243

Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
Ibagué, veintiuno (21) de mayo de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Sandra Milena Vergaño Urueña
Demandado: Hospital San Sebastián E.S.E. de Piedras
Expediente No.: 73001-33-33-003-**2017-00226**-00

ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por Sandra Milena Vergaño Urueña contra el Hospital San Sebastián E.S.E. de Piedras.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES[1]

1.1. Que se declare la nulidad del oficio fechado 3 de abril de 2017, a través del cual se negó a la demandante el reconocimiento de prestaciones sociales e indemnizaciones por haber laborado para la entidad demandada entre el 1º de julio de 2014 al 31 de octubre de 2016.

1.2. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se declare que entre la señora Sandra Milena Vergaño Urueña y el Hospital San Sebastián E.S.E de Piedras, existió una relación laboral en forma continua desde el 1º de julio de 2014 hasta el 31 de octubre de 2016.

1.3. Que se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de las siguientes acreencias laborales: cesantías, sanción por no consignación de las cesantías conforme la Ley 1071 de 2006, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, aportes en salud, pensión y riesgos laborales, afiliación a Caja de Compensación Familiar, pago de los salarios dejados de percibir desde el 31 de octubre de 2016 hasta la fecha de pago de la sentencia, indexación laboral, intereses comerciales y moratorios de las sumas que resulten adeudadas y pago de la sanción por terminación unilateral del contrato sin justa causa.

[1] Folios 78-80

1.4. Que se ordene al Hospital accionando el pago de la suma de $5.850.000 por concepto de salarios de los meses de diciembre de 2015, agosto, septiembre y octubre de 2016.

1.5. Que se condene en costas y gastos del proceso a la demandada.

2. HECHOS[2]

Como hechos relevantes de la demanda se relacionan los siguientes:

2.1. Que la señora Sandra Milena Vergaño Urueña fue contratada el día 1º de julio de 2014 para prestar los servicios de Auxiliar de Enfermería en el Hospital San Sebastián E.S.E de Piedras, el cual perduró hasta el 31 de octubre de 2016, labor desempeñada en forma permanente, directa, personal y bajo la continua subordinación y dependencia del Gerente de la institución hospitalaria.

2.2. Que a partir del 11 de abril de 2016 y hasta el 30 de septiembre de 2016, sirvió como intermediaria la Empresa Futuro SIE SAS, sin interrumpir la labor de la actora y desempeñando las mismas funciones, siendo despedida unilateralmente y sin justa causa el 31 de octubre de 2016, devengando para esa fecha la suma de $1.650.000.

2.3. Que la accionante cumplía un horario de trabajo, dependiendo del turno que le correspondiera y este era de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. o de 7:00 p.m. a 7:00 a.m. de lunes de domingo y que los elementos requeridos para su labor le eran suministrados por la entidad demandada.

2.4. Que el Hospital San Sebastián E.S.E le adeuda a la accionante la suma de $900.000 correspondiente al salario del mes de diciembre de 2015. la suma de $3.300.000 correspondiente a los salarios de los meses de agosto y septiembre de 2016 y la suma de $1.650.000 por concepto del salario del mes de octubre.

2.5. Que durante la relación laboral nunca se le reconocieron ni pagaron las prestaciones sociales y demás emolumentos a que tenía derecho, ni se le realizó afiliación al sistema de seguridad social integral.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Indica que se vulneraron el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, artículo 2 de la Ley 995 de 2008, artículo 11 el Decreto 1045 de 1978 y el artículo 53 de la Constitución Política.

Afirma que en el caso concreto debe aplicarse el postulado constitucional de *"primacía de la realidad sobre las formalidades"*, la existencia de una verdadera relación laboral entre el Hospital demandado y la demandante, que da paso al reconocimiento a título indemnizatorio de los derechos laborales dejados de percibir, trayendo a colación sentencias de la Corte Constitucional tales como la C-665 de 1998 y T-026 de 2001.

---

[2] Folios 81-84

Además, se afirma que se vulneró la garantía de la seguridad social, al no realizar la afiliación al sistema de seguridad social integral.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas, argumentando que nunca se estructuró una verdadera relación laboral.

Propuso la excepción de mérito que denominó "inexistencia de una relación laboral (no se cumplen los elementos)", señalando que la vinculación de la accionante fue de tipo contractual y no laboral, pues la demandante prestó sus servicios de manera autónoma e independiente y por sus propios medios, cuyo vínculo contractual está regido por la Ley 80 de 1993, sin que tal vinculación genere algún tipo de prestación social.

Además indicó que la señora Sandra Milena Vergaño Urueña laboró para Profuturo SIE SAS y no para el hospital y que por tanto, resulta improcedente el reconocimiento y pago de alguna remuneración o indemnización.

En memorial separado formuló las excepciones previas de falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción extintiva, las cuales fueron diferidas para la sentencia de fondo en decisión adoptada en la audiencia inicial celebrada el 8 de noviembre de 2018 (fls. 128-131).

5. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se presentó el 21 de julio de 2017 (Fol. 1). Mediante auto fechado 18 de septiembre de 2017 y luego de que fueren subsanadas las falencias detectadas, este despacho judicial admitió la demanda, disponiendo lo de Ley (Fol. 98). Posteriormente, mediante auto del 8 de junio de 2018 se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (Fol. 143), la cual se llevó a cabo el día 8 de noviembre de 2018, con la comparecencia de los apoderados judiciales de las partes, en ella se realizó el saneamiento del proceso, se analizaron los requisitos de procedibilidad, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas solicitadas tanto por la parte demandante como por la demandada (fls.128-131), las cuales fueron debidamente incorporadas y evacuadas en la audiencia de pruebas realizada el día 20 de febrero de 2019, en la que se decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, ordenando a las partes presentar por escrito sus alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes, (fl.155-157) haciendo uso de esta oportunidad procesal ambos extremos procesales.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte demandante (fl. 233-237)

Afirma que con las pruebas documentales y testimoniales practicadas, se encuentra probado que la accionante laboró como Auxiliar de Enfermería para la entidad

demandada, de forma personal, bajo una remuneración mensual y que recibía órdenes de trabajo de la directora del centro de salud; además que los elementos de trabajo eran proporcionados por el hospital.

Señala que dichas circunstancias no son propias de un contrato de prestación de servicios y que al contrario, las mismas se desarrollan habitualmente en un contrato de trabajo, lo que conlleva a pregonar la configuración de este último, pese a la denominación que se le hubiere dado, en virtud del principio de la primacía de realidad sobre las formas, solicitando se acceda a las pretensiones de la demanda.

6.2. Parte demandada (fl. 238-241)

La entidad demandada señala que dentro del proceso no se pudo demostrar el elemento laboral de subordinación, teniendo en cuenta que los testigos fueron enfáticos en manifestar que la demandante cumplía con sus actividades como auxiliar de enfermería, lo que demuestra que los contratos de prestación de servicios suscritos obedecieron a una estricta necesidad del servicio.

Agrega que debe tenerse en cuenta que el área de la salud se encuentra regulada por sendas disposiciones legales y procedimientos establecidas por las autoridades, lo que impide que exista una liberalidad en el ejercicio por parte del personal y por ende se requiere una coordinación de actividades para el desarrollo de los objetos contractuales, lo que no se traduce en la existencia de la relación laboral.

Finalmente indica que la relación contractual entre la demandante y el hospital fue de carácter civil, de la cual no se deriva el pago de prestaciones y solicita que con base en ello se nieguen las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

Al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia.

1. COMPETENCIA

Es competente este Despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem.*

2. PROBLEMA JURÍDICO

En armonía con la fijación del litigio, el problema jurídico consiste en determinar si entre la señora Sandra Milena Vergaño Urueña y el Hospital San Sebastián E.S.E de Piedras, existieron varias relaciones laborales bajo la modalidad de contrato realidad entre el 1º de julio de 2014 y el 31 de octubre de 2016, y en caso afirmativo, si la demandante tiene derecho al pago de prestaciones que se causaron durante dicho periodo, así como al pago de la sanción por despido sin justa causa, de salarios dejados de percibir desde la fecha de terminación del contrato. Así mismo si la entidad demandada adeuda unos salarios del año 2015 y 2016.

245

3. MARCO JURIDICO

3.1. Del empleo público y formas de vinculación con el Estado

La regulación del empleo público se encuentra condensado en lo dispuesto en los artículos 122 y 123 de la Constitución Política, y de dichas disposiciones constitucionales se puede concluir que:

(i) No hay empleo público sin funciones;

(ii) Todo empleo público debe estar contemplado en la respectiva planta de personal;

(iii) Sus emolumentos deben estar previstos en el presupuesto correspondiente[3];

(iv) La titularidad para ejercer el empleo se adquirirá sólo a partir de la posesión del mismo.

Entonces, para que una persona natural desempeñe un empleo público se requiere que su ingreso se realice por medio de una **designación válida, nombramiento o elección** según el caso, seguida de la posesión para poder ejercer las funciones del empleo. Es decir que la persona nombrada y posesionada es la que se encuentra investida de las facultades, cumple con sus obligaciones y presta el servicio correspondiente.

También pueden desempeñar empleos públicos los **trabajadores oficiales,** los cuales están vinculados por una relación contractual laboral, además cuentan con su propia legislación y sus derechos están consagrados en normas públicas, como pueden ser los Decretos 3135 de 1968 y 1336 de 1986.

De otra parte, y excepcionalmente, puede darse la vinculación al servicio público a través de los **contratos de prestación de servicios** (relación contractual estatal). Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.

Para acreditar la existencia de una relación laboral cuando existe previa una relación contractual, según los parámetros que viene fijando el Honorable Consejo de Estado[4] es necesario probar los tres elementos referidos, pero en especial, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de

---

[3] Característica concordante con lo dispuesto en los numerales 14 del artículo 189, 7 del artículo 305, y 7 del artículo 315 de la Constitución Política.

[4] Consejo de Estado. Sección Segunda-Subsección "A", Sentencia del 1 de marzo de 2012, Expediente 0681-11 C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

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 y que, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993, cuando: I) se pacte la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública; ii) El contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se le paguen honorarios por los servicios prestados y iv) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Es decir, a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, de lo contrario se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los demás servidores públicos.

En cuanto a la vinculación mediante contratos de prestación de servicios, tenemos que su respaldo normativo se encuentra en el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año, según el cual quienes prestan sus servicios al Estado lo hacen, entre otras modalidades, como obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes. La misma norma es contundente en precisar que para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.

En el mismo sentido, el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 prescribió que en ningún caso pueden celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente.

A su vez el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, señala que los contratos de prestación de servicios tienen como objetivo desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y pueden celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, sin que ello genere relaciones laborales.

De la lectura de las normas transcritas se desprenden las siguientes conclusiones:
1. Que los contratos de prestación de servicios no pueden ser utilizados para vincular personal que realice actividades de carácter permanente.

2. Que este tipo de contratación puede ser utilizada para realizar actividades que estén relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.

3. Su celebración se da en dos eventualidades: i) cuando las actividades (que pueden estar relacionadas con las funciones de la entidad estatal) no se pueden realizar con personal de planta de la entidad o; ii) cuando se requiera de conocimientos especializados.

3.2. Tratamiento jurisprudencial al contrato de prestación de servicios y la configuración de relación laboral

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultar. Esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece

> *"El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas."*

De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

La Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009, analizó la constitucionalidad del artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, ratificando el hecho de que la administración no puede celebrar contratos de prestación de servicios para la ejecución de labores de carácter permanente, y señaló que la delimitación entre contrato de prestación de servicios y relación laboral se encuentra estructurada por cinco criterios esenciales a saber:

i) Criterio funcional: Consiste en que la función esté referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública y que de conformidad con la Constitución, la ley o el reglamento deba ejecutarse mediante vínculo laboral.

ii) Criterio de igualdad: Consistente en determinar si las labores desarrolladas por el personal vinculado a través de contratos de prestación de servicios, es similar a los de la planta de personal, existiendo los tres elementos que configuran una relación laboral.

iii) Criterio temporal o de la habitualidad: Consistente en que si las funciones para las cuales se vincula el contratista se asemejan a la constancia o cotidianidad, son indicativos de la configuración de una relación laboral y no contractual. Por defecto, si las funciones son transitorias u ocasionales, no generan la relación laboral.

iv) Criterio de la excepcionalidad: Se presenta cuando es necesario realizar actividades nuevas y no pueden ser desarrolladas por la entidad con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados, de tal forma que de manera transitoria resulta necesario redistribuir las cargas laborales.

v) Criterio de la continuidad: Cuando la vinculación se da mediante sucesivos contratos de prestación de servicios y tienen como objetivo desempeñar funciones del giro ordinario de la entidad, las cuales, según se ha dicho, deben ser de carácter permanente.

Recapitulando, de conformidad con la línea jurisprudencial vigente, constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, los siguientes, los cuales deben ser demostrados por la parte demandante:

1. La prestación personal del servicio y que haya sido en labores que correspondan al giro ordinario de las actividades de la administración, con la condición adicional que deben ser de carácter permanente, descartando las transitorias o eventuales.

2. Como contraprestación del servicio recibir una remuneración.

3. Demostrar la subordinación o dependencia, entendida como la facultad que le asiste al empleador para exigir el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos. Sin embargo, el cumplimiento de un horario, el hecho de recibir sugerencias y rendir informes, no implica por ese solo hecho la configuración de este elemento.

Bajo ese escenario es aplicable el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades que es imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53[5] de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad.

Finalmente, debe precisarse que el hecho de demostrarse la relación laboral, no implica que deba conferírsele al servidor la calidad de empleado público, ajustado al marco legal o reglamentario, pues esta categoría se alcanza cuando se cumplen las reglas constitucionales que disciplinan el ingreso a la función pública, a saber, el nombramiento y la posesión, precedidas, a su turno, por otros presupuestos como

---

[5] **ARTICULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:
Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.
El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.
Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.
La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

la existencia de un régimen legal y reglamentario, una planta de personal, disponibilidad presupuestal, etc.[6].

3.3. Tratamiento jurisprudencial a la vinculación de empleados a través de empresas temporales

El Consejo de Estado en sentencia del veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014), con ponencia del Consejero ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve, proferida dentro del proceso con radicado Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-13), señaló los límites constitucionales y legales a la contratación de servicios personales con terceros en las Empresas Sociales del Estado.

Indicó la citada sentencia que existen límites tanto constitucionales como legales, trayendo a colación los artículos 194, 195 de la Ley 100 de 1993 sobre este último dijo:

> *"... (E)stipula que i) las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990, y ii) que en materia contractual se regirá por el derecho privado pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, previsión que debe concordarse con el literal a) del artículo 2 de la Ley 80 de 1993[19].*
>
> *Sobre el régimen laboral de los servidores públicos vinculados a las Empresas Sociales del Estado, el artículo en mención advierte que aquél será el previsto en la Ley 10 de 1990. En este punto, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 establece que la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado estará conformada por funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción, según el caso, a lo cual agrega en su parágrafo que "son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones". Así mismo, es de mencionar que la Ley 1122 de 2007 en su artículo 27, introdujo algunas modificaciones a la regulación de las ESE".*

Así mismo hizo referencia a la sentencia C-171 de 2012, mediante la cual la Corte Constitucional reiteró los límites constitucionales trazados sobre la protección de las relaciones laborales y la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad, que se puedan desarrollar con personal de planta o que no requieran de conocimientos especializados, principios que constituyen el marco constitucional para la celebración de contratos de prestación de servicios por estas entidades y señaló:

> *"De acuerdo con lo anterior[21], es claro que la potestad de contratación otorgada a las Empresas Sociales del Estado para prestar servicios de salud mediante la contratación de terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando (i)no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, (ii)cuando estas funciones no*

[6] Sentencia C – 555 de 1.994.

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

En este orden de ideas, en criterio de la Sala, los procesos de "deslaboralización de las relaciones de trabajo"[22], desarrollados por las Empresas Sociales del Estado para "disfrazar" u "ocultar" la verdadera relación laboral que subyace entre la entidad y el tercero que desempeña la labor subordinada, permanente y propia de la entidad, son inconstitucionales, porque atentan contra el derecho al trabajo, el derecho a acceder a la carrera administrativa, la permanencia y continuidad del servicio público y el respeto a los principios de la función pública"

Ahora bien, sobre los límites legales, indicó que la Ley 909 de 2004 creó los empleos temporales dentro de la función pública, como herramienta organizacional que pueden utilizar las entidades del Estado para atender necesidades funcionariales excepcionales que no pueden ser solventadas con su personal de planta, afirmando a su vez que se trata de empleos transitorios, creados exclusivamente para atender las necesidades enlistadas en el numeral 1 del artículo 21 de la Ley 909 de 2004[7], los cuales requieren para su creación de justificación técnica, apropiación y disponibilidad presupuestal.

Afirma la Honorable Corporación *"... las necesidades de personal temporal de las entidades públicas sujetas al ámbito regulador de la Ley 909 de 2004, deben ser satisfechas mediante la creación de empleos de carácter temporal en las condiciones y con los requisitos previstos en dicha ley,* ***cuando se trate de funciones propias de la entidad que impliquen subordinación y que no puedan suplirse con personal de planta,*** *y no mediante el empleo de otras herramientas jurídicas como lo sería la contratación de servicios personales con terceros, en donde, casi siempre, se presentan condiciones de subordinación en el cumplimiento de las funciones contratadas, que desdibujan el vínculo, y esconden una verdadera relación de trabajo.* (Negrilla original)

Señala igualmente la misma providencia:

"La Sala recuerda que las entidades estatales no deben recurrir a la práctica de vincular personal bajo la modalidad de prestación de servicios para cumplir actividades permanentes propias de la administración y de esta manera evitar el pago de prestaciones sociales y de aportes parafiscales, entre otros. Tampoco debe acudir a la utilización de figuras jurídicas de "deslaboralización de las relaciones de trabajo" para vincular personal que deba cumplir funciones permanentes y propias de la entidad, toda vez que dichas prácticas violan las reglas de protección constitucional de las relaciones laborales de los servidores del Estado y los

---

[7] Ley 909 de 2004 Artículo 21. Empleos de carácter temporal.
1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:
a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;
b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;
c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;
d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

248

principios de la función administrativa al ocultar la verdadera relación de trabajo. Se insiste en que en estos casos, prevalecen los derechos del trabajador sobre la modalidad de contratación que utilizó la administración para disfrazar la verdadera relación laboral en consonancia con el principio de primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales.

4. PRUEBAS PRACTICADAS

Pruebas documentales:

Las cuales dan cuenta de lo siguiente:

1. Que la señora Sandra Milena Vergaño Urueña tuvo las siguientes vinculaciones mediante contratos de prestación de servicios con el Hospital San Sebastián E.S.E. de Piedras, cuyo objeto era *Prestar servicios como Auxiliar de Enfermería en los servicios de urgencias, hospitalización, ginecobstetricia y ambulancia de la citada entidad hospitalaria*[8], así:

CONTRATO	PLAZO	VALOR	FECHA INICIO	PERIODO LABORADO
042	3 meses	$ 3.000.000	01-07-2014	julio a septiembre de 2014
083	3 meses	$ 3.000.000	01-10-2014	octubre a diciembre de 2014
004	12 meses	$ 12.000.000	02-01-2015	enero a diciembre de 2015
001	1 mes	$ 1.300.000	02-01-2016	enero de 2016
034	21 días	$ 677.419	10-03-2016	10 al 31 de marzo de 2016
065	1 mes	$ 1.650.000	01-10-2016	octubre de 2016

2. Que entre la señora Sandra Milena Vergaño Urueña y Profuturo S.A.S se suscribieron sendos contratos individuales de trabajo a término fijo[9] en el cargo de Auxiliar de Enfermería, por los siguientes periodos:

[8] Ver folios 11-17, 27-32, 159-225 cuaderno principal
[9] Folios 18-26 cuaderno principal

CONTRATO	PLAZO	SALARIO MENSUAL	FECHA INICIO	PERIODO LABORADO
100-2016	3 meses	$ 700.000	01-04-2016	abril a junio de 2016
142-2016	1 mes	$700.000	01-07-2016	julio de 2016

3. De acuerdo con la certificación expedida por la Profesional Universitaria del Hospital San Sebastián E.S.E., las funciones desempeñadas a través de los contratos de prestación de servicios suscritos por la accionante eran: *admisión de pacientes, observación de los mismos, asistencia a hospitalización, sala de partos, sala era, y reanimación, traslado en ambulancia y facturación* (fl. 10)

4. A la accionante como auxiliar de enfermería se le asignaban turnos de atención en urgencias, de acuerdo con los cuadros que suscribían el Gerente, el Jefe de Departamento y el Enfermero Jefe (fls. 33-51).

5. Mediante petición radicada el 14 de marzo de 2017, la demandante solicitó al centro asistencial demandado el pago de prestaciones sociales teniendo en cuenta el principio de primacía de la realidad, pese a haber suscrito contratos de prestación de servicios y contrato de trabajo con una empresa externa. (fls. 4-7)

6. Por medio de oficio adiado 3 de abril de 2017, la Empresa Social del Estado demandada negó el reconocimiento de lo solicitado (fl. 8-9)

7. Mediante Acuerdo 007 del 30 de diciembre de 1999, la E.S.E demandada expidió el Manual Específico de Funciones y Requisitos, estableciendo el cargo de Auxiliar de Enfermería Código 555, el cual fue modificado por el Acuerdo 001 del 2 de junio de 2015, denominando el cargo como Auxiliar Área de Salud código 412 Grado 02 (Archivo de datos fls. 230)

Pruebas testimoniales

En la etapa de pruebas se recaudaron los testimonios de los señores PEDRO CORREDOR VIÑA y MARLENE MALAMPO TAPIERO, cuyos testimonios fueron tachados por parte de la apoderada de la parte accionante, por tener igualmente demandadas en contra del Hospital.

Sobre la tacha de sospecha, ella conlleva a un mayor y riguroso análisis del testimonio dado por ambos declarantes, conforme al artículo 211 del C.G.P[10], sin embargo, la tacha no se traduce en que se deje de apreciar la prueba, sino en una valoración más estricta y de cara con las demás pruebas obrantes en el expediente, atendiendo las reglas de la sana crítica.

---

[10] Artículo 211 del C.G.P.: Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

249

El señor **Pedro Corredor Viña** señaló en su declaración, que es el actual compañero permanente de la demandante, y afirmó también que para la época de los hechos era igualmente empleado del Hospital en el cargo de Conductor de Ambulancia y que fueron compañeros de trabajo desde el mes de julio de 2014, sin recordar la fecha de finalización del contrato, pero explicando que la accionante ocupaba el cargo de Auxiliar de Enfermería, primero por OPS y luego por cooperativa.

Afirmó que el jefe inmediato era la Gerente, señora Yeimmi Carolina y también la Administradora Leydi Jaramillo, quienes impartían las órdenes a la demandante, así como que el Hospital era el que suministraba todos los elementos para el cumplimiento de funciones.

Señaló igualmente que el horario de trabajo de la señora Sandra Milena Vergaño Urueña con turnos, a veces de día otras de noche, de 7am a 7 pm y de 7 p.m. a 7 a.m. y que no tenía casi ningún día de descanso.

Sobre el pago de las prestaciones sociales, afirmó desconocer si se le pagaron o no, lo único que señaló era que el pago de los "salarios" cuando estaba vinculada por OPS los hacía la Gerencia y administración del Hospital, y cuando estaba con la cooperativa, era esta quien pagaba.

Por su parte la señora **Marlene Malambo Tapiero,** quien laboró igualmente en el Hospital desde el año 1999 en servicios generales, dijo conocer a la accionante desde la vinculación de esta con el centro asistencial como Auxiliar de Enfermería en el año 2014 y hasta su desvinculación en el año 2016, sin recordar fechas exactas.

Así mismo narró las funciones desempeñadas por la actora en el área de urgencias, como suturas, atención de partos, documentación de enfermería, entre otros y aseguró que los elementos de trabajo, le eran suministrados a la demandante por parte de la Administración del hospital.

Respecto del horario de trabajo señaló que era de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. o 7:00 p.m. a 7:00 a.m. de acuerdo con el cuadro de turnos, y si estaba disponible tenía que atender turnos en la ambulancia, respondiendo personalmente por su trabajo, sin que otra persona realizara sus turnos; así mismo manifestó que las órdenes eran emitidas por la Gerente del hospital Leidy Johana Vallejo y que los sueldos eran pagados por la Administración y pagaban en las cuentas que cada empleado tenía.

Por otra parte afirmó que tanto ella como la señora Vergaño Urueña, en una época estuvieron vinculadas al Hospital a través de una cooperativa, la cual no tenía una persona todo el tiempo en el Hospital, ni oficina en el Municipio.

5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Con base en el marco jurídico y de cara a las pruebas practicadas, es del caso descender sobre el examen de cada uno de los elementos necesarios a partir de los cuales se configura una relación laboral y se desfigura de contera el vínculo contractual presuntamente enmascarado.

5.1. De la Continuidad – Permanencia de la Función.

Con las pruebas practicadas, se encuentra que la señora Sandra Milena Vergaño Urueña se vinculó con la E.S.E. demandada a través de sendos contratos de prestación de servicios desde julio de 2014 y hasta octubre de 2016, como fue relacionado en el acápite de hechos probados.

Específicamente las partes suscribieron seis contratos de prestación de servicios con la entidad demandada y 2 contratos individuales de trabajo con Profuturo S.A.S., siendo el objeto de todos ellos, la prestación de los servicios personales de la accionante como auxiliar de enfermería y/o auxiliar de urgencias en las instalaciones del Hospital demandado, con las interrupciones entre uno y otro que se describen a continuación:

- OPS 042 iniciado el 1º de julio de 2014 y finalizado el 30 de septiembre de 2014 y OPS 083 iniciada el 1º de otubre de 2014, **interrupción de cero días.**

- OPS 083 terminada el 31 de diciembre de 2014 y Contrato de prestación de servicios 004 iniciado el 2 de enero de 2015, **interrupción de un día.**

- Contrato de prestación de servicios 004 finalizado el 31 de diciembre de 2015 y Contrato de prestación de servicios 001 iniciado el 2 de enero de 2016, **interrupción de un día.**

- Contrato de prestación de servicios 001 finalizado el 31 de enero de 2016 y Contrato de prestación de servicios 034 iniciado el 10 de marzo de 2016, interrupción de **1 mes y 9 días.**

- Contrato de prestación de servicios 034 finalizado el 31 de marzo de 2016 y contrato individual de trabajo 100-2016 iniciado el 1º de abril de 2016, **interrupción de cero días.**

- Contrato individual de trabajo 100-2016 finalizado el 30 de junio de 2016 y contrato individual de trabajo 142-2016 iniciado el 1º de julio de 2016, **interrupción de cero días.**

- Contrato individual de trabajo 142-2016 finalizado el 31 de julio de 2016 y OPS 065 iniciada el 1º de octubre de 2016, **interrupción de dos meses.**

Como entre algunos los contratos suscritos se aprecian interrupciones de más de un mes, se considera que para este caso se deben tomar tres períodos distintos sin solución de continuidad así:

- Del 1° de julio de 2014 al 31 de enero de 2016.
- Del 10 de marzo al 31 de julio de 2016.
- Del 1° de octubre al 31 de octubre de 2016.

5.2. De la Prestación Personal del Servicio.

Verificadas las pruebas documentales y analizadas en conjunto con la prueba testimonial, no queda duda que la labor cumplida por la entonces contratista lo era de manera personal y como se aprecia del clausulado contractual, siendo el mismo objeto en todos los contratos allegados al plenario, se indicó:

> *"... **OBJETO DEL CONTRATO.-** Prestar sus servicios como auxiliar de enfermería en los servicios de Urgencias, Hospitalización, Ginecobstetricia y ambulancia, realizada en el Hospital San Sebastián E.S.E., las demás que surjan de las anteriores y que sean inherentes .*

Aunado a lo anterior, los testimonios recibidos, sin excepción alguna, dan cuenta de que la señora Sandra Milena Vergaño Urueña laboró en el Hospital San Sebastián E.S.E de Piedras como Auxiliar de Enfermería, prestando sus servicios de forma personal e ininterrumpida, pues como se observa en la certificación emitida por el Hospital, las labores que realizaba la demandante eran la de admisión de pacientes, observación de los mismos, asistencia a hospitalización, sala de partos, sala ERA y reanimación, traslado en ambulancia y facturación (fls 10).

De los anteriores elementos de juicio, reluce que la labor desempeñada por la "contratista" debía necesariamente cumplirse de manera personal, y en tal sentido no era admisible, como es apenas lógico, que se hiciera de manera libre y espontánea por aquella, en el horario que escogiera motu proprio o eventualmente a distancia, dada la naturaleza del cargo que desempeñaba. Por ello, no cabe duda al Despacho acerca del cumplimiento de este ítem en cuanto al caso sub examine.

5.3. De la Remuneración.

Frente al particular, basta con observarse el valor pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos sucesivamente con la demandante, para verificar que efectivamente aquella, recibía como contraprestación en el cumplimiento de sus labores, la suma convenida para ese momento como honorarios, con lo que no merece ninguna resistencia, el hecho de que efectivamente se percibió una remuneración económica por la labor prestada en desarrollo de las actividades asignadas.

5.4. De la Subordinación.

Ahora, se cifra el presente análisis jurídico en el elemento principal de la relación laboral que se pretende demostrar por la parte actora, pues ciertamente como ya lo adelantaba la Jurisprudencia antes citada, es esta la piedra angular sobre la que se

edifica un verdadero vínculo de carácter laboral, y en tal sentido sin la concurrencia de este, de nada sirve la demostración de los demás elementos.

En consecuencia, para abordar el examen del mismo, dentro del caso sometido a escrutinio de esta Jurisdicción debe indicarse, que conforme lo depuesto por los declarantes traídos al proceso, la señora Sandra Milena Vergaño Urueña efectivamente se encontraba bajo subordinación de la Administración del Hospital en cabeza de su Gerente, debiendo cumplir para el desempeño de sus labores las órdenes dispuestas, siguiendo el conducto regular.

Se supo también que se encontraba sometida a un horario de turnos de lunes a lunes de 12 o 24 horas, y cumpliendo las funciones misionales propias del Hospital San Sebastián E.S.E de Piedras, como lo es la prestación de servicio de salud en el marco de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, recibiendo exactamente órdenes y directrices para la ejecución de sus labores; aunado a esto, se observa en la prueba documental obrante, que efectivamente la demandante para desempeñar sus funciones o labores pactadas estaba sujeta al cumplimiento de un horario de trabajo, según la programación establecida por las Directivas del centro asistencial (fls. 33-51).

Al apreciar las declaraciones recibidas en la etapa de pruebas y tachadas de sospechosas, se aprecian coincidentes aspectos fundamentales para la observancia del elemento de la subordinación, en principio atinan los declarantes frente al periodo laborado por la actora. Un segundo aspecto relevante está soportado en cuanto sostuvieron que las funciones realizadas por la demandante y que se describen con exactitud se dirigen a las labores de enfermería de acuerdo con la programación que hiciera la misma entidad, destacándose que ella *cumplía un horario*. Sumado a lo expuesto, se refieren al tipo de órdenes recibidas y que eran directas, las cuales solo era posible cumplir en horarios laborales y mediante los insumos aportados por la entidad, de tal suerte que ofrecen credibilidad al Despacho, provienen de una apreciación directa que tuvieron los testigos y además son coincidentes con las pruebas documentales, en cuanto a los periodos de vinculación, los turnos asignados, etc.

Igualmente dentro de las obligaciones especificas pactadas en los contratos, se observa *"...OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA- Constituyen las principales obligaciones para el contratista: 1) Se compromete a cumplir con las actividades inherentes al cargo para el cual fue contratado. 2) Brindar al usuario, amabilidad y confianza recibiéndolo con una adecuada atención. 3) Presentar los informes escritos requeridos sobre las actividades desarrolladas, adjuntando los soportes técnicos que cada una de las actividades ameriten. 4) Acatar oportunamente las recomendaciones técnico-administrativas que haga la secretaría de salud del Tolima y el Hospital San Sebastián ESE. 5) Seguir las indicaciones del Supervisor. 6) Ejercer las demás funciones que sean afines a la naturaleza del cargo."*

De manera pues que examinados estos elementos de juicio, los mismos permiten establecer que efectivamente se presentó entre la contratista y la entidad contratante una relación de subordinación más allá de una mera coordinación de labores, pues como puede apreciarse, para el desempeño de sus labores, la contratista no era autónoma, encontrándose sometida a las instrucciones que a

251

través de la Gerencia del Hospital se le impartían; de igual manera y como fue expuesto por los deponentes, las labores que eran cumplidas por la contratista, las desarrollaba en las instalaciones del Hospital San Sebastián E.S.E. de Piedras.

Con todo lo examinado en las pruebas documentales y en los testimonios rendidos, este Despacho llega a la razonable convicción, de que se presentó una relación de subordinación entre la contratista Sandra Milena Vergaño Urueña y la entidad contratante, pues como se observó, la primera no contaba con la liberalidad característica en el cumplimiento de sus funciones, ni con la autonomía suficiente para determinar la forma de ejercicio de sus labores, sino que, como quedó decantado, aquella se encontraba sometida a las órdenes o delegaciones que le eran asignadas por la Gerencia del Hospital, labores que cumplía con las instalaciones que le ofrecía la misma entidad y respecto de lo cual también debían de rendir los respectivos informes de resultados o anomalías, y si bien en los contratos se estableció que esta debía acatar las instrucciones que le impartiera el supervisor del contrato, lo cierto es que el "supervisor" de ésta era la Profesional Universitaria del centro asistencial, que igualmente suscribía los cuadros de turnos, desdibujándose aún más la figura del contrato de prestación de servicios por cuanto finalmente en el desarrollo de sus labores diarias ejecutadas por la contratista, había una total injerencia de la entidad hospitalaria.

Así pues, a juicio de esta Instancia, se desnaturaliza cualquier clase de coordinación o de relación meramente contractual, abriéndose paso el descubrimiento de un vínculo de índole laboral entre contratante y contratista, caracterizado por el ejercicio de una actividad subordinada de la contratista respecto de lo dispuesto por la entidad contratante.

Además advierte el Despacho que en la planta de personal establecida mediante Acuerdo 07 de 1999, el cargo de Auxiliar de Enfermería se encontraba allí establecido, el cual fue modificado por el Acuerdo 001 del 2 de junio de 2015 para ser denominado Auxiliar Área Salud código 412 grado 02, cuyas funciones son idénticas a las que se establecieron para desempeñar por parte de la accionante en los contratos suscritos (fl. 43-52), quedando demostrado con ello que pese a la existencia del cargo, la entidad suscribió contratos de prestación de servicios para la ejecución de actividades de cargos de planta, encubriendo con ello una verdadera relación laboral con la demandante.

Ahora bien, alega también la accionante que estuvo vinculada a través de una empresa temporal entre el 11 de abril de 2016 y el 30 de septiembre de 2016, fecha en la cual fue despedida sin justa causa, no obstante solo se encuentra probado que la señora Vergaño Urueña suscribió con la empresa Profuturo S.A.S. contratos de trabajo para los periodos del 1 de abril al 30 de junio de 2016 y del 1 de julio al 31 de julio de 2016, para desempeñar el cargo de Auxiliar de Enfermería, demostrándose con ello que el Hospital San Sebastián E.S.E. de Piedras utilizó la contratación de personal a través de empresas temporales para desarrollar actividades que se encuentran dentro de sus funciones misionales, esto es, la labor de enfermería, situación que se encuentra prohibida por la normatividad vigente y

que ha sido reiterada por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Lo anterior solo pone en evidencia que el actuar de la Empresa Social del Estado al contratar este personal a través de dichas empresas temporales, fue un artificio para evitar u ocultar una verdadera relación laboral, pero que como se demostró en el transcurso del proceso, sí existió, violando lo dispuesto en el artículo 77 de la ley 50 de 1990 y la ley 909 de 2004, pero solo se encuentra probada la relación laboral entre el 1º de abril al 31 de julio de 2016.

Con lo dicho en líneas que anteceden, y habiéndose verificado la concurrencia de los elementos ya precitados, no cabe duda que lo que se enmascaró bajo un nexo de carácter contractual, llevó oculto un vínculo de naturaleza y características laborales y así se declarará.

Con relación a la pretensión del pago de salarios del mes de diciembre de 2015, agosto, septiembre y octubre de 2016 y que se dice, no le fueron cancelados a la accionante, se encuentra demostrado como ya se vio, que la señora Vergaño Urueña trabajó durante los meses diciembre de 2015 y octubre de 2016 a través de contrato de prestación de servicios, y como quiera que la entidad no demostró el pago de estos períodos, teniendo el deber de hacerlo por tratarse de una negación indefinida lo afirmado por la accionante, se le ordenará a la E.S.E. que reconozca y pague los salarios que bajo el rótulo de honorarios están pendientes por pagar, los cuales corresponden al mes de diciembre de 2015 por valor de $1.000.000 y los 30 días del mes de octubre de 2016 por la suma de $1.650.000, debidamente indexados con la fórmula que se indicará más adelante.

Sin embargo, frente a los meses de agosto y septiembre de 2016, no se encuentra probado que la demandante haya tenido vinculación con el Hospital a través de contrato de prestación o contrato de trabajo de intermediación, o que, sin estar vinculada por alguno de esos medios, haya prestado servicio alguno al Hospital, razón por la cual esta pretensión se denegará.

6. DE LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA DE CONTRATO REALIDAD

Teniendo en cuenta que la parte demandada propuso la excepción de prescripción y que como se señaló en la audiencia inicial, esta sería resuelta al desatar el fondo del asunto, debe emitirse pronunciamiento al respecto.

De acuerdo con lo señalado en múltiples fallos proferidos por el Consejo de Estado[11], el contratista interesado en la obtención de la declaratoria del contrato realidad debe hacer uso de la reclamación administrativa correspondiente dentro del prudencial término otorgado, de manera general a los servidores públicos, cual es el de tres años, contados a partir del último contrato estatal suscrito, es decir, desde cuando se hizo exigible la obligación[12].

---

[11] Dentro de los cuales se puede reseñar por ejemplo las sentencias de tutela del 6 de septiembre de 2013 de la Sección Segunda. Subsección A. radicación No.11001-03-15-000-2013-01662-00. CP Dr. Alfonso Vargas Rincón. y del 16 de diciembre de 2013 de la Sección Cuarta. radicado No. 11001-03-15-000-2013-01015-01.CP Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. entre otras.

[12] El Decreto 3135 de 1968 en su artículo 41 estableció la regla general de los tres (3) años de prescripción frente a los derechos laborales. al ser reglamentada por el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 102. estableció que los derechos laborales prescriben en tres (3) años contados desde que la respectiva obligación se hizo exigible.

El Consejo de Estado en sentencia de unificación del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) proferida dentro del expediente Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter, consideró que el reconocimiento de tales prestaciones se deberá a hacer a título de restablecimiento del derecho por ser una consecuencia lógica de la declaratoria de nulidad del actor acusado.

Ahora bien, con relación a la prescripción de los derechos derivados del contrato realidad, en la misma sentencia señaló:

> *"i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años* ***contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.***
>
> *ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.*
>
> *iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.*
>
> *iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA). (...)*
>
> *vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral). (...)*

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados."

También indicó la sentencia de unificación que se cita, que *"(...) 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"*, en el entendido que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio.

Revisado el expediente, se observa que la señora Sandra Milena Vergaño Urueña laboró entre el 1° de julio de 2014 al 31 de octubre de 2016, con solución de continuidad, bajo dos modalidades, una por orden de prestación de servicios emitida directamente por el Hospital accionado y otra por contratos laborales suscritos con la empresa Profuturo S.A.S., todo lo anterior, en tres periodos que van: del 1° de julio de 2014 al 31 de enero de 2016, del 10 de marzo al 31 de julio de 2016, y del 1° al 31 de octubre de 2016, declarándose así la existencia de una relación laboral entre las partes por las citadas fechas.

Se probó que el vínculo laboral finalizó en un primer término el 31 de enero de 2016, el siguiente el 31 de julio de 2016 y el tercero el 31 de octubre de 2016, y que la accionante presentó petición de pago de prestaciones sociales el día 14 de marzo de 2017, por tanto, no existen emolumentos que hayan sido cobijados con prescripción.

En consecuencia, se le ordenará a la entidad demandada que reconozca y pague a la señora Sandra Milena Vergaño Urueña, las diferencias que resulten por concepto de prestaciones sociales de acuerdo al régimen prestacional de las Empresas Sociales del Estado, correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, esto es entre del 1° de julio de 2014 al 31 de enero de 2016, del 10 de marzo al 31 de julio de 2016, y del 1° al 31 de octubre de 2016, con base en el valor de los honorarios pactados y los salarios devengados durante los periodos en que tuvo contrato laboral tercerizado.

Finalmente, no hay lugar al reconocimiento de la indemnización moratoria, toda vez que esta sentencia es constitutiva de derecho y es a partir de ella que nacen las prestaciones en cabeza del beneficiario, por tanto, no existe incumplimiento de la parte accionada que dé lugar a la imposición de dicha sanción. Así mismo tampoco hay lugar a la condena por sanción por despido injusto, puesto que la terminación del vínculo se debió a la finalización del término establecido en cada uno de los contratos suscritos.

7. IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LAS COTIZACIONES A SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Aparejada con la declaratoria de irregularidad de la situación contractual establecida entre la demandante y el demandado en virtud de lo establecido en el artículo 53 constitucional, es menester dar aplicación al principio consagrado igualmente en dicho precepto normativo denominado "*irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales*", en virtud del cual la relación laboral que se configura, da lugar al nacimiento de todos los derechos que de suyo le son propios.

Sobre este aspecto la Sección Segunda del Consejo de Estado sostuvo esta posición al permitir el otorgamiento de los derechos implícitos a la relación laboral que se declara, en manifestaciones que son del siguiente tenor:

> *"Así las cosas, el Estado infractor no puede entonces beneficiarse de su conducta irregular y pretender trasladar la responsabilidad de su actuación a quien ha sido de esa manera contratado, pues el verdadero sentido del principio de la realidad sobre la formalidad lo que impone es que se le reconozca con certeza y efectivamente todo derecho que deviene del despliegue de su actividad laboral. (...)*
>
> *Por lo anterior, los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio* ***y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación...*** *"*

Por tanto, teniendo en cuenta que todas las personas con vínculo laboral (de derecho privado o servidores públicos) tienen la obligación de afiliarse al Sistema General de Seguridad Social Integral en sus componentes de salud y pensiones, la demandante, en igualdad de derechos con aquellos servidores que pusieron a disposición su fuerza de trabajo en virtud de una relación legal y reglamentaria con el Estado, tiene derecho a que éste le reconozca las cotizaciones dejadas de realizar en la proporción respectiva conforme a lo prescrito en los artículos 20 y 204 de la Ley 100 de 1993.

Nótese en este punto que tal obligación de afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral trasciende incluso la esfera de derechos subjetivos de las partes involucradas y permea todo el núcleo social en la medida en que es deber de quienes se hayan obligados a ello, el de contribuir a la concreción del **principio de solidaridad en esta materia,** capitalizando el sistema con sus aportes[13] y

[13] Corte Constitucional. **Sentencia C- 529 de 2010**.

apalancando de esta manera la cobertura de las contingencias que pretende cubrir el referido sistema.

En la sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16 el Consejo de Estado señaló: "*vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador*".

Conforme lo anterior y pese a que no fue solicitada en la demanda, se ordenará igualmente a la entidad accionada tomar como ingreso base de cotización pensional de la demandante, los honorarios y/o salarios pactados, mes a mes, durante el periodo comprendido entre el 1° de julio de 2014 al 31 de enero de 2016, del 10 de marzo al 31 de julio de 2016, y del 1° al 31 de octubre de 2016, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista o empleada tercerizada y los que se debieron efectuar, deberá la entidad accionada cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador, de acuerdo con las cotizaciones que se acredite, hizo la actora ante la entidad durante sus vínculos contractuales.

Se declarará igualmente que el tiempo laborado por la demandante en el ente territorial desde el 1° de julio de 2014 al 31 de enero de 2016, del 10 de marzo al 31 de julio de 2016, y del 1° al 31 de octubre de 2016, se debe computar para efectos pensionales.

8. INDEXACIÓN E INTERESES

Las sumas resultantes a favor de la demandante, deberán ser actualizadas conforme lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y con la siguiente fórmula:

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

Donde el valor presente ® se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a las sumas adeudadas, por la cifra que resulte 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 al momento de causación de cada uno de los haberes adeudados).

Los intereses serán reconocidos en la forma prevista en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.AC.A., y las sumas causadas deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del ibídem.

9. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

De acuerdo con lo expresado en líneas precedentes, el despacho declarará la existencia de una relación laboral entre la demandante y la E.S.E. demandada por tres periodos que se extendieron en el tiempo del 1º de julio de 2014 al 31 de enero de 2016, del 10 de marzo al 31 de julio de 2016 y del 1º al 31 de octubre de 2016, por lo que es procedente declarar la nulidad del acto administrativo demandado de fecha 3 de abril de 2017.

Se ordenará a título de restablecimiento del derecho y con relación los periodos comprendidos entre el 1º de julio de 2014 al 31 de enero de 2016, del 10 al 31 de marzo de 2016 y del 1º al 31 de octubre de 2016, en el que estuvo vinculada directamente con el Hospital mediante orden de servicios, habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales ordinarias o comunes que estaban a cargo del empleador, devengadas por los servidores de planta de la entidad, para lo cual deberá tener en cuenta, como salario base de liquidación, los honorarios pactados.

Para el periodo comprendido entre el 1º de abril al 31 de julio de 2016, durante el cual la demandante estuvo vinculada a través de la empresa de servicios temporales, habrá lugar al reconocimiento de las diferencias de los salarios y aquellas prestaciones sociales que estaban a cargo del empleador, de acuerdo con el ordenamiento legal; frente a los salarios y prestaciones reconocidas a la demandante con Profuturo S.A.; y con respecto a aquellas que no hubieren sido reconocidas, habrá lugar a su reconocimiento integral, teniendo en cuenta la prestación aplicable con base en el salario pactado con la entidad contratante.

Se ordenará igualmente el pago de los honorarios (salario) dejados de pagar correspondientes al mes de diciembre de 2015 por valor de un millón de pesos ($1.000.000) y de 30 días del mes de octubre de 2016 por valor de un millón seiscientos cincuenta mil pesos ($ 1.650.000) con su respectiva indexación.

En cuanto a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, dado su carácter de imprescriptibles, sobre los mismos habrá lugar a su reconocimiento, por el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2014 al 31 de enero de 2016, del 10 al 31 de marzo de 2016 y del 1º al 31 de octubre de 2016 y para lo cual el Hospital demandado deberá tomar como IBC pensional de la demandante, los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados y los que se debieron efectuar; le corresponderá efectuar la cotización al respectivo fondo de pensiones, por el faltante de dicha diferencia, sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Se precisa que respecto del periodo en que la trabajadora estuvo vinculada por medio de contrato de trabajo con empresas de servicios temporales, esto es, desde el 1º de abril hasta el 31 de julio de 2016, deberá la entidad demandada asumir el

valor excedente de la cotización al Sistema ya realizada por Profuturo S.A. y en el porcentaje que le corresponde como empleador.

Se denegará la pretensión relativa al reconocimiento de la indemnización moratoria y de sanción por despido injusto, por cuanto no existe incumplimiento de la parte accionada que dé lugar a la imposición de dicha sanción, teniendo en cuenta que a partir de esta sentencia se constituye el derecho a percibir las prestaciones sociales y por cuanto la finalización de los contratos se efectúo por la terminación del plazo pactado.

10. COSTAS

Al resultar vencida la parte demandada, es menester proveer sobre la correspondiente condena en costas a favor de la parte actora, conforme lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en el artículo 361 del Código General del Proceso.

Tal condena se dispondrá ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018[14], verificando en consecuencia que el apoderado judicial de la parte actora efectivamente realizó actividades adicionales a la propia presentación de la demanda, tales como la asistencia a la audiencia inicial, en la que participó de todas sus etapas, también asistió a la audiencia de práctica de pruebas y presentó los alegatos de conclusión en la oportunidad debida.

También hubo de incurrir en erogaciones como el pago de la suma establecida por gastos ordinarios del proceso, razón por la cual se fijará la suma de OCHOCIENTOS MIL PESOS ($800.000) por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la demandada, y se ordenará que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley**,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la existencia de una relación laboral entre la señora Sandra Milena Vergaño Urueña y el Hospital San Sebastián E.S.E. de Piedras, la cual se extendió por los periodos comprendidos entre el 1° de julio de 2014 al 31 de enero de 2016, del 10 de marzo al 31 de julio de 2016, y del 1° al 31 de octubre de 2016, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

---

[14] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

255

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad del Oficio adiado 3 de abril de 2017, expedido por la Gerente del Hospital San Sebastián E.S.E. de Piedras, por las razones esbozadas en la parte considerativa de la sentencia.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaratoria de nulidad y a título de Restablecimiento del Derecho, CONDENAR al Hospital San Sebastián E.S.E. de Piedras, a reconocer y pagar a la señora SANDRA MILENA VERGAÑO URUEÑA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.108.232.476:

a. Con relación los periodos comprendidos entre el 1º de julio de 2014 al 31 de enero de 2016, del 10 al 31 de marzo de 2016 y del 1º al 31 de octubre de 2016, en el que estuvo vinculada directamente con el Hospital mediante contratos u órdenes de servicios, deberá hacer el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales ordinarias o comunes que estaban a cargo del empleador, devengadas por los servidores de planta de la entidad, para lo cual deberá tener en cuenta como salario base de liquidación, los honorarios pactados.

b. Para el periodo comprendido entre el 1º de abril al 31 de julio de 2016, durante el cual la demandante estuvo vinculada a través de la empresa de servicios temporales, la entidad demandada deberá hacer el reconocimiento de las diferencias de los salarios y aquellas prestaciones sociales que estaban a cargo del empleador, de acuerdo con el ordenamiento legal, frente a los salarios y prestaciones reconocidas a la demandante por Profuturo S.A.; y con relación a aquellas que no hubieren sido reconocidas, habrá lugar a su reconocimiento integral, teniendo en cuenta la prestación aplicable con base en el salario pactado con las entidades contratantes.

TERCERO.- CONDENAR al Hospital San Sebastián E.S.E. de Piedras a liquidar y consignar al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliada la señora Sandra Milena Vergaño Urueña, la diferencia de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones que estaban a cargo de la demandada sobre los emolumentos reconocidos en el presente fallo, por el período laborado entre el 1º de julio de 2014 al 31 de enero de 2016, del 10 de marzo al 31 de julio de 2016, y del 1º al 31 de octubre de 2016, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Respecto del periodo en que la trabajadora estuvo vinculada por medio de contrato de trabajo con empresas de servicios temporales, esto es, desde el 1º de abril hasta el 31 de julio de 2016, deberá la entidad demandada asumir el valor excedente de la cotización al Sistema ya realizada por Profuturo S.A. y en el porcentaje que le corresponde como empleador.

CUARTO.- CONDENAR al Hospital San Sebastián E.S.E. de Piedras al pago de las suma de UN MILLÓN DE PESOS ($1.000.000) y UN MILLÓN SEISCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($ 1.650.000), correspondientes a los salarios dejados de pagar por los meses de diciembre de 2015 y octubre de 2016.

QUINTO.- Las sumas resultantes deberán ser actualizadas conforme lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y siguiendo la fórmula expresada en las consideraciones de esta decisión.

SEXTO.- DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

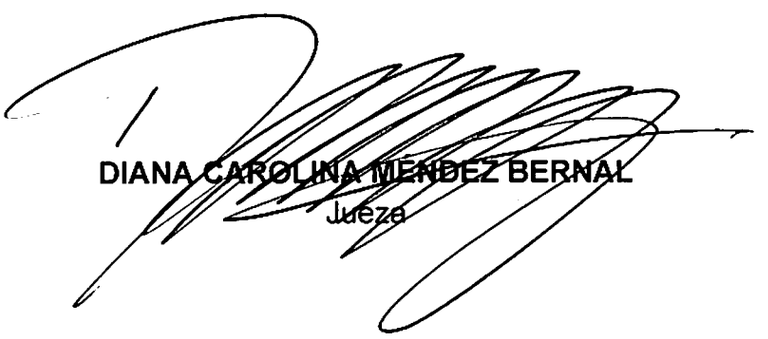
SÉPTIMO.- CONDENAR en costas a al Hospital San Sebastián E.S.E. de Piedras. Conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se fija la suma de OCHOCIENTOS MIL PESOS ($800.000) por concepto de agencias en derecho a favor de la demandante, y se ordena que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

OCTAVO.- Se dará cumplimiento a éste fallo en los términos de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

NOVENO.- En aras del acatamiento de este fallo, expídase al extremo demandante copia con constancia de ser la primera, la cual prestará mérito ejecutivo.

DÉCIMO.- De no ser apelada esta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previo las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL
Jueza