Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00022

Cartagena de Indias D.T y C, once (11) de Mayo de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13-001-33-33-008-2017-00022-00**
Demandante	**HILARY NADAL SERRANO**
Demandado	**ESE HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA DE MOMPOX**
Tema	**CONTRATO REALIDAD**
Sentencia No	**0106**

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por la señora **HILARY LISETH NADAL SERRANO**, a través de apoderado judicial, contra la **ESE HOSPITAL LOCAL SANTA MARÍA DE MOMPOX.**

2. ANTECEDENTES

- **HECHOS**

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

Puso de presente la parte demandante, que entre la señora HILARY LISETH NADAL SERRANO y la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA DEL MUNICIPIO DE MOMPOS – BOLÍVAR, existió una relación laboral durante el periodo comprendido entre el 15 de Septiembre de 2014 hasta el 30 de Junio de 2016, con la apariencia de contrato de prestación de servicios, por ende, sin cancelarse todas las prestaciones sociales a las que tenía derecho.

- **PRETENSIONES**

1-Que se declare la nulidad del acto administrativo sin fecha, visible a folio 19 del expediente, expedido por la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA DEL MUNICIPIO DE MOMPOS – BOLÍVAR, por medio del cual negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales solicitadas por la demandante.

2-Que se declare que entre la señora HILARY LISETH NADAL SERRANO y la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA DEL MUNICIPIO DE MOMPOS – BOLÍVAR, existió un contrato laboral, en consecuencia, se condene a dicha entidad a pagar las prestaciones sociales que la demandante no ha percibido, durante todo el tiempo en que existió dicha relación laboral.

3-Que se condene a la entidad demandada a pagar las sumas que sean reconocidas de manera indexada, los intereses legales a que haya lugar, y reconocer y pagar la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995.

4-Que se ordene a la parte demandada a cumplir la sentencia dentro del término establecido en el artículo 176 del CPACA.

- **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:

Artículos 25 y 53 de la Constitución Política.
Art. 99 de la Ley 50 de 1990.
Art. 8, 9, 12, 14 y 20 del Decreto 1045 de 1978.
Decreto 1042 de 1978.

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 SANTA MARÍA DE MOMPOX (BOL): Esta entidad negó la solicitud prestaciones elevada por la accionante, por cuanto sólo le son reconocidas a los servidores públicos, y la señora NADAL SERRANO prestó sus servicios a través de la modalidad de contrato de prestación de servicios con base en lo reglado en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, y de aceptar lo que manifiesta se estaría desconociendo la ley 489 de 1998 en su artículo 83, en concordancia con el numeral 5 del artículo 195 de la ley 100 que confiere a los empleados de las ESE como servidores públicos, y para ello es necesario ser nombrados mediante acto administrativo y posesionarse, situación que no ocurrió con la demandante; por lo que no deben reconocerse las pretensiones.

- **TRÁMITES PROCESALES**

La demanda fue presentada el 01 de febrero de 2017, admitida mediante auto del 22 del mismo mes y año, notificada mediante estado 021 de 2017.

Habiéndose notificado a la parte demandada el dia 14 de marzo de 2017, y vencido el término de ley, mediante auto del 29 de agosto de 2017 se cita a las partes a audiencia inicial para el 17 de octubre del mismo año, llegado el día y la hora se instala la audiencia y se decretan pruebas.

La audiencia de pruebas se celebró el 16 de enero y 04 de abril de 2018; 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 empleados de planta de la ESE, 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.

ESE HOSPITAL LOCAL SANTA MARÍA DE MOMPOX: 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 titulo 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.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

- **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 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*

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

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 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 puedes 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 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 Estado[3] 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 dejo 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 titulo 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 2008[4] 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*

[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 BUSTAMENTE

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

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.

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.

Respecto al hecho de que la demandante haya estado vinculada en algunas oportunidades por intermedio de una cooperativa el Consejo de Estado[6] ha señalado:

Así las cosas, la Sala encuentra probada la contratación de la actora a través de convenios de asociación con diferentes Cooperativas de Trabajo Asociado en favor del Hospital Engativá II Nivel E.S.E, desde el 1° de septiembre de 2003 y hasta el 31 de octubre de 2005, es decir, durante 2 años y dos meses, para ejecutar las funciones de Médica Ginecóloga, toda vez que el mismo Hospital fue el que reconoció la existencia de esta vinculación durante dicho periodo.

Al revisar los tres requisitos esenciales para la existencia de una relación laboral, se tiene que la actora desempeñaba una (i) ***actividad personal*** *para el Hospital Engativá II Nivel E.S.E, consistente en ejecutar las funciones de Médica Ginecóloga en las instalaciones del mismo. De igual manera, se comprueba que ella estaba obligada a cumplir con las directrices y el horario, y no bajo su propia dirección o gobierno, con mayor razón cuando se trata de actividades propias del giro ordinario de la entidad y ejecutadas por los funcionarios de planta, a los cuales le son consustanciales los elementos de (ii)* ***subordinación*** *y dependencia*

Ahora bien, en contraprestación a la labor que desempeñó la accionante, ella recibía una (iii) ***remuneración*** *la cual sólo fue pagada directamente por el Hospital demandado desde el 6 de septiembre de 2002 y hasta el 31 de agosto de 2003 tiempo durante el cual, estuvo vinculada a través de los contratos de prestación de servicios, con posterioridad a esta fecha, continuó recibiendo una suma de dinero, pero proveniente del pago de las compensaciones mensuales a las que tenía derecho como afiliada de la Cooperativa de Trabajo Asociado.*

Si bien es cierto, que la remuneración que recibía la actora no correspondía a los recursos de la entidad estatal, también lo es que en atención a que el Hospital demandado ***intento desconocer una relación laboral, a través de la intermediación de una Cooperativa de Trabajo Asociado,*** *esto no impide que el ente accionado asuma las responsabilidades por la conducta desplegada en detrimento de los derechos laborales y prestacionales consagrados a favor del trabajador.*

---

[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

[6] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00041-01 (0260-09)

En este orden de ideas, priman los derechos del trabajador sobre la modalidad de contratación que utilizó el accionado.

Vale decir, que la Corte Constitucional ya se refirió a la autonomía que tienen las cooperativas en el establecimiento de sus reglamentos y el límite constitucional para el desarrollo de ésta. Por ejemplo, en la Sentencia C-211 de 2000[7], concluyó que no se habla de autonomía estatutaria absoluta, sino limitada por parámetros constitucionales; en particular, por los derechos fundamentales de los trabajadores.

Por otra parte la misma Corte ya ha proferido fallos donde señaló la posibilidad de la configuración de contrato realidad al momento de estar vinculado con una Cooperativa de Trabajo Asociado, es por ello, que en la Sentencia T-286 de 2003[8], en un caso similar al estudiado, sobre el tema dijo:

"A- La sentencia C-211 de 2000 se basa en el hecho de que los miembros de las cooperativas de trabajo asociado no ostentan una relación empleador - empleado, lo que de suyo implica que bajo tales respectos el asociado ha de trabajar individual o conjuntamente para la respectiva cooperativa en sus dependencias.

B- En contraste con esto, en el caso de autos la Sala observa que si bien la actora es asociada de una cooperativa de trabajo asociado (Coodesco), también lo es el hecho de que Coodesco la envió a prestar sus servicios personales en las dependencias del Citibank, lugar donde cumplía un horario y recibía una remuneración por parte de la Coodesco. Es decir, en el caso planteado, tuvo lugar una prestación personal del servicio en cabeza de la actora, una subordinación jurídica de la misma frente a Coodesco y una remuneración a cargo de ésta por los servicios personales prestados por la demandante. ***En otras palabras, se configuró el contrato de trabajo en consonancia con la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal (art. 53 C.P).***

La existencia de una relación entre cooperativa y cooperado no excluye necesariamente que se de una relación laboral entre cooperativa y cooperado y esto sucede cuando el cooperado no trabaja directamente para la cooperativa, si no para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la cooperativa; que fue lo que sucedió en este caso." *(Subrayado fuera de texto)*

De acuerdo con el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, se concluye que la mencionada afiliación de la demandante a la Cooperativa de Trabajo Asociado, 1 día después de su contratación mediante contrato de prestación de servicios en el cargo de Médica Ginecóloga, resulta ser una manera de "disimular" el vínculo laboral de subordinación que en realidad subyace entre la actora y el Hospital Engativá II Nivel E.S.E.

Asi las cosas, no es admisible constitucionalmente que las cooperativas de trabajo asociado, basándose en sus estatutos, dejen desprotegidos los derechos de los trabajadores.

En el mismo sentido, es inaceptable que las entidades estatales en ejercicio de la función pública, celebren o ejecuten contratos con Cooperativas de Trabajo Asociado, con el objeto desconocer una relación laboral, lo que lleva consigo el detrimento de los derechos laborales y prestacionales consagrados a favor del trabajador.

[7] M.P. Carlos Gaviria Diaz
[8] M.P. Jaime Araujo Renteria

En este orden de ideas, si se configuran actos de intermediación laboral por parte de las cooperativas a favor de entidades del Estado, la entidad pública (la cual funge como tercero), que se beneficie finalmente del servicio, será solidariamente responsable por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado. Toda vez que si se comporta una dependencia del trabajador frente a ella, y la cooperativa, la entidad adquiere responsabilidades sobre éste, a pesar que no se encuentra vinculado de manera directa[9].

Bajo estos supuestos, observa la Sala, que es claro que las cooperativas se desempeñan bajo los lineamientos de la Ley 79 de 1988, pero también es claro, que cuando el asociado es vinculado con otro ente, en este caso, el Hospital demandado, pero por órdenes puntuales y estrictas de la Cooperativa así como del tercero, existe una relación de empleador – empleado. Es decir, el asociado, la señora Maria Stella Lancheros Torres trabajaba en el Hospital Engativá, bajo las instrucciones de éste y tanto la cooperativa, como el Hospital fungen como empleadores. no obstante, si bien es cierto, en la presente causa no fueron demandas las cooperativas con las cuales mediaron contratos entre la actora y el Hospital demandado, también lo es, que esto en nada impide que el ente accionado asuma las responsabilidades por la conducta desplegada en detrimento del trabajador, en virtud de la solidaridad laboral.

Asimismo es válido afirmar, que durante el tiempo que duró la relación entre la demandante y el Hospital demandado. ***a pesar de las diferentes denominaciones, (contratos de prestación de servicios y sucesivamente a través de convenio de asociación con una Cooperativa de Trabajo Asociado) no existió ningún tipo de interrupción considerable en la prestación del servicio, lo que denota la permanencia y la necesidad de las labores que fueron desempeñadas por la actora en la institución****, igualmente se observa que funcionalmente fungió ejecutando las mismas funciones en favor del ente demandado, quien fue el que en últimas se benefició de los servicios prestados por la demandante.*

(...)

Por lo anterior, se declarará la existencia de una relación laboral entre el demandante y el Hospital Engativá II Nivel E.S.E, mientras duró la intermediación de las Cooperativas de Trabajo Asociado, esto es, desde el 1° de septiembre de 2003 y hasta el 31 de octubre de 2005, con las consecuencias prestacionales que corresponden a la labor desarrollada, como quiera que el Estado no puede verse beneficiado 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 implica que se reconozca con certeza y efectividad todo derecho que deviene del despliegue real de una actividad laboral.

---

[9] "Como consecuencia de los efectos negativos de la utilización de las Cooperativas de Trabajo Asociado con el fin de ejecutar prácticas de intermediación laboral, El Presidente de la República expidió el **Decreto 4588 de 2006,** Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, y en el **ARTÍCULO 17° dispuso: "*PROHIBICIÓN PARA ACTUAR COMO INTERMEDIARIO O EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES.*** *Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.*
Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado". (subrayado fuera de texto). Vale recalcar que esta disposición fue proferida con posterioridad a la vinculación de la actora a través de los convenios de asociación.

LA PRESCRIPCIÓN

El término de prescripción de derechos se encuentra señalado en el Decreto 3135 de 1968, de la siguiente forma:

> **Artículo 41°**.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
>
> El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Artículo que fue reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, así:

Artículo 102°.- ***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 solo por un lapso igual.

Sobre los términos de prescripción y el momento desde cuándo se debe iniciar a contar esta Casa Judicial, la sentencia proferida por el Consejo de Estado[10] el nueve (9) de abril de 2014; 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.***
>
> (...)
>
> Por lo tanto, entendiendo que el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, es justamente a partir de este momento que se contarían los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacia el futuro, situación que operaría en caso de que continuara la relación laboral, empero como el sub-lite se contrae al reconocimiento de una situación anterior no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia, tesis que la Sala en esta oportunidad acoge en su integridad."55

[10] 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)

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 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.

En los casos analizados en épocas anteriores por la Sala, como el estudiado en la sentencia cuyo aparte se transcribió previamente, la relación contractual terminó en mayo de 2000 y la reclamación de reconocimiento de las prestaciones sociales se hizo en ese mismo año y dio origen al oficio acusado expedido en el mes de septiembre, es decir, no había vencido el término para que el demandante reclamara sus derechos laborales, consistentes en la declaración misma de la relación laboral.

No ocurre lo mismo en el caso bajo análisis, cuando se trata de relaciones contractuales extinguidas algunas en el año 1994, otras en los años 2000, 2001, 2002 o máximo hasta el año 2003, pero la reclamación en sede administrativa se hizo hasta el año **2010**, mediante escrito radicado el 30 de julio (fl. 2).

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.

En pronunciamiento en sentencia de unificación el 25 de agosto de 2016, sobre el término de prescripción en los contratos realidad el Consejo de Estado[11] manifestó lo siguiente:

"Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y el 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleados, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social.

Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la "...primacía de la realidad sobre las formalidades

[11] CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 5 de 2016. Magistrado Ponente Carmelo Perdomo Cuéter.

establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

(...)

Pese a lo expuesto, la Sala aclara ***que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión,*** *en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales".*

La conclusión clara que se desprende de la sentencia de unificación sobre los contratos realidad es que debe análisis que no haya operado el fenómeno de la prescripción es decir 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; pero esta prescripción no se aplica frente a los aportes para pensión; de la misma forma que están exceptas de la caducidad (de acuerdo con lo establecido en el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), por lo tanto pueden ser demandados en cualquier momento; por lo que aunque en los casos de los contrato realidad se debe abordar la existencia del mismo aunque la reclamación haya sido mayor a los tres (3) años para determinar si tiene derecho al reconocimiento de los aportes pensionales, aunque los demás estén prescriptos; pero aclarando que esa imprescriptibilidad no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador, y lo hace de la siguiente forma:

> Por último, resulta oportuno precisar que la imprescriptibilidad de la que se ha hablado no opera frente a 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 una relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podría tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Por lo tanto esclarecidos estos puntos entraremos a ver el caso concreto, para determinar si tienes derecho al reconocimiento de la declaración de que hubo entre los demandantes y las entidades demandadas una primacía de la realidad laboral sobre la contractual.

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 el demandante y la entidad demandada existió una relación de carácter laboral.

Manifiesta el demandante, señora HILARY LISETH NADAL SERRANO, que estuvo vinculada a la ESE HOSPITAL SANTA MARIA DE MOMPÓS- BOLÍVAR, de forma continua, ininterrumpida y permanente desde el 15 de septiembre de 2014 hasta el 30 de junio de 2016, mediante contratos de prestación de servicios: desempeñándose como Auxiliar de Enfermería.

Manifestó, que cumplía con sus funciones tal como le ordenaban, cumpliendo un horario establecido por la entidad, que era de 7.00 am a 12.00 m. y de 200 pm a 5.00 p.m., toda la semana de conformidad con los turnos programados por la entidad de salud, recibiendo una contraprestación mensual.

La ESE HOSPITAL SANTA MARIA DE MOMPÓS- BOLÍVAR; se opone a la declaratoria de la nulidad solicitada y a las pretensiones de la demanda, por cuanto el acto administrativo está revestido de soporte legal y constitucional, y además que entre el actor y el ente procesado, durante el lapso manifestado por las partes no celebraron contratos de trabajo, ni relación laboral reglada, y mucho menos cumplieron los demandantes con los requisitos exigidos por las normas laborales de derecho público, para ostentar la calidad de empleados públicos tal como se ha expresado al pronunciarse sobre los hechos de la demanda.

Las pruebas:

- Copia de los diferentes contratos que suscribió la señora HILARY LISETH NADAL SERRANO con la ESE HOSPITAL SANTA MARIA DE MOMPÓS- BOLÍVAR, consistente en la prestación de Servicio Profesionales como Auxiliar de enfermería- para la prestación para la atención primaria de los pacientes en el servicio de urgencias. (Folios 26-33).
- Certificado emitido por con la ESE HOSPITAL SANTA MARIA DE MOMPÓS- BOLÍVAR, con fecha 7 de octubre 2016, donde consta los diferentes contratos firmado entre la señora HILARY LISETH NADAL SERRANO con la ESE HOSPITAL SANTA MARIA DE MOMPÓS-BOLÍVAR desde el 15 de septiembre del año 2014 hasta 30 de junio de 2016. (Folio 22)
- Planillas de las jornadas de trabajo y turnos distribuidas entre los diferentes profesionales de la salud entre los cuales se encuentra la señora HILARY LISETH NADAL SERRANO. (Folios 34-58)
- Oficio de envió del Despacho comisorio hecho por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Mompós- Bolívar, donde se remite los audios de la toma de testigos de las señoras CARMEN PAYARES PUPO y ZULAY MARTINEZ NAVARRO.

TESTIMONIOS. Se recibieron los siguientes testimonios y manifestaron lo siguiente: (Audio)

CARMEN PAYARES PUPO. Señaló que conoció a la señora HILARY, porque ella entró a trabajar cuando ella trabaja en la ESE DE MOMPOS; y que la su labor era controlada por el Dr. OSWALDO OSBON, quien era el jefe de personal, y se laboraba en un horario de mañana de 7.00 a 1.00, y cuando era en la tarde de 1.00 a 7.00 de la noche; y cuando tenían horario de noche era de 7.00 pm de la noche a la 7 de la mañana. Tenía como labores todo lo relacionado con la enfermería; canalización, tomar presión, etc.

ZULAY MARTINEZ NAVARRO. Señaló que la señora HILARY, se desempeñaba como auxiliar de enfermería, y realizaba procedimientos, canalizaciones, orden médicas, etc. Tenía como jefe inmediato al señor OSWALDO OSBON; y tenía un horario 7.00 a 1.00, y en la tarde de 1.00 a 7.00 de la noche; y cuando tenían horario de noche era de 7.00 pm de la noche a la 7 de la mañana.

Del análisis de las anteriores pruebas dan cuenta de: i) la prestación personal de los servicios del demandante la señora HILARY LISETH NADAL SERRANO con la ESE HOSPITAL SANTA MARIA DE MOMPÓS- BOLÍVAR, ii) el horario desarrollado por éste de manera continua dentro de la entidad, que correspondía ordinariamente a los diferentes profesionales en salud en horas diarias, iii) del cumplimiento de sus funciones propias de la entidad prestadora de servicios médicos, iv) la supervisión permanente a la labor desarrollada por quienes fungían como supervisor del contrato, la Enfermera Jefe, quien en realidad era su superior inmediato.

Si bien existe certeza de la materialización de los tres elementos que configuran la existencia de la relación laboral, se observa que dicha relación data del **15 de septiembre de 2014 hasta el 30 de junio de 2016**, siendo ello así recordemos el lineamiento jurisprudencial del Consejo de Estado en lo tocante a la prescripción frente a esta clase de derechos, por lo que traemos a colación sentencia de unificación[12] en la cual se nos indica lo siguiente:

(...)

Si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la "*...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*" (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador. Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, si son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

(...)

Conforme lo probado y el lineamiento antes expuesto, vemos que la solicitud de reconocimiento de *contrato realidad* se elevó ante la administración el día **10 de agosto de 2016** (folio 156), y la señora HILARY LISETH NADAL SERRANO laboró hasta el **30 de junio de 2016,** concluyéndose que no operpó el fenómeno de la prescripción ya que la solicitud o reclamación del reconocimiento del contrato realidad fue antes de los tres años, y por lo tanto se reconocerá el periodo comprendido entre el **15 de septiembre de 2014 hasta el 30 de junio de 2016,** es decir el tiempo que estuvo vinculado el actor al Hospital Naval de Cartagena en calidad de contratista.

[12] Sentencia del CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA, de fecha 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER.

CONCLUSIÓN.

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 de los periodos en que el actor prestó efectivamente sus servicios se encuentra probada además la contraprestación o retribución percibida por los mismos, tal como consta en las documentales que se arrimaron con periodos de interrupción considerable en la prestación del servicio, lo que denota la permanencia y la necesidad de las labores que fueron desempeñadas por la señora HILARY LISETH NADAL SERRANO en la institución.

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 la actividad para la que fue contratada sucesivamente se encontraba sujeto al cumplimiento de horario, a la supervisión permanente y a las directrices y subordinación directa de quienes dirigían la división del ente donde se 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 les han de reconocer las pretensiones parciales de la demanda.

Por lo anterior, se anularán los actos acusados y en su lugar declarará la existencia de una relación laboral entre la señora HILARY LISETH NADAL SERRANO con la ESE HOSPITAL SANTA MARIA DE MOMPÓS- BOLÍVAR, 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, es decir, a partir del **15 de septiembre de 2014 hasta el 30 de junio de 2016**.

En cuanto a las prestaciones compartidas (vr. gr. 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. Frente a estos aportes pensionales, es preciso mencionar que la prescripción no aplica frente a los aportes para pensión, tal como fue señalado en la sentencia de unificación número 0088-2015 de 25 de agosto de 2016 de Consejo de Estado. Se tiene que estos deben ser estudiados en cada caso en concreto, por cuanto ellos tienen incidencia en el derecho pensional, por ello se ordenará calcular el ingreso base de cotización pensional de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios de los demandantes, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratistas y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones las sumas faltantes por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le atañe como trabajador.

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 se haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena de Indias, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

5. FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE LA NULIDAD del acto administrativo contenido en del acto administrativo sin fecha, visible a folio 19 del expediente, expedido por la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA DEL MUNICIPIO DE MOMPOS – BOLÍVAR, por medio del cual negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales solicitadas por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNASE a la ESE HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA DE MOMPÓS-BOLÍVAR, a título de reparación del daño, a reconocer y pagar a favor de la señora HILARY LISETH NADAL SERRANO, las prestaciones sociales, tomando como base los honorarios contractuales, correspondientes a los periodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, es decir, entre el **15 de septiembre de 2014 hasta el 30 de junio de 2016.**

TERCERO: CONDÉNASE a la ESE HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA DE MOMPÓS-BOLÍVAR a **CALCULAR** el ingreso base de cotización pensional (IBC) pensional sobre los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios de la señora HILARY LISETH NADAL SERRANO, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratistas y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones las sumas faltantes por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondia como empleador, durante sus vinculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiesen hecho o existiese diferencia en su contra,

tendrán la carga de cancelar o completar, según el caso, según las consideraciones de 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 las demandas.

SEXTO: Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en los artículos 187, 192 y 193 CPACA.

SEPTIMO: Sin costas

OCTAVO: Una vez en firme ésta sentencia, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archivese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMÍGUEZ
Juez