



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00274

Cartagena de Indias D.T y C, veintiocho (28) de Septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2016-00274-00
Demandante	DEICY MARÍA FRANCO MARTÍNEZ
Demandado	ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR
Tema	CONTRATO REALIDAD
Sentencia No	0183

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por la señora DEICY MARÍA FRANCO MARTÍNEZ, a través de apoderado judicial, contra la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR.

2. ANTECEDENTES

- HECHOS

Como fundamentos facticos de la demanda, la parte demandante, en resumen, expuso de los siguientes:

1-Señaló, que la señora DEICY MARÍA FRANCO MARTÍNEZ, estuvo vinculada a la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR (BOLÍVAR), de forma continua, ininterrumpida y permanente desde el 01 de abril de 2011 hasta el día 09 de enero de 2016, mediante contratos de prestación de servicios.

2-Indicó que en dicha entidad, la señora DEICY FRANCO MARTÍNEZ, se desempeñó como Auxiliar de Enfermería.

3-Manifestó, que en dicha ESE la accionante cumplía con sus funciones de lunes a viernes por un lapso de ocho (08) horas, incluso, en horas y días no hábiles cuando su jefe se lo ordenaba.

4-Afirmó, que la demandante no prestaba sus servicios con autonomía e independencia, ni con sus propios medios, según explicó, puesto que, se encontraba sometida al estricto cumplimiento de órdenes, directrices y horarios, por lo tanto, bajo completa subordinación y dependencia de la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR (BOLÍVAR).

5-Aseguró, que las labores desempeñadas por la señora DEICY FRANCO MARTÍNEZ, tenían carácter exclusivo, según señaló, ya que la dedicación y la jornada no le permitían desempeñar otro contrato u empleo.

6-Aseveró, que a la señora DEICY FRANCO MARTÍNEZ, se le cancelaba su salario de forma periódica y mensual, pero no se le cancelaban prestaciones sociales, ni horas extras.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00274

7-En razón a los hechos anteriores se indica que existió un contrato de trabajo realidad, y como consecuencia de ello, se le deben reconocer y pagar las acreencias laborales y prestaciones sociales a las cuales cree tiene derecho.

- PRETENSIONES

1-Que se declare que entre la señora DEICY MARIA FRANCO MARTINEZ y la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR, entre el 1º de Abril de 2011 y el 09 de Enero de 2016, existieron varios contratos de trabajo sucesivos disfrazados de contratos de prestación de servicios.

2-Declarar la nulidad del oficio del 29 de Julio de 2016, emanado de la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR, mediante el cual, negó la solicitud de reconocimiento de existencia de relación laboral con la demandante, reconocimiento y pago de prestaciones sociales, indemnización por despido injusto, intereses moratorios por el no pago oportuno de cesantías y demás emolumentos, causados en razón de los contratos de trabajo sucesivos disfrazados de contratos de prestación de servicios.

3-Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenar a la ESE HOSPITAL DE CALAMAR, que le reconozca y pague a la señora DEICY MARIA FRANCO MARTINEZ todas las prestaciones sociales que se causaron a su favor durante el periodo en que estuvo vinculada laboralmente con dicha entidad (1º de Abril de 2011 y el 09 de Enero de 2016), tales como, cesantías, intereses de cesantías, prima de navidad, prima de servicios, vacaciones, dotación para trabajar, de acuerdo a los valores y conceptos consignados en la demanda.

4-Ordenar a la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR, dar cumplimiento a la sentencia, en los términos señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA.

5-Condernar a la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR, que reconozca y pague a la demandante la indexación de las sumas solicitadas en el numeral tercero tomando como base el IPC.

6-Ordenar a la demandada, que por tratarse de pagos sucesivos, aplique la formula separadamente mes por mes.

7-Condernar a la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR, que reconozca y pague los intereses moratorios que se causen a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y hasta que se efectúe el pago.

8-Condernar en costas a la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR, en los términos del artículo 188 del CPACA.

9-Condernar a la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR, cancelar a favor de la demandante y ante las entidades de salud y pensión, los porcentajes de cotizaciones en salud y pensión correspondiente, que debieron realizarse durante el periodo en que estuvo vinculada laboralmente con dicha entidad (1º de Abril de 2011 y el 09 de Enero de 2016).

10-Que se declare que el tiempo laborado bajo la supuesta modalidad de contrato de prestación de servicios, se compute para efectos de pensión.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

Considera el apoderado judicial de la accionante que con la expedición del acto acusado las accionadas ha trasgredido las siguientes normas:



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00274

Artículos 2, 13, 25 y 53 de la Constitución Política.
Art. 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo.
Artículo 32 de la Ley 80 de 1993; y ley 2400.

Como concepto de violación de las normas, en concreto, planteó lo siguiente:

Argumentó, que la actuación administrativa demandada viola las normas antes relacionadas, y que además ostenta falsa motivación, según señaló, al plantear que se quiso contrariar la realidad mediante contratos de prestación de servicios, cuando realmente lo que existe es una relación laboral, pues se presentan los tres elementos que indican la ley y la jurisprudencia, como lo son la i) prestación personal del servicio, ii) la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto al empleador que faculte a este para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle el reglamento; e iii) la remuneración como contraprestación.

- CONTESTACIÓN

ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR (BOL): No dio contestación a la demanda.

- TRÁMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el 23 de noviembre de 2016, admitida mediante auto del 30 del mismo mes y año, notificada mediante estado 196 de 2016.

Habiéndose notificado a la parte demandante el día 19 de enero de 2017, y vencido el término de ley, mediante auto del 06 de junio hogaño, se cita a las partes a audiencia inicial para el 25 de julio de 2017, llegado el día y la hora se instala la audiencia y se decretan pruebas.

La audiencia de pruebas se celebró el 31 de agosto y 06 de septiembre de 2017; se cierra el debate probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar dentro de los 10 días siguientes.

- ALEGACIONES

DEMANDANTE: Ratifica los supuestos de hecho y de derecho sobre los que se soporta la demanda.

Destacando que las labores desarrolladas por la demandante como trabajadora de la ESE demandada eran las mismas actividades que desarrollaban las auxiliares de enfermería de planta de la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR, pero se pretendió encubrir la relación laboral a través de contratos de prestación de servicios, mas con las pruebas recaudadas en el proceso se verifica que se presentaron los tres elementos que exige la ley para la existencia del contrato realidad, como lo son la prestación personal del servicio, la continua subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del servicio, por lo que se deben acceder a las pretensiones de la demanda.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00274

ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR: No presentó alegatos de conclusión.

- **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público no rindió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

El trámite procesal se adelantó con observancia de los preceptos de orden constitucional y legal sin que, en la hora actual, se advierta causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

4. CONSIDERACIONES

- **PROBLEMA JURÍDICO**

¿Los Contratos de Prestación de Servicios por los cuales fue vinculada la demandante se desnaturalizaron y se configuró un relación laboral; y a consecuencia de ello la accionante tiene derecho a que se le pague a título de indemnización lo que le correspondería por concepto de prestaciones sociales, así como la indemnización moratoria por el pago tardío de las prestaciones sociales?

- **TESIS DEL DESPACHO**

En el proceso se encontraron debidamente configurados y probados los tres elementos de la relación laboral, esto es: a) la existencia de la prestación personal del servicio, b) la continuada subordinación laboral y, c) la remuneración como contraprestación del mismo.

Por lo anterior, se anulará el acto acusado y en su lugar declarará la existencia de una relación laboral entre la demandante y la entidad demanda, con las consecuencias prestacionales que corresponden a la labor desarrollada, como quiera que el Estado infractor no puede verse beneficiado de su conducta irregular y pretender trasladar la responsabilidad de su actuación a quien ha sido de esta manera contratado, pues el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad sobre la formalidad implica que se reconozca con certeza y efectividad todo derecho que deviene del despliegue real de una actividad laboral.

Así, a título de reparación del daño se ordenará el pago a favor del demandante las prestaciones sociales, tomando como base los honorarios contractuales, correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, igualmente se han de reconocer los porcentajes de cotización correspondientes a Pensión y Salud, así como las cotizaciones de Caja de Compensación durante el periodo acreditado que prestó sus servicios.

- **MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

Sobre el denominado “contrato realidad”.

El tema de la prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales, teniendo como resultado una definición aproximada de la diferencia entre ésta y el contrato de carácter laboral, la cual consiste, básicamente, en la existencia de tres elementos diferenciadores, a saber, la





172

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00274

prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y, la remuneración como contraprestación del mismo. Así lo precisó la H. Corte Constitucional, en Sentencia C-154 de 1997, donde estableció que en el contrato de prestación de servicios se desarrolla una actividad independiente, que puede provenir de una persona jurídica, respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

En la mencionada providencia, también se determinó que debido a la especial denominación a la que pertenece ese tipo de actos, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y que quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas.

Así mismo que, aunque se haya realizado una vinculación bajo la forma de contrato de prestación de servicios, si el interesado logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo establecida en el artículo 53 de la Constitución Política.

En lo que se respecta a la posibilidad de demandar la existencia de una relación laboral disfrazada mediante la figura del contrato de prestación de servicios ante esta jurisdicción, han sido múltiples las posiciones asumidas por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, las cuales han ido evolucionando, desde una posición restrictiva, en la cual era posible para las entidades públicas realizar dichas contrataciones sin que dieran lugar a una relación laboral, hasta una tesis más garantista con base en los postulados constitucionales, que dispone que sólo será posible la celebración de un contrato de prestación de servicios mientras la actividad a contratar no se pueda desarrollar con personal de la misma institución o requiera conocimientos especiales.

Dicho tránsito jurisprudencial ha sido analizado por el H. Consejo de Estado así:¹

“La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1.997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y aquel de prestación de servicios. El contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política. La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido. Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”. El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley. No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario. No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, la cual se estructura por la concurrencia

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 13 de mayo de 2010. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Radicación número: 76001-23-31-000-2001-05650-01(0924-09).





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00274

de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestacional.”.

Se concluye entonces que, solamente es posible solicitar las prestaciones sociales derivadas de una relación laboral disimulada bajo los denominados contratos de prestación de servicios, siempre que se acredite de forma suficiente la existencia de sus elementos esenciales, cuales son, **la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario**. Si esto no se da así, obligatorio resulta para el fallador negar las pretensiones de la demanda, por no haberse podido desvirtuar que entre empleador y contratista existió más que una mera relación contractual.

Al hilo de lo expuesto, es necesario indicar que el artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, define el contrato de prestación de servicios, en los siguientes términos:

“Art.32-

3o. 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.” (Subrayas fuera del texto)

De la norma legal en cita se desprenden entonces las siguientes características del contrato de prestación de servicios: i) Inexistencia de subordinación frente a la entidad contratante, ya que el contratista presta el servicio con autonomía; ii) La contraprestación recibida por el contratista se denomina honorarios; iii) No se generan prestaciones sociales; iv) Por lo general se celebra con personas jurídicas y solo se celebran con personas naturales cuando la planta de personal de la entidad contratante no sea suficiente para realizar actividades propias o cuando se necesite de personal con conocimiento especializado que no posean los empleados de la planta de personal; v) La contratación de personas naturales debe realizarse por un término estrictamente necesario, lo cual impide la prolongación en el tiempo.

Mientras que el contrato de trabajo contiene las siguientes características: i) implica la prestación personal del servicio, ii) existe una subordinación frente al empleador; iii) la contraprestación es denominada salario y dentro de las cuales se generan prestaciones sociales; iv) el servicio siempre será prestado por una persona natural, y v) el contrato de trabajo puede ser indefinido en el tiempo.

Luego la posición asumida por el alto tribunal de lo contencioso varió en el año 2003, y en sentencia desconoció la relación laboral en el contrato de prestación de servicio fundamentándose en que entre la Administración –entidad contratante- y el contratista lo que puede existir es una relación de coordinación en sus actividades, es decir, que para hacer posible un efectivo funcionamiento de la actividad materia del contrato, puede haber un sometimiento que incluya cumplimiento de horario, recibir ciertas instrucciones de sus superiores, o el deber de presentar informes entre otras cosas, lo cual no indica necesariamente que tales circunstancias obedecen a una relación laboral por la configuración del elemento de subordinación. En la sentencia se dijo lo siguiente:

“...si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00274

coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.² (Subrayas fuera del Texto)

En el año 2005, el Consejo de Estado³ retoma la posición asumida en el año de 1999, y es la de reconocer la existencia de una relación laboral cuando confluyen los tres elementos propios que son, prestación personal del servicio, subordinación y la remuneración (salario). En esta oportunidad el alto tribunal enfatizó que principalmente debería probarse la subordinación por ser una de las principales diferencias entre un contrato laboral y uno de prestación de servicios, además en el fallo el Consejo de Estado dejó muy claro que es irrelevante el hecho de que el trabajador consintiera lo estipulado en las cláusulas del contrato ya que los derechos que son de naturaleza laboral son irrenunciables, pues solo basta que los tres elementos antes descritos existan para que se configure la relación laboral. En cuanto al restablecimiento del derecho fue negado por la Sala Plena, y por el contrario estableció a título de indemnización que se cancelarían las prestaciones sociales que fueron pagadas a los empleados con funciones similares a las del demandante de ese caso en particular.

Reiterando su posición, El alto tribunal de lo contencioso dejó por sentado en el año 2008⁴ que aunque se hubiese contratado por parte de la Administración mediante contrato de prestación de servicios, se presentaren los tres elementos propios del contrato de trabajo, existirá relación laboral. También dentro del mismo fallo se varió lo concerniente al restablecimiento del derecho pues se aceptó el mismo, basándose en que la lesión sufrida por el contratista puede ser restablecida al restituir al estado anterior de las cosas, esto es el pago de las prestaciones sociales, y en las cuales están incluidas el tiempo para pensión y el pago de las cotizaciones respectivas, además se admitió por el Consejo de Estado que los conceptos antes mencionados pueden ser reconocidos aún sin haber sido pedidos, toda vez que son prestaciones propias de la relación laboral y por lo tanto al hacerlo el juez no se estaría produciendo un fallo extra petita.

El más reciente pronunciamiento del año 2009, el Consejo de Estado sostuvo su posición en cuanto a que al coexistir los tres elementos del contrato laboral se desvirtúa la existencia de un contrato de prestación de servicios lo cual conlleva al reconocimiento de la existencia del contrato realidad y por ende las respectivas prestaciones sociales.

“Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (Art. 53 C.P.).”⁵

Ahora en esta sentencia se vuelve a variar la posición en lo que respecta al reconocimiento de las prestaciones sociales, ya que éstas se reconocerán a título de reparación del daño y no de restablecimiento del derecho, ya que lo último implicaría el reintegro y el pago de lo dejado de percibir.

² Consejo de Estado. Sala Plena. sentencia del 18 de noviembre de 2003. Magistrado Ponente Dr. NICOLAS PAJARO PEÑARANDA.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección B. sentencia de junio 23 de 2005. Magistrado Ponente Dr. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda Sección- Subsección A. sentencia de 17 de abril de 2008. Magistrado Ponente Dr. JAIME MORENO GARCIA

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de febrero 19 de 2009. Magistrada Ponente Dra. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00274

Con respecto a la reparación, advierte la reciente posición jurisprudencial que la indemnización debe ser integral, es decir, deben estar todos los factores que comprenden las prestaciones sociales llámense primas, cesantías, riesgos profesionales y otros, que se darán basándose en lo devengado por un empleado público que tenga una situación similar a la del accionante-contratista.

Otro punto también aclarado, es que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no conlleva automáticamente a reconocerle al Contratista la calidad de empleado público, ya que no se cumplen los presupuestos del artículo 122 de la Constitución Política, en lo que se refiere a la existencia previa del cargo en la planta de personal, no existe funciones asignadas y mucho menos emolumentos previstos en el presupuesto de la entidad.

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

CASO CONCRETO

De conformidad con lo expuesto, se tiene que, para la prosperidad de las pretensiones dentro de la acción de nulidad y restablecimiento encaminadas a la declaratoria de un contrato realidad con la administración, se hace necesario que se encuentren debidamente configurados y probados los tres elementos de la relación laboral, esto es: a) la existencia de la prestación personal del servicio, b) la continuada subordinación laboral y, c) la remuneración como contraprestación del mismo; pero se hace énfasis en que principalmente se debe haber acreditado lo que hace referencia a la subordinación del supuesto contratista con la entidad accionada. Así pues, pasa el Despacho a analizar cada uno de estos elementos para determinar si entre la demandante y la entidad demandada existió una relación de carácter laboral.

Ahora bien, como se ha señalado, en razón a la importancia que tiene el determinar si la relación contractual se prestó de forma continua y bajo subordinación respecto de la administración, el Despacho analizará este aspecto como primer punto de debate, pues de lo contrario, no resultaría procedente continuar estudiando los demás elementos que debieron configurarse y probarse.

Las pruebas:

- Copia de los diferentes contratos celebrados entre la señora DEICY MARÍA FRANCO MARTÍNEZ y la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR – BOLÍVAR, con el objeto de prestar sus servicios como Auxiliar de enfermería en la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR – BOLÍVAR. (folios 45 a 104 del expediente)
- Certificado emitido por el jefe de recursos humanos de la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR, mediante el cual indica los periodos en los que prestó sus servicios la señora FRANCO MARTÍNEZ a esa entidad, que van sin solución de continuidad desde el 01 de abril de 2011 hasta el 31 de octubre de 2015. (folios 15 - 16 del expediente)
- Horarios de turnos de enfermería, en el lapso arriba indicado, señalados por la ESE a DEICY MARÍA FRANCO MARTÍNEZ. (folios 17 a 44 y 130 a 143 del expediente)

Además, se recepcionaron los testimonios de las señoras: DIANIBETH DEL CARMEN MORENO GARCÍA y SAMIRNA ALEXIS GUETTE SANTANA.

En sus deposiciones ambas manifiestan que la señora DEICY MARÍA FRANCO MARTÍNEZ prestó sus servicios a la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR – BOLÍVAR entre los años 2011 a 2016, realizando, de manera personal, actividades como auxiliar de enfermería, en las áreas de urgencia, curaciones, hospitalización, remisión y disponibilidades, por lo que si estaba en la casa descansando en caso de disponibilidad debía acudir al llamado para una urgencia vital o remisiones, estas actividades eran asignadas por la enfermera jefe, quien igualmente fijaba el horario, el mismo era de 7 a.m. a 2 p.m., y de 2 p.m a 7 p.m, en el nocturno era de 7 p.m. a 7 a.m, y laboraba igualmente





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00274

los domingos, y en caso de necesitar permisos, la solicitud debía realizarlo con 48 horas de anticipación.

Manifestaciones que a juicio de este Despacho gozan de credibilidad si se tiene en cuenta que explicaron la ciencia de sus dichos en razón a que fueron compañeros de trabajo de la demandante en la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR – BOLÍVAR, y además, porque ambas declaraciones son coherentes y creíbles en los aspectos medulares de las mismas.

Pues bien, al valorar con total objetividad el acervo probatorio antes relacionado, es dable colegir lo siguiente: la existencia de la prestación personal del servicio de la señora DEICY MARÍA FRANCO MARTÍNEZ a favor de la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR – BOLÍVAR – BOLÍVAR, desde el día 01 de abril de 2011 hasta el día 31 de octubre de 2015, desempeñándose como Auxiliar de enfermería; la continuada subordinación laboral, al cumplir un horario de trabajo, el cual excedía ordinariamente las 8 horas diarias, cuando correspondía diurno de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. y nocturno de 7:00 p.m. a 7:00 a.m, de lunes a viernes e inclusive domingos, y al tener una Jefa inmediata de quienes vigilaban la prestación del servicio de la señora MIRITH MUÑOZ URBINA y el horario de trabajo, y de quien recibía órdenes; la remuneración como contraprestación de la labor desempeñada, conforme se observa de los contratos de prestación de servicios.

El conjunto probatorio enlistado precedentemente permite concluir al Despacho la existencia de una relación laboral encubierta bajo la modalidad del contrato de prestación de servicios. Veamos:

Respecto del periodo en que la señora DEICY MARÍA FRANCO MARTÍNEZ, prestó efectivamente sus servicios se encuentra probado además la contraprestación o retribución percibida por los mismos, tal como consta en las documentales arrimadas, lo cual denota la permanencia y la necesidad de las labores que fueron desempeñadas por la accionante, en la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR – BOLÍVAR.

Ahora, como se enunció anteriormente, de la pruebas señaladas se infiere con toda claridad la subordinación de que se revistió la presunta relación contractual suscrita, toda vez que la demandante al desarrollar las actividades para las que fue contratada sucesivamente se encontraba sujeta al cumplimiento de horario, a la supervisión permanente y a las directrices y subordinación directa de quienes dirigían el ente donde laboró, prestando sus servicios en las mismas condiciones que un empleado normal lo haría.

Así las cosas, queda demostrado para el presente caso la existencia de los elementos de la relación laboral, prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación; y en este orden, se le han de reconocer las pretensiones de la demanda.

Por lo anterior, se anulará el acto administrativo contenido en el oficio de fecha veintinueve (29) de julio de 2016 (por carecer de fecha se toma la de recibo), mediante el cual la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR, se negó a reconocer y declarar la existencia del contrato realidad entre ella y la señora DEICY MARÍA FRANCO MARTÍNEZ, y su lugar, se declarará la existencia de la relación laboral, con las consecuencias prestacionales que corresponden a la labor desarrollada, como quiera que el Estado infractor no puede verse beneficiado de su conducta irregular y pretender trasladar la responsabilidad de su actuación a quien ha sido de esta manera contratado, pues el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad sobre la formalidad implica que se reconozca con certeza y efectividad todo derecho que deviene del despliegue real de una actividad laboral.

Por consiguiente, a título de reparación del daño se ordenará el pago a favor de la demandante de las prestaciones sociales, tomando como base los honorarios contractuales, correspondientes a los períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, es decir, a partir del 01 de abril de 2011 hasta el 31 de octubre de 2015.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00274

En cuanto a las prestaciones compartidas (Verbi Gracia, pensión y salud), se ordenará a la demandada el pago a favor de la actora de los porcentajes de cotización que le correspondían de conformidad con la Ley 100 de 1993, pagos que en virtud de las Ordenes de Prestación de Servicios debieron ser asumidos totalmente por la presunta contratista conforme lo exige la ley. No obstante, en caso de que los respectivos aportes no se hayan efectuado por parte de la demandante con fundamento en el artículo 282 de la citada Ley 100 de 1993, la Entidad deberá efectuar las cotizaciones respectivas a los dos Sistemas, descontando de las sumas que se adeudan a la demandante el porcentaje que a ésta corresponda.

En presente asunto no ha operado la prescripción de las prestaciones demandadas, ya que la señora DEICY MARÍA FRANCO MARTÍNEZ, estuvo vinculada sin solución de continuidad hasta el 31 de octubre de 2015, la reclamación la elevó el día 04 de mayo de 2016, la respuesta a la misma se emitió el día 29 de julio de 2016, y la presente actuación se promovió el día 23 de noviembre del mismo año. Al respecto en sentencia proferida por el Consejo de Estado⁶ el pasado nueve (9) de abril de 2014; que señaló:

"En torno a la extinción de los derechos derivados de una relación contractual en la que se demuestra la existencia de un contrato de trabajo, en aplicación de la teoría de la primacía de la realidad sobre las formas, la Sección Segunda de esta Corporación ha considerado:

"La prescripción se encuentra regulada en el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público. El artículo 102, prescribe:

"PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."

Esta Sala en anteriores oportunidades, ha declarado la prescripción trienal de los derechos que surgen del contrato realidad, aceptando que dicho fenómeno se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la Entidad demandada. Sin embargo, en esta oportunidad replantea este criterio por las razones que a continuación se explican:

De conformidad con algunos estatutos que han regido esta materia, los derechos prescriben al cabo de determinado tiempo o plazo contado a partir de la fecha en que ellos se hacen exigibles, decisión que se adopta con base en el estatuto que consagra dicho fenómeno. (Vr. Gr. Dto. 3135/68 art. 41).

(...)

*En esta oportunidad, la Sala debe precisar que si bien la anterior es la tesis que se aplica en la actualidad y, en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; **también lo es que el particular debe reclamar de la administración y***

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA. SUB SECCION "A". Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Bogotá, D.C., nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014). Radicación número: 20001-23-31-000-2011-00142-01(0131-13)





125

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00274

del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama.

Lo anterior quiere decir que si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan.

(...)

Lo anterior quiere decir que si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda en la sentencia trascrita, solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, también lo es que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral, debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración.
Subrayado fuera de texto.

Las demás pretensiones serán negadas.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva. Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

".....

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

En el presente caso el despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandada, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que el demandante haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

5. LA DECISION

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE LA NULIDAD del acto administrativo contenido en el oficio de fecha veintinueve (29) de julio de 2016 (por carecer de fecha se toma la de recibo), mediante el cual la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR (BOLIVAR), se negó a reconocer y declarar la existencia del contrato realidad entre ella y la señora DEICY MARÍA FRANCO MARTÍNEZ, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 31-07-2017

Página 11 de 12





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00274

SEGUNDO: CONDÉNASE a la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR (BOLIVAR), a título de reparación del daño, a reconocer y pagar a favor de la señora DEICY MARÍA FRANCO MARTÍNEZ, las prestaciones sociales de ley, tomando como base los honorarios contractuales, correspondientes a los periodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, es decir, a partir del 01 de abril de 2011 hasta el 31 de octubre de 2015.

TERCERO: CONDÉNASE a la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR (BOLIVAR), a pagar a la demandante a título de reparación del daño, los porcentajes de cotización correspondientes a Pensión y Salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes durante el periodo acreditado que prestó sus servicios, dichas sumas serán ajustadas conforme quedó expuesto en la parte motiva.

CUARTO: DECLÁRASE que el tiempo laborado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, se debe computar para efectos pensionales.

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en los artículos 192, 193 y 195 CPACA.

SEPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, expídase copia para su cumplimiento, devuélvanse los dineros sobrantes consignados para los gastos del proceso si los hubiere y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHO DOMÍGUEZ
Juez

