



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
DE VILLAVICENCIO

Villavicencio, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

RADICACIÓN: 50 001 33 33 007 2017 00354 00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEL DERECHO
DEMANDANTE: SIXTA CECILIA ESPINOSA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE Y
LA ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DEL
GUAVIARE.

De conformidad con con lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia dentro del proceso instaurado por **SIXTA CECILIA ESPINOSA**, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE y la E.S.E. HOSPITAL SAN JOSÉ DEL GUAVIARE, para que previa tramitación de rigor, se acceda a sus pretensiones conforme la fijación del litigio en la Audiencia Inicial.

A N T E C E D E N T E S

I. SÍNTESIS DE LA DEMANDA:

i. Ante esta jurisdicción concurre la parte actora con el objeto de obtener la nulidad del siguiente acto administrativo:

- **Oficio sin número del 30 de mayo de 2017**, proferido por la Gerente de la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN JOSÉ DEL GUAVIARE**, mediante el cual negó el reconocimiento de la existencia de una relación legal y reglamentaria con la señora SIXTA CECILIA ESPINOSA, y el pago a las acreencias laborales y prestaciones sociales.

Como restablecimiento del derecho, solicita se ordene al ente demandado, pagar a favor de la demandante SIXTA CECILIA ESPINOSA una indemnización del daño causado por concepto del no reconocimiento y pago de prestaciones sociales, acreencias y demás emolumentos dejados de percibir desde el 1º de mayo de 2012 hasta la materialización

del pago, debidamente indexados, al reconocimiento y pago de los perjuicios morales y materiales y a los cuales tiene derecho por haber prestado sus servicios a la entidad demandada así como al pago de los intereses moratorios sobre las anteriores sumas de dinero, según las previsiones del C.P.A.C.A., hasta la fecha en que se verifique su pago, y se condene en costas a la entidad demandada.

II. El **sustento fáctico** lo narró la parte actora informando que:

1. La demandante fue vinculada a la E.S.E. HOSPITAL SAN JOSÉ DEL GUAVIARE mediante contratos de prestación de servicios, para laborar en actividades de aseo, desinfección y lavado, de manera ininterrumpida desde el 1 de mayo de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2016.

2. Sostiene que, en cumplimiento de dichos contratos de prestación de servicios, existió subordinación y dependencia, cumplimiento de horario y se prolongaron durante 4 años, cumpliendo un horario fijo de trabajo y cuadros de turnos de disponibilidad, según necesidad del servicio.

3. La demandada se negó a reconocer a la demandante las prestaciones sociales, acreencias, horas extras, diurna, nocturnas en días ordinarios y festivos, dominicales y demás emolumentos.

4. Durante su vinculación, la demandante estuvo sujeta y subordinada a las órdenes del subgerente Administrativo de la E.S.E. HOSPITAL SAN JOSÉ DEL GUAVIARE, cumpliendo sus órdenes y los horarios de trabajo establecidos, recibiendo salario bajo la modalidad de honorarios.

5. La demandante siempre tuvo que sufragar el pago de aportes a seguridad social y estuvo desprovista de afiliación a riesgos profesionales.

6. La demandante nunca disfrutó de vacaciones ni indemnización por dicho concepto, no le fueron canceladas horas extras, dominicales o festivos, ni recibió indemnización por tales conceptos.

En acápite de exégesis de los hechos, la demandante señala:

a. Prestación del servicio: la demandante prestó sus servicios en actividades de aseo, desinfección y lavado de manera ininterrumpida del 1 de mayo de 2012 al 30 de septiembre de 2016, prestando sus servicios de forma personal, directa, continua y subordinada.

b. Subordinación o dependencia: la entidad demandada fijó las pautas para el desarrollo de la labor, imponiendo horarios de trabajo y escogiendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que la demandante desarrollaría sus labores, configurándose una subordinación, desnaturalizando el contrato de prestación de servicios.

c. Retribución: la demandante recibió de las demandadas un pago regular, uniforme, periódico y retributivo de los servicios prestados, cuya cuantía final fue de \$1.190.000 mensuales.

III. En el acápite de **normas violadas** señala como vulneradas las siguientes:

- Art. 13, 25, 53, 122 y de la Constitución Política.
- Decreto 222 de 1993.
- Decreto 2277 de 1979.
- Artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993.
- Artículo 138 del CPACA.
- Artículo 1 Decreto 2767 de 1945.
- Artículo 17 de la ley 6 de 1947
- Sentencia T426 de 2015.
- Sentencia del Consejo de Estado sección II Subsección B de fecha 18 de septiembre de 2014, expediente 68001-23-33-000-2013-001616-01.
- Consejo de Estado sección II sentencia 205-06806 del 12 de mayo de 2014.

En el **concepto de violación**, adujo que el ente nominador viola las normas enunciadas en el acápite anterior, pues pretende desconocer derechos de carácter constitucional y legal, como son las acreencias laborales a que hay lugar en razón de las funciones que desempeñó la demandante ante la administración pública, las cuales se disfrazaron con contratos de prestación de servicios, camuflando la verdadera relación de trabajo, vulnerando los derechos de la demandante.

Argumentó que el acto demandado adolece de **falsa motivación** porque no está acorde con el contenido normativo existente, ya que los servicios prestados por la demandante se brindaron de manera permanente, continua y son propias de las que ejecutan los empleados públicos como se deduce de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante y la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DEL GUAVIARE, se prestó en las instalaciones de la entidad desde el 1º de mayo de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2016.

IV. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La entidad demandada Departamento del Guaviare, en su contestación de demanda¹ se opuso a las pretensiones, manifestando que la primera no es procedente, por cuanto el oficio demandado fue cimentado en los contratos suscritos por la demandada y se encuentra dotado de legalidad y fundamento, por lo que no puede ser declarado nulo; de igual manera señaló que la segunda pretensión no es procedente pues no existió relación laboral sino una relación contractual, conforme a los contratos suscritos, amparados por la ley 80 de 1993.

Manifestó que se opone a todas las pretensiones de la demanda, por considerar que no le fue causado ningún daño a la demandante y, en consecuencia, no se le debe suma alguna por concepto de prestaciones sociales, daños materiales o daños morales. Finalmente, se opone a la condena en costas, por cuanto estas deben ser pagadas por la parte vencida.

Propuso como excepciones de fondo la *inexistencia del contrato por no configurarse los elementos propios de una relación laboral, inexistencia de la causa solicitada*.

De otro lado, la ESE Hospital San José del Guaviare **no contestó la demanda** conforme quedó indicado en el auto del 27 de septiembre de 2018.

IV. AUDIENCIA INICIAL

4.1. FIJACIÓN DEL LITIGIO:

En la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., llevada a cabo el día 1 de noviembre de 2018², se dejó constancia de la inasistencia de la ESE Hospital San José del Guaviare y se fijó el litigio de la siguiente manera:

"...se contrae a determinar: Si la vinculación de la demandante reúne todos los requisitos de una relación laboral y por ello debe garantizarse el pago de prestaciones sociales, conllevando la declaratoria de nulidad del acto administrativo acusado.

O si por contrario le asiste razón a la entidad demandada, al afirmar que la vinculación de la demandante es a través de un contrato de servicios profesionales que no generó los beneficios

¹ Obrante a folios 204 a 212 del expediente.

² Acta obrante a folios 244 al 249 y CD a folio 250 del cuaderno 2 del expediente.

de una relación laboral, en virtud de lo cual las pretensiones deben ser negadas”.

iii. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

- PARTE ACTORA

La parte actora presentó sus alegatos³, reiteró los argumentos expuestos en la demanda, haciendo un análisis de las pruebas aportadas al expediente y manifestando que ellas evidencian la configuración de los elementos exigidos para declarar la existencia de un contrato realidad.

- PARTE DEMANDADA DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE

La entidad demandada presentó sus alegatos el 21 de junio de 2019⁴, indicando que la entidad no está llamada a responder por la presunta responsabilidad administrativa ejercida por la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DEL GUAVIARE, teniendo en cuenta que dicha entidad cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y financiera como lo estipula la Ley 1876 de 1994.

Hizo alusión a la audiencia de pruebas del 20 de junio de 2019, en la que se evaluaron los testimonios de las señoras MARÍA MELBA LEAÑO LEÓN y MIRIAM CAICEDO MOYANO, testigos de la parte demandante, donde se pudo corroborar que no existió ningún vínculo laboral con la demandante, ni ella prestó servicio alguno en la Gobernación del Guaviare.

Mencionó, que la señora SIXTA CECILIA ESPINOSA, realizó las reclamaciones de sus acreencias laborales y la Gobernación del Guaviare remitió mediante oficio SJ-LA-1004-637 de fecha 15 de mayo de 2016 a la ESE Hospital de San José del Guaviare quien era la encargada de otorgar contestación a dicha reclamación.

Indicó, que la Gobernación del Guaviare no firmó contrato con la demandante ni ella prestó servicio alguno en la Gobernación del Guaviare, además, las Empresas Sociales del Estado, al tener personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y en cumplimiento del artículo 6 del Decreto 195 de 2007, les corresponde los ingresos

³ Folios 328 a 330.

⁴ Según sello de recibido en la secretaria de este estrado judicial visible a folio 324-327 del cuaderno 2 del expediente.

generados de su producción, facturación, recaudo, financiar todas las actividades administrativas y de apoyo para el cumplimiento de su objeto social, dentro de ellas, el cubrimiento de las acreencias laborales que tienen los funcionarios públicos que les prestan sus servicios y el pago de las condenas impuestas por un operador judicial y todo rubro que se genere de la situación inherente al funcionamiento del mismo.

Finalmente, manifestó que la Gobernación del Guaviare no debe ser condenada por ningún tipo de obligación o pretensión incoada en la demanda.

- PARTE DEMANDADA ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DEL GUAVIARE.

La apoderada de la ESE Hospital San José del Guaviare presentó sus alegatos el 8 de julio de 2019, manifestando que la prestación del servicio a la luz del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, requiere entre otras, que las actividades que no puedan desarrollarse con el personal de planta o aquellas, requieran conocimientos especializados. En el caso que nos ocupan ni siquiera existe personal de planta para realizar tales actividades, por cuanto el cargo no está creado.

Por lo que no está presupuestado por la entidad una proyección para el pago de los salarios y prestaciones sociales de un cargo que no está creado.

Además, consideró que no se probaron los elementos de una relación laboral y tampoco los elementos adicionales (permanencia y equidad o similitud), expresando que, según lo indicado por la jurisprudencia, se refiere al parámetro de comparación con los demás empleos de planta son elementos adicionales que prueban la relación laboral y de los cuales no se tiene evidencia en el proceso, por cuanto la prestación del servicio no implicó la permanencia de la demandante en la entidad, el contrato suscrito entre las partes se sujetó al cumplimiento de actividades debidamente coordinadas en distintas áreas que le permitían incluso trabajar en otra entidad, ya que el contrato no tenía ninguna cláusula de exclusividad, razón por la cual no puede predicarse subordinación, como tampoco permanencia; y en lo que respecta a la equidad o similitud, no hay parámetro de comparación con otro empleo de planta, por cuanto el empleo no está creado, entonces no cumplió funciones ni actividades idénticas o similares a las de un cargo de planta.

Indicó, que la demandante prestó sus servicios en distintas áreas, que no comprendían las mismas actividades, razón por la cual no puede

predicarse la permanencia en el tiempo bajo un mismo contrato y con unas mismas actividades.

Frente a los testimonios recepcionados en la audiencia del 20 de junio de 2019, hizo alusión a algunas respuestas de las testigos en cuanto a las horas extras y el tiempo laborado por la demandante.

Finalmente solicitó, que no se acceda a las pretensiones de la demanda, no condenar a la ESE Hospital San José del Guaviare, teniendo en cuenta que es una entidad de segundo nivel que no cuenta con presupuesto para asumir el pago de este tipo de acreencias.

- MINISTERIO PÚBLICO.

No emitió concepto.

C O N S I D E R A C I O N E S

I. COMPETENCIA

Tramitada la instancia sin que se vislumbre vicisitud alguna que invalide lo actuado y por encontrarse reunidos los presupuestos procesales de rigor, se procede a emitir el fallo que en derecho corresponda, advirtiendo que éste Despacho es competente para tal efecto, en atención a lo dispuesto por el artículo 155 del C.P.A.C.A.

II. EXCEPCIONES

La entidad demandada Departamento del Guaviare propuso las que denominó: *Falta de Legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de contrato de trabajo por no configurarse los elementos propios de una relación laboral, inexistencia de la causa solicitada.*

Al respecto frente a la falta de legitimación en la causa por pasiva, considera el Despacho que será en el debate de fondo donde se determinará si existe o no el derecho material pretendido mediante sentencia favorable o desfavorable al demandante o demandado.

III. El Problema Jurídico:

El problema jurídico en el presente proceso se contrae a determinar si el servicio prestado por la actora como es la realización de labores de lavado y desinfección de ropa utilizada en los diferentes servicios de la ESE Hospital San José del Guaviare, a través de contratos de prestación

de servicio directos, se desnaturalizó en una relación laboral que le da derecho a reclamar y percibir salarios y prestaciones sociales a título de indemnización, en igualdad de condiciones a los empleados de planta.

Para tal efecto, se dispondrá el estudio de la legalidad del acto administrativo acusado, y los siguientes temas i) La Relación Laboral con el Estado; ii) El Contrato de Prestación de Servicios y contrato realidad, iii) Prescripción de Derechos laborales; iv) material probatorio y v) caso concreto.

Para abordar lo anterior se requiere analizar los siguientes asuntos:

IV. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

i. La Relación Laboral con el Estado:

Sobre el vínculo laboral de una persona natural con una entidad pública, debe recordarse que se puede dar en dos modalidades, bien sea la estatutaria o también llamada legal y reglamentaria, o la contractual laboral, es decir, a través de un contrato de trabajo. En el primer evento, se adquiere la calidad de empleado público y en el segundo, la de trabajador oficial.

La diferencia principal entre estas dos formas de vinculación laboral con el Estado es que frente a los empleados públicos el régimen de servicio está determinado en la ley y el reglamento con anterioridad a la vinculación y por ello, no hay ninguna posibilidad que se entren a discutir las circunstancias del empleo, ni a acordar condiciones laborales diferentes a las señaladas de manera general y abstracta por las normas que los rigen, la formalización se da a través del acto administrativo de nombramiento y la posesión; mientras que los trabajadores oficiales se rigen por la relación de trabajo que ha sido fijada por las partes de común acuerdo en el respectivo contrato, permitiéndose entonces la posibilidad de discutir las condiciones aplicables, obviamente se formaliza con la suscripción del respectivo contrato laboral.

Sobre las características esenciales de la relación laboral son coincidentes algunos sectores de la jurisprudencia y la doctrina, en señalar que los elementos son prestación personal del servicio, remuneración o salario y subordinación.

ii. El Contrato de Prestación de Servicios y contrato realidad:

El contrato de prestación de servicios es un contrato estatal, se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, así:

"Art. 32.- De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

3º. Contrato de prestación de servicios.

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

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

De lo transcrito se coligen los siguientes elementos para la configuración del contrato de prestación de servicios, a saber:

1. Su objeto debe estar ligado necesariamente con el desarrollo de actividades que se relacionen con la administración o el funcionamiento de la entidad. Es decir, el contratista vinculado a través de esta clase de contrato estatal, sea persona natural o jurídica, deberá ejercer funciones concernientes a la parte administrativa o a las actividades propias o del giro ordinario de la entidad contratante.

Siendo ello así, no puede desconocerse que la naturaleza de la actividad que constituye el objeto de un contrato de prestación de servicios puede ser permanente o excepcional, ya que el legislador del año 93 no lo distinguió, basta entonces con que guarden relación con la administración o con el funcionamiento de la entidad para que puedan componer el objeto contractual.

Por esta razón, es que ya la jurisprudencia nacional⁵ ha admitido que tal disposición modificó tácitamente la limitante que consagraba el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 en concordancia con el artículo 7º del Decreto 1950 de 1973, según los cuales está prohibida la celebración de esta clase de contratos para "el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente", estableciendo al mismo tiempo la obligación de crear los empleos correspondientes.

Tal interpretación encuentra plena justificación en la realidad que, para la época de expedición del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, y que aún hoy persiste, en la que las necesidades de la Administración en materia de contratación no solo hacen referencia a las actividades excepcionales que ejecuta sino igualmente a las que cumple habitual y normalmente.

2. De otro lado, se encuentra en la norma descrita que tales contratos pueden ser celebrados tanto con personas jurídicas como con personas naturales. Sin embargo, frente a éstas últimas fija una restricción, cual es que sólo pueden ser contratadas personas naturales para desarrollar las actividades referidas, en dos únicos eventos:

a) Cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta. Esto acontece cuando en la planta de cargos de la entidad no existe el empleo para tal acción o por insuficiencia de personal, es decir, que el personal de planta, aunque por manual de funciones deba ejecutar tal labor, físicamente le resulta imposible hacerlo; y

b) Cuando se requiera los conocimientos especializados de esa persona natural. Por ello constituye un contrato intuitu personae, es decir, en consideración a la persona que se contrata, dado que posee los conocimientos especiales que requiere la entidad para desarrollar determinada función administrativa o inherente a su funcionamiento.

3. Finalmente, como característica especial de este contrato el inciso final de la norma anteriormente citada, señala expresamente que por ningún motivo tales contratos podrán configurar una relación laboral ni generar el compromiso de la entidad en pagar prestaciones sociales.

Así mismo, restringe el tiempo de su celebración al que estrictamente necesite la entidad; luego, la entidad contratante deberá prever al momento de suscribirlo el tiempo que tardará en superar las

⁵ Sentencia de octubre 31 de 2002. Consejo de Estado. Sección Segunda. C.P. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO. Rad. 20001-23-21-000-1999-00756-01(1420-01). Partes: CARLOS CHINCHILLA LANZZIANO contra el SENA.

circunstancias que dieron origen a la necesidad de dicha contratación, lo que indica que no ha de ser indefinido, pues si la actividad contratada la requiere por tiempo indeterminado, indudablemente que para ello no se permitió el contrato estatal aludido.

Lo anterior significa que si bien la Ley 80 de 1993 autorizó la contratación para una actividad que puede tener carácter permanente, de aquellas que habitualmente cumple la entidad, no ocurre lo mismo frente a la necesidad de contratar dicha actividad⁶.

A pesar de lo anterior, se ha sostenido jurisprudencialmente que es posible desvirtuar la relación contractual, previa demostración de los elementos propios de la relación laboral, esto es la prestación de servicios por la demandante, la subordinación y la remuneración como contraprestación a dicho servicio.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

"El tema del contrato de prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales; sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, analizó la diferencia entre tal contrato y el de carácter laboral. Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental cuando se comprueba la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación inicialmente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación.

Al respecto, esta Corporación en fallos como el del 23 de junio de 2005 proferido dentro del expediente N°. 0245 por el Dr. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador. Tal tesis, se contrapone a la Jurisprudencia anterior en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que concurra un sometimiento a las condiciones

⁶ O dicho de otra manera, tal necesidad no puede ser de la misma índole permanente como la actividad, sino temporal para superar la coyuntura que constituye el motivo de la contratación.

necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o de tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento de subordinación. Así se estipuló en sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda. El razonamiento fue replanteado por la Sección Segunda, que en fallos como el inicialmente citado del 23 de junio de 2005, volvió a la tesis primigenia que había sido trazada ya desde la sentencia del 18 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Flavio Rodríguez Arce (Exp. 11722 – 1198/98). De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se recoge, que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos inicialmente referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales”⁷.

iii. Prescripción de Derechos laborales

Al respecto el H. Consejo de Estado, ha variado su postura frente a la operancia o no de éste fenómeno jurídico en los casos relativos a contrato realidad, una tesis inicial afirma que los derechos laborales para el demandante nacen con la expedición de la sentencia constitutiva de derechos, es decir, aquella que declare la existencia de la relación laboral entre el demandante y la entidad pública⁸.

Sin embargo, en Jurisprudencia⁹, ésta misma entidad argumentó:

"(...)

Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda- Subsección A. sentencia del 4 de marzo de 2010, expediente No. 1413-08, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁸ Ver sentencias Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. 19 de febrero de 2009. CP. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ. Radicado. 3074- 2005; sentencia del 28 de enero de 2010 radicado. 1361-07.

⁹ Sentencia del 25 de agosto de 2016, Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16.

ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas²⁶ e irrenunciabilidad a la seguridad social.

Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la "...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador. Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios..." (Negrillas fuera del texto).

Así las cosas, se tiene que los derechos laborales reclamados por quien pretenda la declaratoria de existencia de un contrato realidad, están sujetos a la prescripción prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, por lo cual, tales derechos se extinguirían en el término de tres (3) años contados a partir de su exigibilidad, término que se interrumpe con la reclamación escrita pero solo por un lapso igual, entre otras cosas, por la prevalencia del derecho

a la seguridad jurídica que le asiste a la entidad que obre como demandada.

iv. HECHOS PROBADOS

i. La demandante SIXTA CECILIA ESPINOSA , por intermedio de apoderada elevó peticiones a las entidades demandadas el **10 de mayo de 2017**, con el fin que le reconocieran el vínculo laboral entre el Departamento del Guaviare, la ESE Hospital San José del Guaviare y la demandante, desde el 1 de mayo de 2012 al 30 de septiembre de 2016, así mismo, solicitó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, acreencias y demás emolumentos a los que tiene derecho, con ocasión de la prestación de servicios de aseo y desinfección en los diferentes servicios de la ESE Hospital san José del Guaviare, desde el 01 de mayo de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2016¹⁰.

ii. La entidad demandada Hospital San José del Guaviare mediante oficio del **30 de mayo de 2017**¹¹, dio contestación a tal petición, manifestando que la actora estuvo vinculada en calidad de contratista a través de órdenes de prestación de servicios para realizar labores de lavado y desinfección de ropa utilizada en los diferentes servicios de la ESE Hospital San José del Guaviare, determinando que no es procedente el reconocimiento de algún beneficio adicional al ya recibido.

Fueron aportadas copias de los contratos de prestación de servicios suscritos por la demandante y el Hospital San José del Guaviare desde el 1º de mayo de 2012 al 30 de septiembre de 2016¹², así:

ORDEN DE PRESTACION DE SERVICIOS	AÑO	PLAZO EJECUCION	INICIO	FIN	VALOR CONTRATO	SUPERVISOR
379	2012	2 meses	1 de mayo 2012	30 de junio de 2012	\$ 2.380.000	sub gerente administrativo y financiero de la ese hospital San José del Guaviare
595	2012	1 mes	1 de julio de 2012	31 de julio de 2012	\$ 1.190.000	sub gerente administrativo y financiero de la ese hospital San José del Guaviare

¹⁰ Folios 156 al 157 y 160 al 161 del cuaderno 2 del expediente.

¹¹ Folios 166 al 170 ejusdem.

¹² Folios 14 al 152 de los cuadernos 1 y 2 del expediente.

829	2012	2 meses	1 de agosto de 2012	30 de septiembre de 2012	\$ 2.495.534	sub gerente administrativo y financiero de la ese hospital San José del Guaviare
1079	2012	1 meses	1 de octubre de 2012	31 de octubre de 2012	\$ 1.213.107	sub gerente administrativo y financiero de la ese hospital San José del Guaviare
1225	2012	1 meses	1 de noviembre de 2012	30 de noviembre de 2012	\$ 1.201.553	sub gerente administrativo y financiero de la ese hospital San José del Guaviare
1420	2012	1 meses	1 de diciembre de 2012	31 de diciembre de 2012	\$ 1.201.553	sub gerente administrativo y financiero de la ese hospital San José del Guaviare
53	2013	3 meses	1 de enero de 2013	31 de marzo de 2013	\$ 3.616.215	sub gerente administrativo y financiero de la ese hospital San José del Guaviare
347	2013	2 meses	1 de abril de 2013	31 de mayo de 2013	\$ 2.495.534	sub gerente administrativo y financiero de la ese hospital San José del Guaviare
601	2013	2 meses	1 de junio de 2013	31 de julio de 2013	\$ 2.494.000	sub gerente administrativo y financiero de la ese hospital San José del Guaviare
1002	2013	2 meses	1 de agosto de 2013	30 de septiembre de 2013	\$ 2.412.000	sub gerente administrativo y financiero de la ese hospital San José del Guaviare
1160	2013	3 meses	1 de octubre de 2013	31 de diciembre de 2013	\$ 3.599.571	sub gerente administrativo y financiero de la ese hospital San José del Guaviare
140	2014	4 meses	1 de enero de 2014	30 de abril de 2014	\$ 4.840.000	sub gerente administrativo y financiero de la ese hospital San José del Guaviare

530	2014	4 meses	1 de mayo de 2014	31 de agosto de 2014	\$ 4.760.000	coordinadora de servicios generales
902	2014	4 meses	1 de septiembre de 2014	31 de diciembre de 2014	\$ 4.760.000	coordinadora de servicios generales
155	2015	3 meses	1 de enero de 2015	31 de marzo de 2015	\$ 3.570.000	coordinadora de servicios generales
382	2015	15 días	16 de abril de 2015	30 de julio de 2015	\$ 4.165.000	coordinadora de servicios generales
729	2015	4 meses	1 de agosto de 2015	30 de noviembre de 2015	\$ 4.760.000	coordinadora de servicios generales
1093	2015	1 meses	1 de diciembre de 2015	31 de diciembre de 2015	\$ 1.290.000	coordinadora de servicios generales
167	2016	2 meses	1 de enero de 2016	29 de febrero de 2016	\$ 2.380.000	coordinadora de servicios generales
304	2016	2 meses y 15 días	1 de marzo de 2016	15 de mayo de 2016	\$ 2.975.000	coordinadora de servicios generales
474	2016	4 meses	1 de junio de 2016	30 de septiembre de 2016	\$ 4.760.000	coordinadora de servicios generales

iii. Copia de la certificaciones o registros presupuestales de algunos de los anteriores contratos (fls.54, 55, 62, 63, 70, 71, 80, 81, 88, 89, 93, 98, 99, 106, 107, 115, 116, 125, 126, 131, 132, 146, 147, 153 y 155 del cuaderno 2 del expediente).

V. CASO CONCRETO

i. La parte demandante pretende la nulidad del Oficio del **30 de mayo de 2017**¹³, por medio del cual la ESE Hospital San José del Guaviare, no accedió al reconocimiento y pago de las acreencias laborales reclamadas por la demandante bajo el argumento que su vinculación con la entidad solo se trató de una relación contractual a través de órdenes de prestación de servicios.

Para efectos de lo anterior, el Despacho analizará los siguientes elementos:

A. Actividad Personal de la contratista

¹³ Folio 166 al 170 del expediente.

- B. Remuneración
- C. La continuada subordinación o dependencia de la contratista

A) ACTIVIDAD PERSONAL DE LA CONTRATISTA

i. Al expediente se allegaron veintiún (21) contratos de prestación de servicio, suscritos por la señora SIXTA CECILIA ESPINOSA con la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DEL GUAVIARE, en el periodo comprendido entre el 1º de mayo de 2012 al 30 de septiembre de 2016, como se describió en precedencia.

ii. Frente a los anteriores 21 contratos celebrados durante casi cinco (5) años, por la demandante con el Hospital SAN JOSÉ DEL GUAVIARE, se evidencia una interrupción del 1 al 13 de octubre de 2012, 1 de abril a 15 de abril de 2015 y 16 de mayo al 30 de mayo de 2016, lo que permite concluir, el ánimo de emplear de modo permanente y continuo los servicios de la actora para realizar labores de lavado y desinfección de ropa utilizada en los diferentes servicios de la ESE Hospital San José del Guaviare, por lo consiguiente, no se trató de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, desdibujándose así, la temporalidad y transitoriedad característica de los contratos de prestación de servicios.

Ahora bien, respecto a dichas interrupciones, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente¹⁴:

"...tal situación lo que evidencia es la irregularidad de la Administración al mantener a un contratista prestando labores permanentes y ordinarias al servicio de la Función Pública debiéndose en consecuencia reparar el daño de la conducta antijurídica, al ser imposible retrotraer la situación al estado anterior, derivada de la entidad demandada cuya liquidación incluirá para efectos prácticos la sumatoria de los extremos laborales incluyendo las interrupciones pero descontadas del total de las condenas."

¹⁴ Sentencia del 11 de noviembre de 2009, M.P. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Rad. No. 6800012315000200402350-01 (2486-2008). ACTORA: HILDA SONIA DÍAZ GUZMÁN.

Igualmente el Consejo de Estado en sentencia del 13 de mayo de 2015¹⁵, manifestó:

"Lo anterior no desvirtúa el hecho de que el actor prestó sus servicios en forma continua, si se considera que durante casi 5 años las partes suscribieron sucesivos contratos con el mismo objeto, siendo las interrupciones mínimas comparadas con el tiempo en el que el señor Gómez Serrano estuvo vinculado a la Entidad."

iii. Los contratos de prestación de servicios referidos, señalan las obligaciones específicas que debía realizar la demandante SIXTA CECILIA ESPINOSA. Así, de manera general, las cláusulas sobre obligaciones del contratista en las órdenes de prestación de servicios referidos en el párrafo anterior, enuncian las siguientes:

(...)"

"OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA

- 1 Responder por los insumos de aseo que se les suministre*
- 2.Limpiar y desinfectar los con de las diferentes áreas asistenciales de la institución.*
- 3. Lavar y desinfectar baños, sanitarios, lavamanos, pisos, espejos, papeleras, realizar lavado de sillas, paredes, puertas y angeos.*
- 4. Barrer, trapear y desmanchar pisos en baldosa y tableta.*
- 5. Mantener en perfecto estado de aseo las zonas externas de la entrada principal y urgencias.*
- 6.limpiar. lustrar y brillar escritorios, archivadores y demás elementos de uso de las oficinas.*
- 7. Lavado y barrido de patios internos y externos.*
- 8. Limpiar, lustrar y brillar, puertas, divisiones y demás partes de madera.*
- 9. Informar sobre situaciones que se presenten relacionadas con daños en los elementos de trabajo.*
- 10. Responder por el cuidado y buen usó de los elementos de aseo.*
- 11. Garantizar la afiliación al sistema general de seguridad social en salud, pensión y riesgos profesionales. ·*
- 12. Guardar absoluta reserva de la información que en razón del presente contrato llegare a conocer.*
- 13. Participar en los procesos de mejoramiento que. se llevan a cabo en la institución mediante la participación y compromiso en las actividades que se planeen e implementen*

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 13 de mayo de 2015. C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Radicado No. 680012331000200900636 01. Actor: ANTONIO JOSÉ GÓMEZ SERRANO.

14. Y las demás que acuerde con el supervisor y que sean coherentes con las anteriores (...)"

Encontrando que son las mismas obligaciones en todos y cada uno de los contratos arriba citados, diferenciándose en su redacción, de acuerdo con la administración.

De tal forma, que está demostrado que la actora prestaba sus servicios a la entidad demandada ESE Hospital San José del Guaviare, de forma **personal**, realizando labores de lavado y desinfección, así mismo, en la audiencia de pruebas de fecha 20 de junio de 2019¹⁶, los testigos MARIA MELBA LEAÑO LEON y MIRIAM CAICEDO MOYANO indicaron que laboraron con la actora SIXTA CECILIA ESPINOSA, además, manifestaron que las funciones que desempeñó durante su vinculación son iguales a las que se transcribieron, contempladas en la cláusula de "OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA" previstas en cada uno de los contratos de prestación de servicios desde el contrato 379 de mayo de 2012 al 474 de 2016.

B. REMUNERACIÓN O SALARIO

Igualmente, frente al segundo de los elementos, esto es, la **contraprestación**, en todos los contratos ya referidos, se pactó un valor, que se entiende fue pagado, pues de las pretensiones y hechos de la demanda en momento alguno mencionan que no se hayan cancelado los honorarios pactados, sino que solicita el pago de las prestaciones sociales durante el tiempo que prestó los servicios a la ESE Hospital San José del Guaviare.

Así mismo, en la cláusula denominada "FORMA DE PAGO" en cada uno de los contratos con diferente redacción, pero dándose a entender que se pagarían en cuotas mensuales vencidas.

C. LA CONTINUADA SUBORDINACIÓN O DEPENDENCIA DE LA EMPLEADA.

i. Con los contratos allegados al plenario se encuentra acreditado claramente la forma en que la demandante prestó su servicio, las actividades que debía realizar y cumplir con un horario para la realización de sus labores, tal como fue manifestado por la testigo MARÍA MELBA LEAÑO LEON y MIRIAM CAICEDO MOYANO en la declaración

¹⁶ Acta visible a folios 319 a 322 y CD a folio 323 del cuaderno 2 del expediente.

rendida en la audiencia de pruebas del 20 de junio de 2019¹⁷, aunado a la supervisión que hacia la entidad demandada a través del supervisor designado, es decir, el Subgerente Administrativo y Financiero y la Coordinadora de Servicios Generales, ambos de la ESE Hospital San José del Guaviare.

Obra en el expediente, certificación expedida por la Oficina Jurídica Externa de la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DEL GUAVIARE (fl.12 al 13) en donde se relacionan todos los contratos suscritos entre la demandante y el Hospital de San José del Guaviare, encontrándose que existió una prestación continuada del servicio durante el periodo comprendido entre el **1 de mayo de 2012 y el 30 de septiembre de 2016, con excepción de los días del 1 al 13 de octubre de 2012, 1 al 15 de abril de 2015 y 16 al 3 de mayo de 2016**, lo que a consideración del Despacho, no configuró una ruptura en la relación contractual de las partes.

ii. Ahora bien, lo arriba expuesto concuerda con lo manifestado por la señora MELBA LEON en su testimonio, cuando señaló que *"nosotros tenemos semanas de un turno en la mañana y semanas de turno en la tarde y nos asignaban seis noches de noche"*

Así mismo, la señora MELBA LEON, señaló en su testimonio lo siguiente:

"PREGUNTÓ: *y quién les hacia esos turnos y como se los entregaban, verbalmente o por escrito. CONTESTÓ:* *en un cuadro de turnos* **PREGUNTÓ:** *quien se los entregaba. CONTESTÓ:* *el cuadro de turnos lo hacia la jefe de nosotros."*

Por su parte, la señora MYRIAM CAICEDO MOYANO, en su testimonio indicó:

"PREGUNTÓ: *y esos turnos como lo establecían y quien lo establecía. CONTESTO:* *el jefe inmediato"*

iii. Ahora bien, sería del caso entrar a estudiar si los turnos arriba referidos, eran impuestos por el supervisor que para el caso concreto fue el Sub Gerente Administrativo y Financiero y la Coordinadora de Servicios Generales de la ESE Hospital san José del Guaviare, o si, por el contrario,

¹⁷ Folio 319 al 323

los mismos se realizaban de manera coordinada para el cumplimiento del objeto del contrato.

A fin de esclarecer lo anterior, se revisaron los contratos de prestación de servicios del último periodo consecutivo comprendido entre el **01 de mayo de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2016** donde se menciona en la Cláusula Octava que la supervisión del contrato será ejercida a través del Subgerente Administrativo y Financiero la ESE Hospital San José del Guaviare para los contratos No. 379 de 2012, 595 de 2012, 829 de 2012, 1079 de 2012, 1225 de 2012, 1420 de 2012, 53 de 2013, 347 de 2013, 601 de 2013, 1002 de 2013, 1160 de 2013 y 140 de 2014 y la la Coordinadora de Servicios Generales de la ESE Hospital San José del Guaviare para los contratos 530 de 2014, 902 de 2014, 155 de 2015, 382 de 2015, 729 de 2015, 1093 de 2015, 167 de 2016, 304 de 2016 y 474 de 2016, por lo anterior, se transcribe la cláusula OCTAVA denominada SUPERVISION ADMINISTRATIVA:

“(…) CLAUSULA OCTAVA. SUPERVISION ADMINISTRATIVA: La supervisión del presente contrato será ejercida por el Subgerente Administrativo y Financiero de la ESE Hospital San José del Guaviare, para lo cual se deberá comunicar oportunamente por el medio más expedito, **PARÁGRAFO PRIMERO: ATRIBUCIONES DEL SUPERVISOR:** 1) exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto del contrato. “) exigir al contratista los soportes para el pago del valor del contrato. 3) llevar el control sobre la ejecución y cumplimiento del objeto del contrato, 4) emitir conceptos oportunos sobre la conveniencia de prórrogas, modificaciones o adiciones al contrato. 5) informar exponer oportunamente los motivos o causas por los cuales deba suspender o terminarse el contrato. 6) solicitar la liquidación del contrato. 7) todas las demás que permitan el cabal cumplimiento del objeto contractual y que sean requeridas por el supervisor del contrato (...)”

“(…) CLAUSULA OCTAVA. SUPERVISION ADMINISTRATIVA: La supervisión del presente contrato será ejercida por la Coordinadora de Servicios Generales de la ESE Hospital San José del Guaviare, para lo cual se deberá comunicar oportunamente por el medio más expedito, **PARÁGRAFO PRIMERO: ATRIBUCIONES DEL SUPERVISOR:** 1) exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto del contrato. “) exigir al contratista los soportes para el pago del valor del contrato. 3) llevar el control sobre la ejecución y cumplimiento del objeto del

contrato, 4) emitir conceptos oportunos sobre la conveniencia de prorrogas, modificaciones o adiciones al contrato. 5) informar exponer oportunamente los motivos o causas por los cuales deba suspender o terminarse el contrato. 6) solicitar la liquidación del contrato. 7) todas las demás que permitan el cabal cumplimiento del objeto contractual y que sean requerida<s por el supervisor del contrato (...)"

De acuerdo con lo anterior, es claro para el despacho que los turnos o el cronograma de actividades a ejecutar, no se encontraban inmersos en el clausulado del contrato, sino que más bien, eran dispuestos por el supervisor designado, por cuanto era el supervisor quien tenía la potestad de cambiar los horarios y la hoy actora debía someterse a estas decisiones, lo cual denota que la contratista estaba frente a una orden y no solo a una vigilancia o seguimiento del cumplimiento del contrato.

Igualmente, obran en el expediente, los cuadros de turnos de los meses de abril, mayo, junio y agosto de 2014, así como el cuadro de turnos del mes de septiembre de 2016 (fl. 252 al 256), donde se encuentra impreso el nombre de la demandante.

Así mismo, del dicho de las testigos y lo visto en los cuadros de turnos allegados al expediente, así como de las funciones plasmadas en los contratos, como ya se dijo, se observa que son actividades habituales de las respectivas dependencias, lo que prueba que la ESE Hospital de San José del Guaviare, requiere para su normal funcionamiento dichas actividades o servicios.

El despacho hace alusión a lo indicado por la Corte Constitucional en sentencia C-614 de 2009, en donde precisó lo siguiente:

"La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que, sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios, a saber:

i) Criterio funcional: 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) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público. En otras palabras, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse

mediante vínculo laboral. En este sentido, la sentencia del 21 de agosto de 2003¹⁸, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expresó:

"...no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento, por mandato constitucional, y que el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes"

ii) Criterio de igualdad: Si 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, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia citada del 6 de septiembre de 2008¹⁹).

iii) Criterio temporal o de la 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 (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia ya citada del 3 de julio de 2003²⁰). Dicho, en otros términos, si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y de esa manera, se encuentra que no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008²¹).

iv) Criterio de la 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, puede acudirse a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002²² a que se ha hecho referencia). Por el contrario, si la gestión contratada equivale al "giro normal de los negocios" de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual. (..)

¹⁸ Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, radicación 0370-2003

¹⁹ Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 2152-06.

²⁰ Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, expediente 4798-02

²¹ Consejero Ponente Jaime Moreno García, expediente 2776-05

²² Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 3530-200 I,

v) Criterio de la 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.

La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 21 de agosto de 2003²³, indicó:

"no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a este"

Como puede apreciarse, la Corte Constitucional reitera su posición tendiente a prohibir que para funciones permanentes de la administración se sigan suscribiendo contratos de prestación de servicios y condiciona la potestad de suscribir contratos de prestación de servicios, en el sentido que solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados.

Así las cosas, se tiene que las actividades asignadas a la demandante son de carácter permanente y habituales y no son para responder a situaciones excepcionales, lo que desdibuja el fin del contrato de prestación de servicios, ya que solo excepcionalmente, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

Por lo anterior, puede afirmarse, que el contrato de prestación de servicios fue utilizado por la entidad demandada para suplir el ejercicio de funciones que se requieren de forma permanente, pues no se trataba de una profesional con unas cualidades específicas, por el contrario, se trató de una persona natural al servicio de la ESE Hospital San José del Guaviare desarrollando una actividad como es el manejo del aseo, lavado y desinfección de las áreas del hospital, entre otras, que suplía un servicio

²³ Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, radicación 0370-2003

que siempre se ha requerido y se requiere e cualquier entidad y más aún en entidades de naturaleza como la demandada en este proceso.

Tal como se indicó párrafos atrás, la actora estaba sujeta a un horario enmarcado en un cuadro de turnos, el cual no tenía oportunidad de discutir, pues obsérvese que las testigos fueron enfáticas en afirmar que el cuadro de turnos era proporcionado por el supervisor, es decir, que la señora SIXTA CECILIA ESPINOSA en condición de contratista, no podía acordar que día se acomodaba más a sus actividades diarias, sino que en virtud del contrato de prestación de servicios suscrito, estaba obligada a cumplir con los turnos que le eran impuestos.

Por todo lo anterior, encuentra el Despacho que en realidad lo que se dio fue una relación laboral, donde la actora recibía órdenes de una persona, que por regla general desempeñaba el cargo de superior jerarquía dentro de la ESE Hospital San José del Guaviare, es decir que las actividades no las realizaba bajo su propia dirección ni de manera independiente, reiterando la sujeción a un horario y a unos turnos previamente asignados.

Como se adujo en el marco teórico, el contrato de prestación de servicios debe restringirse en el tiempo a la necesidad de la entidad, es decir, que cuando se suscribe debe hacerse restrictivamente por el término que se considere tardará la entidad en superar las condiciones que dieron origen a la necesidad de la contratación, pero en cambio, en el *sub judice* se observa que las labores desempeñadas por la hoy demandante, son ordinarias dentro de la ESE Hospital San José del Guaviare; a la actora se le hacían contratos sucesivos, con cortas interrupciones, pese a que la entidad conocía la necesidad de contar con una persona que desempeñara las funciones de aseo, prolongándose en el tiempo, lo que sin duda da a entender que se pretendía disimular la relación laboral con una relación contractual que no da derecho a percibir emolumentos laborales diferentes al valor de los honorarios pactados en el mismo contrato.

El despacho, trae a colación la sentencia del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección A Consejero Ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ del 21 de junio de 2018, con número de radicación: 08001-23-31-000-2011-00413-01 (1608-14), donde se estudió el caso de la señora ZUNILDA MERCEDES DOMÍNGUEZ DE MORENO quien prestó sus servicios a la ESE Hospital Local de Malambo realizando actividades de aseo y limpieza, teniendo un vínculo bajo la forma de contratos de prestación de servicios, concluyéndose que de conformidad con el material probatorio del proceso y la naturaleza propia de la actividad desempeñada por la accionante, existió una relación laboral entre ésta y la ESE Hospital Local de Malambo,

aunque se hubiese presentado bajo la forma de contratos de prestación de servicios.

Como puede apreciarse, el Consejo de Estado se pronunció en un caso similar al aquí estudiado, en cuanto a que se trata de una persona que realizaba las labores de limpieza y desinfección, teniendo una relación contractual bajo la figura de contrato de prestación de servicios con la entidad demandada. El caso que nos ocupa es de una persona que fue vinculada bajo contrato de prestación de servicios, cumpliendo labores de lavado y desinfección de ropa utilizada en los diferentes servicios de la ESE Hospital san José del Guaviare, durante el periodo entre el 1° de mayo de 2012 al 30 de septiembre de 2016, con una interrupción del 1 al 13 de octubre de 2012, 1 de abril a 15 de abril de 2015 y 16 de mayo al 30 de mayo de 2016, ante lo cual, este despacho considera conforme al material probatorio allegado al plenario que existió una verdadera relación laboral con el ente demandado.

Ahora bien, tal como se demostró con las pruebas allegadas al expediente, la señora SIXTA CECILIA ESPINOSA, fue contratada directamente por la ESE Hospital San José del Guaviare a través de contratos de prestación de servicios y las labores desempeñadas por la actora fueron realizadas en las instalaciones de esa misma entidad, sin que se advierta relación alguna entre la señora SIXTA CECILIA con el DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE, aunado a lo anterior, en los testimonios rendidos por las señoras MARÍA MELBA LEAÑO LEON y MIRIAM CAICEDO MOYANO se indicó que conocían a la demandante por ser compañeras de labores y que la prestación de sus servicios las realizaron en las instalaciones de la ESE Hospital San José del Guaviare.

Conforme a las anteriores consideraciones, se encuentra configurada la excepción de *Falta de Legitimación en la causa por pasiva*, propuesta por el Departamento del Guaviare.

D. DECISIÓN

En ese orden de ideas, deberá declararse la nulidad del **Oficio sin número del 30 de mayo de 2017**, por el cual se negó a la demandante, el pago de las prestaciones sociales a que tenía derecho por haber sostenido un vínculo laboral con la demandada, para en su lugar declarar que entre las partes existió una relación laboral que, como consecuencia, da lugar al pago de las prestaciones derivadas de tal relación, para cuyo efecto, deberá tenerse en cuenta lo siguiente:

a. De la prescripción

i. Ahora bien, previo a estudiar el restablecimiento del derecho que resulta viable en este asunto, se debe determinar la **prescripción**, en el entendido que la relación laboral entre la señora **SIXTA CECILIA ESPINOSA** y la ESE Hospital San José del Guaviare se desarrolló del **1° de mayo de 2012 al 30 de septiembre de 2016**, fecha última con la que contaba con 3 años para reclamar los derechos laborales y presentó derecho de **10 de mayo de 2017**.

ii. Conforme con lo anterior, el término para que opere la prescripción con carácter extintivo en asuntos como el que convoca la atención del despacho, cuando los derechos laborales surgen de los contratos de prestación de servicios, inicia a contabilizarse **desde la terminación del último contrato** pero teniendo en cuenta que en caso que se configure solución de continuidad, en ese evento **dicho término se cuenta desde la culminación de cada contrato**, interpretación que no trasgrede los derechos laborales de la demandante, pues tal consecuencia deriva de su falta de reclamo para la protección de sus propios derechos.

Ahora bien el artículo 10° del Decreto 1045 de 1978 advierte sin lugar a ambigüedades que "se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad", en ese orden de ideas, pese a que se accederá a la declaratoria de la existencia de una relación laboral entre la demandante y la demandada, el reconocimiento de la indemnización se encuentra afectada por la prescripción de carácter extintivo en algunos períodos que deben analizarse por separado como ha indicado la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción.

iii. Ha de tenerse en cuenta que existieron dos interrupciones en los contratos, 1 de abril a 15 de abril de 2015 y 16 de mayo al 30 de mayo de 2016, sin embargo, en las mismas no se da una interrupción de más de 15 días hábiles. Demostrándose además que la demandante prestó sus servicios durante más de cuatro (4) años con una contratación sucesiva exceptuando los días mencionados.

iv. Establecido lo anterior, es pertinente analizar el fenómeno de la prescripción conforme a lo previsto en el art. 102 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, según los cuales tales derechos reclamados por el demandante, están sujetos al término prescriptivo de tres (3) años contados a partir de la exigibilidad del derecho, y el cual se interrumpe con la presentación de la reclamación, de manera que en el caso bajo estudio, se tiene que la reclamación fue presentada el **10 de mayo de 2017**.

Así las cosas, toda vez que se presentó la reclamación dentro de los tres (3) años siguientes al finalizar la relación comprendida durante el 1º de mayo de 2012 al 30 de septiembre de 2016, encuentra el Despacho que no hay operancia del fenómeno de prescripción.

De esta manera, se accederá a declarar la nulidad del Oficio sin número del 30 de mayo de 2017, y se declarará la existencia de una relación laboral entre la señora SIXTA CECILIA ESPINOSA y la ESE Hospital San José del Guaviare, durante el periodo comprendido entre el **1º de mayo de 2012 al 30 de septiembre de 2016**.

b. CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO

Cabe resaltar, que no se le puede otorgar la **calidad de empleado público a la demandante**, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado la jurisprudencia en diferentes fallos, al sostener que *"para que una persona natural desempeñe un **EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA)** que se realice su **ingreso al servicio público** en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, **requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión**, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la **persona nombrada y posesionada** es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente."*²⁴

Así es dable concluir, que no por el hecho de haber laborado para el Estado se adquiere la calidad de empleado público, dadas las condiciones especiales que se predicán de dicha vinculación establecidas en la Constitución y la Ley.

Expuesto lo anterior, concluye el Despacho que la entidad demandada acudió a la figura de contrato de prestación de servicios con el fin de ocultar la naturaleza real de la labor desempeñada por la señora SIXTA CECILIA ESPINOSA, por lo que se configura el contrato realidad o la relación laboral en virtud al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política.

²⁴ sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, con ponencia del doctor Tarcisio Cáceres Toro

c. CONDENA Y RESTABLECIMIENTO

Se condenará al ente demandado a reconocer y pagar a la demandante a título de restablecimiento el valor las prestaciones surgidas en la prestación del servicio y, el correspondiente cómputo del tiempo laborado para efectos pensionales, lo que conlleva al pago de las cotizaciones legales, tomando como base el valor de lo pactado en los contratos u órdenes de trabajo por los periodos contenidos en los diferentes contratos de prestación de servicios celebrados entre el **1° de mayo de 2012 al 30 de septiembre de 2016.**

Ahora como quiera que el tiempo laborado en la ESE Hospital San José del Guaviare realizando labores de aseo, limpieza y desinfección, le debe ser útil para efectos del reconocimiento de los derechos consecuenciales a la salud y pensión, el Despacho trae a colación lo manifestado por el Consejo de Estado sobre la devolución de lo aportado al fondo de pensiones y el pago de las diferencias correspondientes previa liquidación de lo cotizado y lo que debió haberse cotizado, es así que en sentencia del 29 de enero de 2015, proferida dentro del expediente No. 4149 de 2013²⁵, señaló:

"Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones sociales referentes a pensión y salud son cubiertas por las partes que integran la relación laboral, así por ejemplo, en materia pensional durante la ejecución de las órdenes de servicio de la actora, se destinaba el equivalente al 13.5% de la tasa de cotización, monto cubierto por el empleador con un 75% y el trabajador con un 25% (artículo 20 de Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003), y en materia de salud la base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es la misma contemplada en el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 (parágrafo primero art. 204).

Por tanto, al liquidar el valor de las condenas no se podrá tener en cuenta la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la Entidad demandada no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones o Empresa Prestadora de Salud, teniendo en cuenta que:

²⁵ Demandante: Olga Lilibian Gutiérrez Galvis, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

(i) La parte accionada deberá pagar a la actora la cuota parte correspondiente en tanto acredite haberla sufragado;
y,

(ii) La entidad demandada deberá girar al Fondo de Pensiones y a la Empresa Prestadora de Salud escogidos por la interesada las sumas a que haya lugar, luego de hacer la liquidación de cara a lo efectivamente cotizado y lo que se debió cotizar, pues no puede perderse de vista que los trabajadores independientes realizan aportes en porcentajes distintos a como lo hacen los dependientes y sus empleadores¹¹. Lo anterior con el fin de recomponer el ingreso base de liquidación pensional y, en términos generales, efectuar un restablecimiento del derecho acorde al funcionamiento del sistema de seguridad social en salud y pensiones.

Por lo anterior, teniendo en cuenta la modalidad de contratación de la demandante, sin que se acreditara en el sub lite pago alguno por este concepto, deberá la entidad accionada verificar con los respectivos Fondos, lo correspondiente a dichos pagos para que asuma las diferencias correspondientes en la parte que le impone la ley a la entidad, conforme al valor que le corresponda como empleador aquí revelado y realizar la devolución de los aportes que haya realizado la demandante, correspondientes a la proporción que le corresponde al empleador.

Para ajustar las sumas que resulten a favor de la parte demandante, al tenor del artículo 192 del CPACA, se aplicará la fórmula que de tiempo atrás tiene establecida la jurisprudencia:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es la correspondiente mesada salarial y prestacional, 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 esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará mes por mes, para cada mesada, partiendo que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

d. PERJUICIOS MORALES

No se accede al reconocimiento de los mismos por no encontrarse acreditados.

E. COSTAS

Por tratarse de una condena parcial, ya que no se accedió a la totalidad de las pretensiones de la demanda, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., no se condena en costas a la entidad demandada.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio Meta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: Declarar probada la excepción de **FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA** propuesta por la parte **demandada DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE**, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del **Oficio sin número del 30 de mayo de 2017**, suscrito por el Gerente de la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL SAN JOSÉ DEL GUAVIARE**, por medio del cual negó el reconocimiento y pago de los derechos solicitados por la señora **SIXTA CECILIA ESPINOSA**.

TERCERO: **DECLARAR** la existencia de una relación laboral entre la señora SIXTA CECILIA ESPINOSA y la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DEL GUAVIARE, durante el periodo comprendido entre el **1° de mayo de 2012 al 30 de septiembre de 2016**.

En consecuencia, **condenar** a la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DEL GUAVIARE, a pagar a la señora SIXTA CECILIA ESPINOSA, a título de indemnización de perjuicios, las prestaciones sociales, teniendo en cuenta para ello, según se explicó en la parte considerativa, el valor de los contratos suscritos por la demandante con esa entidad, que servirán de base para la correspondiente liquidación de la

indemnización, equivalente a las prestaciones salariales y sociales que hubiera devengado un empleado público en el mismo o similar cargo desempeñado por la actora para la época.

CUARTO: El valor que resulte adeudado a la demandante será ajustado en los términos previstos en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: La **ESE HOSPITAL SAN JOSÉ DEL GUAVIARE**, deberá verificar con los respectivos Fondos o EPS, lo correspondiente a los pagos de salud y pensión durante el tiempo laborado por la señora **SIXTA CECILIA ESPINOSA**, para que asuma el valor que le corresponda como el empleador aquí revelado y ello sea devuelto a la demandante, en caso de que a ello haya lugar frente al tiempo que ésta asumió directamente el pago de la seguridad social.

SEXTO: **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

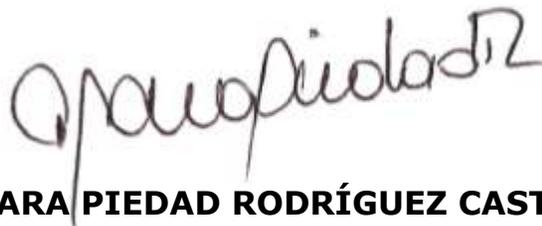
SÈPTIMO: La entidad demandada **dará** cumplimiento al presente fallo en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

OCTAVO: **SIN COSTAS.**

NOVENO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, expídanse las copias auténticas pertinentes y **procédase** al archivo del expediente, previa devolución al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso, si a ello hubiere lugar.

DECIMO: De otro lado, se acepta la renuncia de poder en los términos de los escritos, visibles a folio 345 al 351 y 355 al 357 del expediente, quienes de conformidad con el artículo 76 del CGP aportaron la comunicación enviada al Secretaria Jurídica de la Gobernación del Guaviare y al Gerente de la ESE Hospital San José del Guaviare respectivamente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CLARA PIEDAD RODRÍGUEZ CASTILLO
JUEZ