de 2012 y el 31 de agosto de 2017.

TERCERO- Condénese al Hospital El Tunal III Nivel E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., a pagar a título de indemnización a favor del señor ELVER MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, el equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados públicos del Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. por el tiempo laborado, esto es, desde el 09 de julio de 2012 y el 31 de agosto de 2017 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, 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 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 del 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:⁵² $R=R_h \times \text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$ ⁵³.

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 C.P.A.C.A.

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

OCTAVO. –Reconocer personería adjetiva al Doctor JONNY RICARDO CASTRO RICO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.794.457 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. T.P. 153.598 en calidad de apoderado de la entidad demandada en los términos del poder que aporta.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

⁵¹ Pdf 01 expediente fl 12

⁵² Consejo de Estado Sección segunda Sentencia 5116-05 del 13 de julio de 2006.

⁵³ En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el 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: 110013335-017-2018-00094-00

Demandante: Elver Martínez Rodríguez

Demandado: Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

CRP

Firmado Por:

Luz Matilde Adaime Cabrera
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Sala 017 Contencioso Admsección 2
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **de245030ea2b6b39b3c391b74e561d18bc78613ced26d8004d87c6e0a86517e7**

Documento generado en 03/12/2021 11:06:12 AM

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