



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, doce (12) de noviembre de dos mil quince (2015)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-002-2012-00072-01
DEMANDANTE: ANA MARGARITA MERLANO ARRIETA
DEMANDADO: E.S.E. UNIDAD DE SALUD SAN FRANCISCO DE ASÍS DE SINCELEJO
M. DE CONTROL: NULIDAD Y REST. DEL DERECHO

La Sala Segunda de Decisión, obedeciendo la posición de mayorías esgrimida en providencia de 27 de agosto de 2015¹, según la cual, se dejó sin efectos el auto de 24 de febrero de 2015, que había declarado la falta de competencia funcional del Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, procede en esta oportunidad, a proferir sentencia de **segunda instancia**, dentro del presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, iniciado por **ANA MARGARITA MERLANO ARRIETA** contra la **E.S.E. UNIDAD DE SALUD SAN FRANCISCO DE ASÍS DE SINCELEJO**.

1. ANTECEDENTES:

1.1. Pretensiones²:

La señora **ANA MARGARITA MERLANO ARRIETA**, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la **E.S.E. UNIDAD DE SALUD SAN FRANCISCO DE ASÍS**, con el fin que se declare la

¹ Folios 69-73 cuaderno de segunda instancia.

² Folio 3-4 del expediente.

nulidad del oficio N° 000700 de mayo 23 de 2012, emanado del Despacho de la Gerente de la E.S.E. Unidad de Salud San Francisco de Asís.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordenara a la entidad demandada, el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas y sus intereses, primas semestrales y de navidad, descanso anual y prima de vacaciones, recargos nocturnos, domingos y festivos, licencia de maternidad (a partir del 17 de diciembre de 2011) y demás emolumentos, no percibidos en razón de su cargo, desempeñado en la entidad demandada, además de aquellos aportes, que debieron realizarse a seguridad social, por el tiempo que laboró dentro de la mencionada entidad.

De igual manera, se solicitó que se disponga, para todos los efectos legales, que no ha existido solución de continuidad, de los servicios prestados desde el 6 de septiembre de 2002, hasta el 24 de junio de 2012. Al igual, pidió que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA, y se condene en costas a la entidad demandada.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda³:

Manifestó, la actora, que fue vinculada con la **E.S.E. SAN FRANCISCO DE ASÍS DE SINCELEJO**, mediante contratos de prestación de servicios, a través de Cooperativas de Trabajo Asociado y “bolsas de empleo”, para desempeñar el cargo de “bacterióloga”, con una asignación mensual de \$1.260.000.00.oo.

Señaló, que prestó sus servicios de manera personal, retribuida y subordinada, durante diez (10) años, siete (7) meses y diecisiete (17) días, de manera continua e ininterrumpida, atendiendo, estrictamente, las órdenes emanadas de la dirección de la entidad

³ Folios 1-3 y 5-9 del expediente.

empleadora, en cuanto a la forma como debía efectuar su trabajo, cumpliendo horarios laborales, impuestos por la entidad accionada, consistentes en turnos de 4 horas diarias, que posteriormente cambiarían a 6, durante los 7 días de la semana, incluyendo dominicales, horario nocturno y festivos.

Relató la demandante, que existiendo continuidad en el servicio subordinado, fue despedida de sus labores, cuando se encontraba en período de lactancia, sin que se le cancelara su respectiva licencia de maternidad, así como tampoco los gastos clínicos y farmacológicos, en que incurrió durante su embarazo, como tampoco se le cancelaron las prestaciones sociales y aportes pensionales, a que por ley tiene derecho, tales como cesantías definitivas y sus intereses, primas semestrales y de navidad, descanso anual y prima de vacaciones, recargos nocturnos, domingos y festivos, por el tiempo en que estuvo vinculada a la administración.

En vista que no se le efectuaba el pago de las prestaciones sociales, a las que consideraba, que por ley tenía derecho, la accionante elevó una reclamación laboral ante la entidad accionada, para que se le reconociera y pagara, todas aquellas prestaciones dejadas de percibir, durante el interregno de tiempo comprendido, entre 6 de septiembre de 2002, hasta el 24 de junio de 2012, siendo negativa la respuesta obtenida por parte de la misma, mediante oficio No. 0007000 datado de mayo 23 de 2012.

Como **soporte jurídico** de su pretensión, alega como violadas, normas de orden constitucional (Art 13, 25 y 53 de la C. N) y legal: artículo 07 del decreto 1950 de 1973.

Como **concepto de la violación** plantea como un aparte de su tesis, la falsa motivación del acto administrativo expedido, puesto que en su parte considerativa sostiene, que la demandante, fue vinculada a esta entidad, mediante la modalidad de prestación de servicios, regido por la normatividad civil, aseveración que en el parecer del

actor, se aparta, notoriamente, de la realidad, puesto que los hechos relatan, que la demandante cumplía ordenes permanentes por parte de su empleador, prestaba sus servicios de manera personal, por un tiempo superior a 10 años, dejando ver así que su prestación del servicio, era permanente y necesaria, lo que quiere decir que estas actividades, se alejan de lo enmarcado en la Ley 80 de 1993.

Aunado a esto la demandante, consideró, que existió una clara infracción a la ley, puesto que con la expedición del acto administrativo, objeto de la *Litis*, se quebrantó, evidentemente, el precepto constitucional de la igualdad en materia laboral; además del desconocimiento de la primacía de la realidad sobre las formas, consagrado en la Carta Magna en el artículo 53, puesto que la relación que se sostuvo entre las partes, en materia laboral, fue muy diferente a la que se llevó plasmada a un papel, repudiando así, la prevalencia de lo real, sobre los meros formalismos.

Concluyó su análisis violatorio, enunciando lo consignado en el artículo 7 del decreto 1950 de 1973, donde se plantea la imposibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios, para cargos que deban ejercer funciones públicas de carácter permanente.

1.3. Contestación de la demanda⁴.

La entidad demandada, se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que carecían de fundamentos legales, toda vez que entre la entidad y la demandante, no ha existido relación laboral, por lo que solicitó, se le absuelva de las reclamaciones pretendidas.

Manifestó, que a pesar de que existía un vínculo contractual entre las partes, éste no era de índole laboral, por lo que no se configuran los presupuestos legales, para hacer exigibles las prestaciones sociales pretendidas por la actora, puesto que la mencionada vinculación, se

⁴Folios 90 - 93.

dio mediante un contrato de prestación de servicios, en el cual no existía subordinación alguna.

Negó que haya existido subordinación, pues, aunque si hubo una vinculación directa a través de un contrato de prestación de servicios, aquella, ostentaba autonomía e independencia técnica y profesional, a la hora de prestar los servicios contratados. Agregó, que con respecto al período de 10 años, 7 meses y 17 días de servicios, deberá probarse.

Sostuvo, que no es cierto que se haya despedido a la accionante, durante su periodo de lactancia, pues, lo que realmente ocurrió, fue la finalización del contrato de prestación de servicio No. 142, el día 17 de diciembre de 2011, señalando además, que a la luz del contrato existente entre las partes, no estaba la entidad accionada, en la obligación de cancelar los emolumentos, que pretende reclamar la actora, mediante este medio de control.

Propuso las excepciones de fondo denominadas: (i) inexistencia de la obligación, por cuanto entre la accionante y la ESE, nunca ha existido una relación laboral, por ello, es imposible acceder al pago de las prestaciones reclamadas en esta oportunidad y (ii) las genéricas o las que resulten probadas en el proceso.

1.4.- Sentencia impugnada⁵.

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 10 de julio de 2014, decidió declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación y en consecuencia, negó las súplicas de la demanda.

Luego de hacer un recuento, de los supuestos fácticos probados en el proceso, a raíz de la valoración que efectuara a cada una de las

⁵ Folios 186-195 cuaderno de primera instancia.

pruebas documentales y testimoniales, practicadas en el asunto de la referencia, el argumento medular del A quo, para negar las pretensiones formuladas por la demandante, estriba en la no demostración de la subordinación, como elemento transcendental para determinar la existencia de la figura de contrato realidad, la cual predica la actora, como causa determinante para devengar las prestaciones sociales, supuestamente causadas en el interregno laborado para el centro de salud demandado, toda vez que de las planillas de cumplimiento de horario, no determina con suficiencia, el cumplimiento de órdenes, sino el ejercicio de funciones encomendadas, de manera que ese material probatorio no prueba la subordinación presuntamente generada. Aunado a ello, acogiendo las pruebas testimoniales recabadas en el plenario, se evidenció que las funciones impartidas a la accionante, se produjeron en virtud de una actividad de coordinación, más no de sujeción, por cuanto nunca le impartieron llamados de atención, circunstancia ésta que por sí sola, apunta a una dependencia en cumplimiento de directrices.

1.5.- Recurso⁶.

La parte demandante, dentro de la oportunidad legal, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 10 de julio de 2014, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, manifestando que el A quo, incurrió en vía de hecho, por desconocer el precedente vertical, sentado por el Consejo de Estado, donde en múltiples oportunidades, ha determinado que el cumplimiento de horario, sí vislumbra la configuración del elemento de subordinación, en aras de constituirse una verdadera relación laboral, a partir de la desnaturalización de los contratos de prestación de servicios.

⁶ Folios 202-207 cuaderno de primera instancia.

Adujo, que si bien el cumplimiento de horas y/o “turnos”, se concibe como elemento esencial, para acreditar la subordinación, también existen otros factores, que determinan la causación de elemento, como es, que se trate de aquellas labores que pueden ser ejecutadas por personal de planta, supuesto que acontece en el *sub examine*, dado que las funciones de bacterióloga, no son extrañas o ajenas, a lo que usual y necesariamente compete al objeto misional, de la ESE Unidad de Salud San Francisco de Asís de Sincelejo, como quiera que son inherentes, al propósito de esa unidad médica. Sumando que las labores desempeñadas fue siempre permanente, en razón a que estuvo por más de 10 años, vinculada de manera continua.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 14 de enero de 2015, se admitió el recurso de apelación, interpuesto por la demandante⁷.

- En auto de 24 de febrero de 2015, se declaró la falta de competencia funcional del juzgado segundo administrativo del circuito de Sincelejo y se dispuso declarar la nulidad de la sentencia de 10 de julio de 2014, asumiendo el proceso en primera instancia, desde la etapa de alegaciones de conclusión, inclusive; sin embargo, esa decisión se dejó sin efecto, mediante providencia de 27 de agosto de 2015, ordenándose la continuación de la controversia, en sede de segunda instancia⁸.

- Obedeciendo la posición de mayorías en el Tribunal, en proveído de 18 de septiembre de 2015, se retomó el curso de la segunda instancia y se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁹.

⁷ Folio 3, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folios 14-20 y 69-73 cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folio 86, cuaderno de segunda instancia.

.- **Alegatos parte demandante:** No presentó escrito de alegaciones finales de segunda instancia.

.- **Alegatos parte demandada:** consideró que se debe confirmar la sentencia apelada, como quiera que no se encuentran acreditados, los tres elementos que componen la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la retribución del mismo y ejecución de las labores, bajo una continuada subordinación y dependencia.

.- **Ministerio Público:** No presentó concepto de segunda instancia.

2.- CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia.

El Tribunal es competente, para conocer en **Segunda Instancia**, de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2.- Problema Jurídico.

De los extremos de la *Litis* y atendiendo lo señalado en el art. 320 y 328 del C.G.P., aplicables por remisión del art. 306 del CPACA, el problema jurídico a desatar en la presente acción es: ¿Entre la señora **ANA MARGARITA MERLANO ARRIETA** y la **E.S.E. SAN FRANCISCO DE ASÍS DE SINCELEJO**, existió una relación de subordinación y dependencia, que diera lugar a una relación laboral, encubierta mediante la celebración de contratos de prestación de servicios, capaz de generar el reconocimiento y pago de acreencias y prestaciones laborales?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1.- Marco conceptual y jurisprudencial del contrato realidad – contratistas de Empresas Sociales del Estado.

La Constitución Política de 1991, en atención al nuevo marco sustancial definido por la categorización de un Estado Social de Derecho, se preocupó en consolidar la garantía y protección de los derechos fundamentales de nuestra organización política y social.

Bajo este paradigma, el constituyente estableció una serie de catálogos que buscaron definir, cuáles bienes jurídicos son de especial protección, con miras a dar preeminencia, a las situaciones que ameritan la mayor atención del Estado y sus asociados, para efectos de concretar una relación justa y adecuada, a las exigencias del contexto contemporáneo.

Dentro de dicha tutela, se erige el derecho al trabajo, el cual ha sido protegido desde sus múltiples aristas de concretización e interpretación, destacándose en esta oportunidad, la valoración íncita en el *principio de la primacía de la realidad sobre la forma*¹⁰, en la contratación de servicios laborales.

Sobre este último aspecto, la Corte constitucional, ha forjado una línea coherente sobre la temática. En reciente jurisprudencia, a través de un juicio de constitucionalidad abstracto del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, "*Por medio de la cual se reforma el Sistema General de*

¹⁰ Constitución Política Art. 53. Sobre su naturaleza, la Corte Constitucional en Sentencia C665 de 1998, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara indicó "*Conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Fundamental, el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades. Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser este quien deba demostrar la subordinación jurídica*".

Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, destaca aspectos sobresalientes, entorno a la principalística abordada, en las facultades desplegadas por las Empresas Sociales del Estado, para contratar con terceros, la prestación de ciertos servicios, donde se destaca:

“En este sentido, esta Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”; (ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”; (iii) al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”; (iv) al criterio de excepcionalidad, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”; y (v) al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral”¹¹.

En suma, de lo expuesto hasta aquí puede concluirse que el carácter de propio o permanente de la función contratada por una entidad del Estado, permite diferenciar si realmente se trata de un contrato laboral o de un contrato de prestación de servicios, **ya que si la labor contratada hace parte de las funciones permanentes de la entidad o puede ser realizada por empleados de planta o no requiere conocimientos especializados, se trata en realidad de un**

¹¹ Ibídem.

contrato laboral aunque las partes le den el nombre y forma de contrato de prestación de servicios.

5.6 En consecuencia, esta Corporación **reitera aquí la regla de prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública**, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución. A este respecto, esta Corte ha reconocido que actualmente se presenta un aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración, lo cual se ha convertido en una “práctica usual en las relaciones laborales con el Estado”, ha conducido a “la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas”, y ha dado lugar a las denominadas “nóminas paralelas” o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados out sourcing”.

Así, la Corte ha evidenciado la existencia de una gran brecha entre la regla de prohibición de contratación de servicios de funciones permanentes de las entidades públicas y la realidad fáctica relativa a este tema, constatando al efecto la falta de eficacia real de dicha prohibición derivada de los preceptos constitucionales mencionados, ineficacia que afecta temas estructurales de la Carta de 1991, como los principios rectores del derecho al trabajo y de la función pública. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha reiterado de manera enfática la abierta inconstitucionalidad de “.., **todos los procesos de deslaborización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas ... legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo**” (...)

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha sostenido la existencia de claros límites constitucionales a la contratación estatal derivados directamente de la Carta Política en sus artículos 25, 53, 123 y 125 Superiores, de manera que ésta debe respetar prevalentemente la regla general de acceso al trabajo permanente con el Estado, de respeto por la vinculación laboral con la administración, y por tanto la prohibición respecto de la celebración de contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones de carácter permanente o propias de la entidad, cuando exista personal de planta que pueda desarrollarlo o cuando no se requieran conocimientos especializados. En consecuencia, esta Corporación ha advertido e insistido,

*especialmente a las autoridades administrativas o empleadores del sector público, pero también a los particulares o empleadores del sector privado, sobre el necesario respeto a la prohibición derivada de las normas constitucionales mencionadas, de contratar a través de contrato de prestación de servicios, funciones permanentes y propias del objeto de las entidades privadas o públicas, ya que esta práctica **“desdibuja el concepto de contrato” y “porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores” “pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales.”**¹²(Negrilla del texto)*

De esta forma, la jurisprudencia constitucional ha establecido, una serie de imperativos, parámetros y factores, para poder ejercer la facultad de contratación de servicios, evitando la práctica diseminada en la administración, que desdibuja las relaciones laborales, debiendo los operadores judiciales, estudiar la casuística respectiva, para efectos de evitar tan reprochable circunstancialidad.

Ahora bien, la jurisprudencia contenciosa administrativa¹³, a diferencia de la constitucional, ha tenido una línea intelectual disímil, que en los últimos años, ha logrado encontrar una posición equiparable a la asumida por la Honorable Corte Constitucional, donde destaca la protección de las garantías laborales y el respeto por la relación asumida en los artículos 25 y 53 de la Constitución Política, donde resalta la configuración de una verdadera relación laboral, en los eventos en que es acreditado, fehacientemente, la existencia de los tres elementos de un contrato de trabajo, que son a saber: la *prestación del servicio*, la *remuneración* y la *subordinación*.

Sobre este aspecto, en sentencia del 4 de marzo de 2010¹⁴, en los casos de prestación de servicios médicos, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo manifestó:

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-171 de 2012. M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹³ Sobre la evolución del tema del Contrato Realidad ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. Sentencia del 19 de abril de 2012. Expediente con radicación interna 2204-11. C. P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. Expediente con radicación interna 1413-08. C. P. Dr. Gustavo

“(…) Al respecto dirá la Sala que, si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud por disposición expresa de la Ley 10 de 1990 que reorganizó el Sistema Nacional de Salud, la especialidad de que se revisten los servicios Médicos –en tratándose de personas naturales-, no excluye por sí sola la posibilidad del empleo público, y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado al extralimitar el contenido real y la naturaleza de un contrato de prestación de servicios, de manera que no puede admitirse de manera absoluta que en cuanto a tales servicios no quepa la figura del contrato realidad, desde luego, cuando a ello haya lugar, **más cuando la prestación del servicio de salud constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las Entidades Estatales prestadoras del mismo.**

Así, aun cuando el objeto del contrato haya sido la prestación de servicios Médicos Generales, no puede utilizarse la preceptiva arriba señalada como argumento in limine para descartar la posible existencia de una relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, pues descartadas la autonomía e independencia características del mismo, desvirtuada su temporalidad -es decir, demostrada la permanencia y continuidad del servicio- y probados los elementos de una relación laboral en los términos inicialmente esbozados, se posibilita el reconocimiento del contrato realidad en tales casos.

Debe precisar la Sala además, que la autonomía e independencia que ostenta el personal médico para aplicar sus conocimientos científicos específicamente a cada caso, no descarta 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.

Así las cosas, debe revisarse en cada caso las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las

partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva, homogenicen las causas propuestas ante esta Jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso. (Subraya fuera del texto)

A partir de lo anotado, para los casos del personal vinculado al sector de la salud, concretamente a la prestación de servicios médicos y/o de enfermería, si bien es cierto, que la ley permite la vinculación de este personal a través contratos de prestación de servicios, a entidades hospitalarias, a efectos de prestar servicios de manera especializada, que propugne por el avance y la actualización científica, sin que signifique el surgimiento de derechos laborales, también lo es, que en ciertos eventos, muy específicos, no siempre las empresas sociales del Estado, deben acudir a esta modalidad de vinculación laboral con la administración, como por ejemplo, cuando se requiera vincular a médicos, odontólogos, enfermeras, auxiliares de enfermería, entre otros profesionales de la salud, con el propósito que desempeñen labores y funciones similares, al personal con las mismas condiciones profesionales, adscritos a la planta de personal permanente de la entidad, pues, de necesitar a profesionales de la salud, para el cumplimiento de las funciones anotadas, deben acudir a la creación de cargos y no a la contratación de prestación de servicios, en razón a que se propiciaría las denominadas "nóminas paralelas", lo cual, no es el fin de este tipo de vínculo contractual.

Cuando las empresas sociales del Estado, vinculen profesionales del área de la salud, mediante contratos de prestación de servicios, para que presten unos servicios iguales o semejantes, a lo que prestan los vinculados a la planta de personal de la entidad, sin que éstos profesionales de la salud, tengan la condición de especializados, añadiendo que si ese servicio se presta de manera permanente y continua, se estaría ante una inminente relación laboral, inmiscuida en un contrato de prestación de servicios, que en la forma recibe esa denominación, empero, en la realidad, ostentan todas las condiciones de una vinculación laboral.

En ese contexto, el servicio prestado por ese contratista del área de la salud, hace parte del objeto y el giro normal de las funciones primordiales de la entidad, lo cual hace, que tenga cierta sujeción o dependencia, con las directrices y políticas, que adopten las directivas de esa institución, de manera, que no es factible pregonar, autonomía en la ejecución de las labores encomendadas, como quiera que están sujetas a las expresas disposiciones científicas, asistenciales y médicas, de las directivas de las institución de salud.

Conforme a lo desarrollado, es claro que la materialización del contrato realidad, está supeditada a la acreditación de los elementos de una relación laboral, donde el juzgador debe valorar las circunstancias fácticas de cada caso, según la contextualización de la casuística abordada.

2.3.2.- Estabilidad laboral reforzada – fuero de maternidad de mujeres embarazadas vinculadas mediante contratos de prestación de servicio.

En este punto, debe referirse, que la jurisprudencia constitucional, en sentencia de unificación SU – 070 de 2013, ha decantado sólidamente el concepto de la estabilidad laboral reforzada, derivada de mujeres en estado de gravidez, vinculadas por contrato de prestación de servicio, las cuales, en virtud de ciertos eventos, tienen derechos propios del fuero de maternidad.

En ese sentido, frente a la protección de la mujer en estado de embarazo, dijo:

*“10.- La protección a la mujer durante el embarazo y la lactancia tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional. **En primer lugar**, el artículo 43 contiene un deber específico estatal en este sentido cuando señala que la mujer “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”. Este enunciado constitucional implica a su vez dos obligaciones:*

la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado: otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada (...)

12.- El **segundo fundamento** constitucional es la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo, habitualmente conocida como fuero de maternidad. El fin de la protección en este caso es impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia (...)

14.- La Corte concluye entonces, que las disposiciones constitucionales y las normas internacionales establecen una garantía reforzada a la estabilidad en el trabajo de las mujeres que se encuentran en el periodo de embarazo y lactancia. En este sentido, la Corte ha indicado que “en desarrollo del principio de igualdad y en aras de garantizar el derecho al trabajo de la mujer embarazada (...) tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobre costos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas” (...)

16.- Ahora bien, la protección reforzada de la mujer embarazada, estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, la protección a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia. En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, buscando entre otros, “garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos”.

Así, como se ha mencionado, el artículo 43 de la Constitución ordena que “durante el embarazo y después del parto [la mujer goce] de especial asistencia y protección del Estado” y el artículo 53, que dentro de los principios mínimos fundamentales del estatuto del trabajo, se incluya la “protección especial a la mujer [y] a la maternidad”. La intención de las y los constituyentes de garantizar los mencionados derechos, se reitera, se puede evidenciar en la previsión de que la mujer embarazada reciba del Estado un “subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que el fuero de maternidad previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, además de prevenir y sancionar la discriminación por causa o razón del embarazo, desde una perspectiva constitucional e internacional, debe servir también para garantizar a la mujer embarazada o lactante un salario o un ingreso que le permita una vida en condiciones dignas y el goce del derecho al mínimo vital y a la salud, de forma independiente (...)

21.- Existe entonces, como se desprende del anterior análisis y de la jurisprudencia de esta Corporación, **un verdadero fuero de maternidad**, el cual comprende esos **amparos específicos**, que necesariamente el derecho debe prever, a favor de la mujer embarazada, tales como el descanso remunerado antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, **la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido y la estabilidad laboral reforzada**. Por ende, una regulación que podría ser declarada constitucional para otros trabajadores, en la medida en que no viola los principios constitucionales del trabajo (CP art. 53), puede tornarse ilegítima si se pretende su aplicación a las mujeres embarazadas, por cuanto se podría estar desconociendo el deber especial de protección a la maternidad que las normas superiores ordenan (...)

26.- Como se deriva de la anterior exposición, desde la perspectiva legal, la protección de la mujer embarazada y de la maternidad en el ámbito laboral está circunscrita a la figura del fuero de maternidad, de modo tal que se excluye de protección a las trabajadoras que laboran de manera independiente – contrato de prestación de servicios o mediante cooperativas de trabajo asociado-. Así mismo, desde esta óptica, la protección aparece limitada a los casos de despido, lo cual descartaría su vigencia cuando se da por terminado el contrato laboral debido a la expiración del plazo inicialmente pactado –contratos a término fijo- o por la terminación de la obra o labor –contratos por obra o labor contratada-, que es la modalidad de contratación usualmente adoptada por las empresas de servicios temporales, ya que allí no se presenta propiamente la figura del despido (...)

Se ha sostenido pues, que la protección coherente con el sentido de **fuero de maternidad**, **consiste en garantizar a la mujer trabajadora su “derecho efectivo a trabajar” independientemente de la alternativa laboral en la que se encuentre**. En varias ocasiones se ha recalcado que para despedir a una mujer en esas circunstancias el empleador debe demostrar que media una justa causa y ha de

adjuntar, de igual modo, el permiso de la autoridad administrativa competente. Esto no puede significar cosa distinta a la obligación de tomar medidas para mantener la alternativa laboral.

Respecto de algunas modalidades de vinculación, el ordenamiento jurídico colombiano le confiere a los empleadores cierta libertad para no prorrogar los contratos a término fijo que suscriben con los(as) trabajadores. Esta libertad, sin embargo, no es ilimitada y tampoco puede entenderse con independencia de los efectos que la misma esté llamada a producir sobre la relación entre unos y otros. En aquellos eventos en los cuales el ejercicio de la libertad contractual, trae como consecuencia la vulneración o el desconocimiento de valores, principios o derechos constitucionales fundamentales, entonces la libertad contractual debe ceder. **En ese orden de argumentación, ha dicho la Corte Constitucional que la protección de estabilidad laboral reforzada a favor de las mujeres trabajadoras en estado de gravidez se extiende también a las mujeres vinculadas por modalidades distintas a la relación de trabajo, e incluso por contratos de trabajo o prestación a término fijo.**

Esto responde igualmente a la garantía establecida en el artículo 53 de la Constitución, de acuerdo con la cual, debe darse prioridad a la aplicación del principio de estabilidad laboral y de primacía de la realidad sobre las formas así como a la protección de la mujer y de la maternidad (art. 43 C.N).

Al respecto se sostuvo en la primera parte de esta sentencia, que el contenido del principio constitucional de estabilidad laboral en el caso de las mujeres embarazadas se ha forjado a partir de la comprensión de que la búsqueda de regulaciones que permitan a estas mujeres conservar su alternativa laboral, no sólo pretende evitar la discriminación, sino también crear la condiciones económicas para que ellas puedan enfrentar con dignidad el evento del embarazo y nacimiento de su hijo(a). El desarrollo de una actividad laboral implica la posibilidad de solventar los requerimientos fácticos de la gestación, el parto y manutención del(a) recién nacido(a); no sólo por el hecho de contar con medios económicos, sino porque nuestro sistema de seguridad social brinda la mayor cantidad de prestaciones cuando ello es así (...)"

Ahora bien, ese mismo pronunciamiento unificadorio, si bien precisó que el fuero de maternidad, no abarca a las trabajadoras independientes, como aquellas vinculadas mediante contratos de

prestación de servicios, de carácter público o privado o por medio de empresas temporales de servicio o cooperativas de trabajo, también adujo, que en el evento en que se desnaturalice, *verbi gracia*, esa vinculación laboral, para mutarse en una verdadera relación laboral, la “contratista”, en el evento de estar vinculada bajo la modalidad contractual de prestación de servicios, ostenta el derecho de tener protección constitucional reforzada, con ello, la atribución de gozar el fuero de maternidad, acompañado de todas las prerrogativas que de ella emana.

En esa eventualidad, se dijo, que se aplicarán las reglas previstas para los contratos laborales a término fijo. Para mayor ilustración, se transcribe apartes de ese pronunciamiento:

*“(...) En el supuesto de vinculación de la mujer gestante o lactante mediante contrato de prestación de servicios, el juez de tutela deberá analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral. Si bien la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la configuración de un “contrato realidad”, pues “existen las vías procesales ordinarias laborales o las contencioso administrativas, a través de las cuales [se] puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral”, en los casos donde se encuentre en inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho constitucional fundamental, este estudio deberá ser realizado por el juez de tutela. En el caso de contratos de prestación de servicios celebrados por el Estado con personas naturales, debe advertirse que éste únicamente opera cuando “para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden”. Por esta razón, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que si en el contrato de prestación de servicios, privado o estatal, se llegare a demostrar la existencia de una relación laboral, “ello conllevaría a su desnaturalización y a la vulneración del derecho al trabajo reconocido en el preámbulo; a los artículos 1, 2 y 25 de la Carta; además a los principios de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, al de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y al de la estabilidad en el empleo.” **Con***

todo, en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato real, la Sala ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro las característica del contrato de prestación de servicios, según lo ha entendido esta Corporación, se encuentran que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido (...)”

En ese sentido, debe traerse a colación, las reglas que el mentado fallo sentó, para que las trabajadoras en estado de embarazo, vinculadas mediante contrato laboral a término fijo, puedan gozar de los derechos derivados del fuero de maternidad.

“Hipótesis fácticas de la alternativa laboral de una mujer embarazada, desarrollada mediante CONTRATO A TÉRMINO FIJO.

2.1 Cuando el empleador conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan dos situaciones:

2.1.1 Si la desvincula antes del vencimiento del contrato sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo: En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación.[49]

2.1.2 **Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando como una justa causa el vencimiento del plazo pactado:** En este caso el empleador debe acudir antes del vencimiento del plazo pactado ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el

periodo de gestación; y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C. S. T." (Todas las negrillas y subrayas fuera de texto)

Visto esto último, para que proceda el reintegro de una trabajadora o contratista, desvinculada en estado de embarazo, se requiere que sea retirada, antes de la terminación del contrato, sin el calificativo previo de justa causa por parte del inspector de trabajo, esto en caso de las empleadas vinculadas mediante contrato de trabajo. Sin embargo, cuando la desvinculación ocurre, como consecuencia de la terminación del período para el cual fue contratado, si no acude al inspector de trabajo, procede el reconocimiento de las cotizaciones causadas durante el período de gestación.

2.4.- Caso concreto.

Atendiendo los razonamientos expuestos, procede la Sala, a efectuar un estudio y una valoración integral, del acervo probatorio que reposa en el plenario, en aras de resolver las problemáticas jurídicas propuestas.

Se observa que la señora MERLANO ARRIETA, suscribió con la E.S.E. SAN FRANCISCO DE ASÍS, un contrato de prestación de servicios, identificado bajo el número 142¹⁵, donde se encuentra un término de ejecución de dos meses y diez días, que compromete a la contratante, a prestar sus servicios profesionales como BARCTERIOLOGA. Dicha vinculación se corrobora, a partir de las certificaciones expedidas por la ESE demandada, en las que indican, que la vinculación se produjo desde el 28 de septiembre de 2011, hasta el 8 de diciembre de 2011¹⁶, que concuerda con el acta de

¹⁵ Folios 14 – 16.

¹⁶ Folios 53, 94, 95, 157

inicio de contrato, visible a folio 19, teniendo como cuantía global de la labor, la suma \$ 5.168.170.00.

De este modo, al acreditarse tanto el servicio prestado, como la contraprestación económica recibida, se concluye, en primera medida, la configuración de dos de los elementos de la relación laboral, como son la **prestación personal del servicio y la remuneración.**

Siendo así y no habiendo en el acervo, prueba que indique otro vínculo contractual, a través de contratos de prestación de servicios, suscrito entre la accionante y la entidad demandada, se tiene por probado, que la señora MERLANO ARRIETA, solo estuvo prestando los servicios de bacteriología en la E.S.E SAN FRANCISCO DE ASÍS DE SINCELEJO, por el término de dos (2) meses y diez (10) días y no como se sostiene en el escrito de demanda y en el recurso de apelación, que fue por un término superior a 10 años.

A parte de lo anterior, según las probanzas arrojadas al expediente, se infiere que la actora tuvo una vinculación directa con la demandada y no a través de Cooperativas de Trabajo Asociado, siendo entonces, atribuible la orden contractual, a la institución accionada.

Ahora bien, en el expediente reposa certificado suscrito por la gerente (e) de la Cooperativa de Trabajo Asociado Especializada en Servicio de Salud Humana¹⁷, en el que se indica que la parte actora, estuvo asociada a la misma, prestando sus servicios en el proceso de promoción de la salud y prevención de la enfermedad intra y extramurales, subproceso de atención a las enfermedades de interés en la salud pública, como bacterióloga, teniendo una compensación mensual de \$982.500.00, mediante convenio de trabajo asociado, a partir del 1º de febrero de 2008, hasta el 6 de septiembre de 2011.

¹⁷ Folio 144

Este documento, avizora, que previo a la vinculación contractual de la demandante con la ESE demandada, estuvo asociada a la cooperativa señalada, ejerciendo labores de bacteriología; sin embargo, no acredita para quién estaba realizando esa labor, en otras palabras, no es posible establecer, que el trabajo asociado, prestado a través de la referida cooperativa, tuviese como beneficiaria o receptora de ese servicio, a la ESE SAN FRANCISCO DE ASÍS DE SINCELEJO, de modo, que no es posible acreditar el nexo causal, entre sus servicios como bacterióloga, por conducto de la cooperativa en comento y la ESE demandada.

Aunado a esto, la Sala encuentra que la ESE SAN FRANCISCO DE ASÍS DE SINCELEJO, mediante oficio de 23 de julio de 2013¹⁸, certifica que la actora, no tuvo ninguna vinculación directa con aquélla, durante el período comprendido desde el 6 de septiembre de 2002, hasta el 27 de septiembre de 2011, lo que refuerza, que antes de su vinculación formal contractual con la ESE en comento, el día 28 de septiembre de 2011, la parte actora, no tuvo una relación formal directa, con la entidad demandada, por el contrario, estaba asociada a un cooperativa de trabajo.

En ese orden de ideas, ante la inexistencia probatoria del convenio suscrito entre la Cooperativa, en la que estuvo asociada la demandante, con la ESE demandada, en la cual se pueda verificar, que ésta estuvo al servicio de la accionada, por medio de la cooperativa, no es posible, deducir que la señora MERLANO ARRIETA, prestó los servicios de bacterióloga de manera formal y contractual, desde el 6 de septiembre de 2002, hasta el 27 de septiembre de 2011, por lo tanto, el estudio de la subordinación, como elemento de la relación laboral, solo se efectuara en torno al interregno, en que estuvo vinculada directamente, pues, es lo que está debidamente acreditado en el expediente.

¹⁸ Folio 170

Ahora bien, la Sala encuentra que la demandante, aportó copia de cuadros de turnos, en los que se especifican los horarios laborales, en los cuales, la demandante, debía presentarse a su sitio de trabajo¹⁹, cuadros que corresponden, algunos, a períodos anteriores al interregno de vinculación directa; sin embargo, como se dijo en antecedencia, no tienen soporte contractual, imposibilitando estudiar la configuración de la figura de “contrato realidad”, ante la orfandad de una relación formal, entre la actora y la administración de salud.

Así las cosas, si la señora ANA MERLANO ARRIETA, pretende demostrar la causación de una relación laboral, con la ESE SAN FRANCISCO DE ASÍS DE SINCELEJO, entre el 6 de septiembre de 2002, hasta el 27 de septiembre de 2011, sin que exista soporte contractual en ese interregno (inexistencia de contrato escrito), el racionamiento adecuado, para enervar esa situación debe circunscribirse a la figura del “empleado de hecho”, escenario que requiere una disertación y análisis fáctico y probatorio diferente, al que se requiere para ventilar las controversias de “contrato realidad”, supuesto que no fue alegado en el escrito de demanda, por lo que la Sala, no puede estudiar, como quiera que no fue alegada en el escrito demandatorio, ni en ninguna otra etapa procesal y de hacerlo, se vulneraría el principio de la lealtad procesal y de la congruencia.

De este modo, se insiste, el estudio de la subordinación, como presupuesto relevante para la desnaturalización de un vínculo contractual en laboral, en esta controversia, estará delimitada en el período debidamente acreditado, esto es, desde el 28 de septiembre de 2011, a 8 de diciembre de 2011.

En cuanto a la **subordinación**, que se desprende del personal vinculado al sector salud, se tiene que el objeto de las entidades hospitalarias, previsto en la Ley 10 de 1990 y la Ley 100 de 1993, hace entrever, que las funciones desempeñadas por la actora como

¹⁹ Folios 21 – 49.

bacterióloga, son propias del giro normal de los servicios de salud que se prestan, lo cual, implícitamente, al momento de ejercer sus atribuciones encomendadas, debe cumplir las directrices u órdenes que imparten los directivos de la administración hospitalaria, las que a su vez, indudablemente, debe cumplir la contratista, a efectos que el servicio que se presta, sea óptimo y acorde con los lineamientos constitucionales y legales, de modo que en el objeto del contrato de prestación del servicio, al prever la funciones de auxiliar de bacteriología, lleva ínsito el acatamiento de órdenes que se impartan, añadiendo que el objeto encomendado, se ciñe a la prestación de servicios clínicos y de laboratorio, para la obtención de exámenes y valoraciones, que se realicen a los usuarios que requieran los servicios de la ESE demandada.

Así las cosas, encuentra la Sala, que del estudio y valoración integral del acervo probatorio, es evidente la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes de este proceso, la cual, se intentó encubrir mediante la suscripción del contrato de prestación de servicios No. 142, ya que fue demostrado:

- Que la señora ANA MILENA MERLANO ARRIETA, prestó sus servicios, en la E.S.E. UNIDAD DE SALUD SAN FRANCISCO DE ASÍS DE SINCELEJO, dentro del periodo comprendido entre el 28 de septiembre a 8 de diciembre de 2011, excluyendo el interregno comprendido entre el 6 de septiembre de 2002, hasta el 27 de septiembre de 2011, como quiera que en el acervo, no hay prueba que permita inferir, que la accionante, estuvo vinculada, en ese lapso, mediante contrato de prestación de servicio directo o intermediado.
- Que como contraprestación de los servicios contratados, se pactó la suma de \$5.168.170.00.
- Que en el ejercicio de su labor, estuvo ejerciendo funciones permanentes, dirigidas y propias de las labores de la entidad descentralizada, infiriéndose de ello, la *subordinación* característica

de una relación laboral, por el hecho de prestar un servicio profesional (bacteriología), que ayuda y potencializa la labor de brindar y suministrar asistencia médica, asistencia, clínica, científica y de laboratorios a los usuarios de la entidad accionada.

De otro lado, la Sala se percata, que a la señora ANA MILENA MERLANO ARRIETA, le concedieron licencia de maternidad, según orden del Dr. Espinosa, con membrete de la Clínica Santa María, a partir del 17 de diciembre de 2011, toda vez que se encontraba en la semana 38 de gestación²⁰.

De esta prueba se infiere, sin asomo de duda, que la demandante, al momento de estar vinculada a través de contratos de prestación de servicios, en la labor de bacterióloga, así como al momento de ser desvinculada, se encontraba en estado de embarazo, situación que la hace merecedora de una especial protección del Estado, por su estado de gravidez y lactancia, siendo beneficiaria de los derechos que de esa protección emana, como por ejemplo, la cotización y pago de la licencia de maternidad.

En resumen y dando respuesta al planteamiento jurídico propuesto, se tiene que la señora ANA MILENA MERLANO ARRIETA, tuvo una relación laboral encubierta, a través del contrato prestación de servicios No. 142, al desempeñar las labores de bacteriología en la E.S.E. UNIDAD DE SALUD SAN FRANCISCO DE ASÍS, desde el 28 de septiembre de 2011 a 8 de diciembre de 2011, realizando funciones propias del objeto misional de las empresas sociales del Estado, sin que se requiera conocimientos especializados y que pueden ser llevados a cabo, incluso, por el personal de planta de la entidad, lo que hace merecedora del pago de las prestaciones sociales, que devengan los bacteriólogos o profesionales afines, adscritos a la planta de personal del mentado centro asistencial, liquidado conforme al valor pactado en las órdenes referenciadas, sin que ello indique que tenga la

²⁰ Folio 50-51

calidad de empleado público.

Los aportes a salud y pensión a los que tiene derecho la "contratista", demandante, deberán ser girados al fondo administrador de pensiones, a la que se encuentre afiliada (para el caso de pensión) y a la entidad prestadora de salud, donde también esté afiliada, en el porcentaje que corresponde a la ESE demandada, en su calidad de empleador.

En relación al pago de la licencia de maternidad, se tiene que la demandante, es merecedora de protección laboral reforzada, en el sentido que sobre ella recaen, todas las prerrogativas que se derivan del fuero de maternidad, pues, si bien tuvo una relación contractual, quedó evidenciado que en su caso, se produjo la desnaturalización de la misma, dando paso a una relación de carácter laboral, de manera que en este asunto, son aplicables las pautas tasadas por la Honorable Corte Constitucional²¹, en el sentido de ser amparada por el fuero de maternidad, a la ex contratista aquí demandante.

Por ello, la demandante, tiene derecho a percibir el pago de las 14 semanas, correspondientes a la licencia de maternidad, como quiera que la demandada, vulneró su derecho, a recibir un pago remunerado en la etapa de gestación (período comprendido entre el 8 y el 17 de diciembre de 2011) y parto, que coadyuvara a la lactancia del menor recién nacido, de manera que la administración, no puede ser parca, ni pasiva, en no velar por la protección de estas personas que tiene amparo constitucional reforzado. Nótese en este punto, que el ente demandado, no pidió autorización al inspector del trabajo, para dar por terminada la relación hoy considerada laboral, lo que acredita la protección en comento.

Ahora bien, frente al trabajo de horas extras y suplementario, como de la disponibilidad médica, que finalmente abarcaría lo descrito

²¹ Sentencia SU – 070 de 2013.

como pretensión de recargos nocturno, domingos y festivos, debe tenerse en cuenta²²:

Sobre las **horas extras**, el Decreto 708 de 2009, aplicable a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, señala:

*“Artículo 12. Horas extras, dominicales y festivos. Para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar, de descansos compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978 y sus modificatorios, el empleado deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19.”
(Subrayado fuera de texto)*

En relación al trabajo en dominicales y festivos, el Decreto 1042 de 1978, señala:

“Artículo 39. Del trabajo ordinario en días dominicales y festivos. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrado en la asignación mensual. Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el trabajo ordinario en días dominicales y festivos.”

“Artículo 40. Del trabajo ocasional en días dominicales y festivos. Por razones especiales de servicio podrá autorizarse el trabajo ocasional en días dominicales o festivos.”

²² Recuento tomado de Concepto emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública fechado a 9 de abril de 2010.

Ahora bien, respecto al sistema de turnos, debe afirmarse, que aunque no existe norma específica que lo regule para los empleados públicos, atendiendo a la naturaleza del servicio público de salud y la necesidad de la continuidad en el mismo, es posible adecuar la jornada laboral – que es de 44 horas semanales – del personal que se requiera para que se cumpla de manera ininterrumpida en jornadas diurnas, nocturnas o mixtas, como también distribuir esta jornada de 44 horas, en los horarios de trabajo que se hagan necesarios, atendiendo la demanda de servicios, las cargas de trabajo y la disponibilidad presupuestal.

La ley, no ha definido lo que ha de entenderse por “disponibilidad” en materia de jornada laboral. La Corte suprema de Justicia en sentencia de Casación del 11 de mayo de 1968, sobre el tema expresó:

“... no toda “disponibilidad” o “vocación” permanente, por un periodo más o menos largo a prestar el servicio efectivo puede calificarse como trabajo enmarcado dentro de la jornada ordinaria o la suplementaria delimitadas en la ley, pues esta llamada “disponibilidad” tiene tales matices de servicio más o menos frecuentes, y de descansos, tiempo para tomar alimentos, oportunidades de ocuparse en actividad diferente del servicio objeto del compromiso y aún, en ocasiones, de servir a personas diferentes o trabajar en forma autónoma, que encasillar toda “disponibilidad” dentro de la jornada que hace relación a la propia actividad laboral, ...

“No pudiendo adoptarse, por lo anotado, el criterio general de “disponibilidad” como trabajo, es necesario establecer cuándo y en qué medida el no cumplir la actividad concreta laboral sino mantenerse a órdenes del patrono, significa servicio y se incluye en la jornada de trabajo. Porque si esta modalidad de mantenerse a órdenes del patrono, se cumple en el lugar de servicio, sin posibilidad de retirarse de él y sin ocasión de destinar tiempo para tomar alimentos, dormir o cumplir ninguna actividad lucrativa propia, es indudable que tal “disponibilidad”, si encaja dentro de la asimilación al servicio para enmarcarla en la jornada laboral. Y lo propio ocurre si el trabajador debe radicarse, con las modalidades anotadas en determinado lugar. Pero si la disponibilidad permite al subordinado emplear tiempo para alimentarse, dormir, salir del sitio de trabajo y permanecer en su propia casa, sólo

dispuesto a atender el llamado del trabajo efectivo cuando este se presente, no puede considerarse dentro de la jornada laboral el tiempo empleado en alimentarse o en dormir o en ocuparse en su propio domicilio de actividades particulares, aunque no lucrativas... Es cierto que la "disponibilidad" normalmente conlleva una restricción a la libertad de aprovechamiento autónomo del tiempo por el trabajador, por la necesaria radicación en determinados sitios para la facilidad de atención del servicio demandado... la sola "disponibilidad" convenida en el contrato de trabajo puede determinar por esa restricción a la libre disposición de su tiempo por el trabajador, una retribución por sí sola, ya que quede compensada dentro del salario que corresponda a la jornada ordinaria laboral, es decir con el salario corriente estipulado en el contrato cuando es salario fijo, así no se desempeñe ningún servicio efectuado por algún lapso o este trabajo sea inferior en duración a la jornada ordinaria..."

Luego entonces, se considera que es claro que procede el pago de la disponibilidad, cuando ésta se cumpla en el lugar de trabajo, de tal suerte que el empleado, no puede realizar otras actividades. Ahora bien, si durante esta disponibilidad, el empleado permanece en su casa, desarrollando actividades familiares y personales, en principio se considera, que no procede el pago, en cuanto no existe prestación efectiva de las funciones propias del empleo y sólo sería viable el pago de la "disponibilidad", cuando el funcionario, efectivamente, es llamado para atender el servicio.

No obstante, tal como lo expresa la sentencia en comento, al darse una limitación a la disposición del tiempo libre del trabajador, se considera que podría contemplarse una forma de manejo de esta "disponibilidad", que se cumple fuera de la sede de trabajo, para incluirla, por ejemplo, dentro de la jornada laboral, con un tiempo determinado, retribuido con la asignación básica mensual.

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, sobre los turnos de "disponibilidad", profirió la sentencia de Radicación No. 1254, con ponencia del Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce, de fecha 9 de marzo de 2000, señalando:

“Los turnos de disponibilidad no están expresamente reglamentados en la ley. Por aplicación de las normas generales - decreto 1042 de 1978 - y partiendo de la noción de jornada de trabajo, se concluye que si el servidor esta cumpliendo la jornada asignada y el turno de disponibilidad está comprendido en ella y se prestan servicios durante la disponibilidad, ellos se reconocerán atendiendo las condiciones específicas en que se prestaron (jornada nocturna, dominical, etc.), en proporción a los servicios efectivamente prestados, cuantificados en horas.” (...)

(...) “ Si se trata de turno de disponibilidad por fuera del lugar de trabajo, en condiciones tales que el servidor está en posibilidad de disponer de su tiempo, pero obligado a responder de inmediato el llamado de la administración, pueden presentarse, por lo menos, las siguientes situaciones :

- Que el servidor esté cumpliendo la jornada asignada y el turno de disponibilidad esté comprendido en ella. Si se prestan servicios durante la disponibilidad, ellos se reconocerán atendiendo las condiciones específicas en que se prestaron (jornada nocturna, dominical, etc.), en proporción a los servicios efectivamente prestados, cuantificados en horas.

- Que el empleado esté cumpliendo la jornada asignada, el turno de disponibilidad haga parte de la misma y no se preste servicio alguno por cuanto no se efectuó llamada. En este evento, conforme a la normatividad vigente, solo se tendrá derecho a la asignación básica. En el primer caso puede presentarse, además, la posibilidad de trabajo suplementario, el que será remunerado como ya quedó expuesto.

En consecuencia, en estos eventos la entidad nominadora al designar el personal médico, señalará el número de horas que deben ser cumplidas y, al asignar el horario, determinará las modalidades de prestación del servicio, las jornadas respectivas y los turnos de disponibilidad. Las consecuencias salariales se derivan de dichas condiciones laborales.” (...)

Conforme a las normas y jurisprudencia citadas, bien se puede concluir:

- El personal médico perteneciente al nivel profesional, no tiene derecho al reconocimiento de horas extras, como tampoco al pago del trabajo en dominicales y festivos laborados de manera ocasional;

pero si tendrá derecho al pago de dominicales y festivos, laborados de manera habitual o permanente.

El trabajo habitual o permanente en los días dominicales o festivos, dará derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo –valor no susceptible de ser compensado en tiempo- por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado en el mes completo. El valor doble, de la remuneración que corresponde al trabajo habitual en dominicales y festivos, no incluye la remuneración ordinaria del empleo; este doble pago es independiente y adicional a la remuneración habitual del empleo, lo que conlleva efectivamente a un triple pago.

- Procede el pago de la disponibilidad, cuando ésta se cumpla en el lugar de trabajo, de tal suerte que el empleado no puede realizar otras actividades; sin embargo, como quiera que a pesar de estar fuera del mismo, se limita la disposición que tiene de su tiempo libre, podría contemplar la posibilidad de entender incluido ese tiempo, dentro de la jornada laboral, retribuido con una asignación básica mensual.

Respecto al descuento de los días compensatorios, debe tenerse en cuenta, que si el empleado desarrolla trabajo habitual o permanente en dominicales o festivos, tendría derecho a compensatorios, sin que ello de lugar, a descuento alguno, por dicho descanso; por el contrario, si se trata de trabajo ocasional en dominicales y festivos, este no generaría el derecho a compensatorios, de forma que los días laborales, en los cuales no hubiese prestado el servicio, si podrían serle descontados.

Aplicado lo dicho al caso concreto, encuentra la Sala, que no existe prueba distinta a unos cuadros obrantes a folios 41 a 49, que corresponden a horario de trabajo de la demandante, para el

período laboral aceptado como de relación de trabajo, atrás señalado, sin que a partir de ellos, pueda predicarse que deba reconocerse el pago de recargos nocturnos, domingos y festivos, reclamados por el accionante, en tanto, no se demostró, si el horario de servicio reclamado, efectivamente, correspondía a recargo o turno de disponibilidad e incluso, a dominical y/o festivo²³.

Por consiguiente, este Tribunal encuentra, que el acto acusado se encuentra viciado de nulidad, en tanto, desconoció los derechos prestacionales de la demandante, ante el advenimiento de una relación laboral, producto de la desnaturalización del contrato de prestación de servicios de No. 142, en el período que corresponde de 28 de septiembre de 2011 a 8 de diciembre de 2011, en consecuencia, se declarará no probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la E.S.E. UNIDAD DE SALUD SAN FRANCISCO DE ASÍS, concediéndose lo pretendido, en los términos atrás señalados y negándose lo relacionado con el reconocimiento y pago de recargos nocturnos, domingos y festivos, dada la falencia probatoria advertida.

En igual sentido, se accederá a la protección reforzada de la maternidad (gestación y parto), en los términos que ya quedaron descritos.

3.- COSTAS PROCESALES

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone, que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

²³ Es tal la falencia probatoria, que hasta se desconoce el significado de las letras impresas en las mentadas planillas de horario de trabajo, sin que al efecto, pueda aceptarse el contenido del oficio de fecha 6 de septiembre de 2002 (folio 20), toda vez que el mismo corresponde a un período distinto, al de la relación laboral considerada.

En ese sentido, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda Oral de Decisión del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 10 de julio de 2014, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLÁRESE no probada la excepción de "*inexistencia de la obligación*", formulados por la E.S.E. UNIDAD DE SALUD SAN FRANCISCO DE ASÍS, según lo expuesto.

TERCERO: DECLÁRESE la nulidad del oficio No. 000700 de mayo 23 de 2012, suscrito por el Gerente de la E.S.E. UNIDAD DE SALUD SAN FRANCISCO DE ASÍS, conforme las consideraciones esgrimidas.

Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la E.S.E. UNIDAD DE SALUD SAN FRANCISCO DE ASÍS, a título de restablecimiento, en el reconocimiento y pago a favor de la señora ANA MILENA MERLANO ARRIETA, de todas las erogaciones salariales y prestacionales a que tiene derecho, causadas en el período laborado entre de 28 de septiembre de 2011 a 8 de diciembre de 2011, en igual cantidad o proporción, a los que devengan los bacteriólogos o profesionales de salud afines, adscritos a la planta de personal del mentado centro asistencial, liquidado conforme al valor pactado en las órdenes referenciadas.

De igual manera, se efectúe los aportes a salud y pensión en los Fondos Administradores de Pensión y Entidad Prestadora de Salud – EPS, donde se encuentre afiliada.

CUARTO: CONDENAR al ente demandado, a reconocer y pagar las sumas equivalentes a catorce (14) semanas de licencia de maternidad, a favor de la señora ANA MILENA MERLANO ARRIETA, conforme se indicó en la parte motiva de esta providencia. Igualmente **CONDENAR** a la demandada, a efectuar las cotizaciones a seguridad social, durante el periodo que estuvo en gestación, correspondiente al período que va desde el 8 al 17 de diciembre de 2011.

QUINTO: El valor de la condena se actualizará, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh * \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el índice inicial, será el día en que se efectuó el pago y el índice final, corresponde al día en que efectivamente se realice el pago de lo ordenado.

SEXTO: NIÉGUENSE la demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: DÉSE cumplimiento a esta sentencia, con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 a 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Expídanse las copias del caso, para el cumplimiento de la misma.

OCTAVO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada. En firme la presente providencia, por el *A quo*, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C.G.P.

NOVENO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobada en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 00177/2015

Los magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ