



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00039-00

Cartagena de Indias D.T y C, Treinta (30) de Julio de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-008-2018-00039-00
Demandante	SILVIA ANABEL AREVALO AREVALO
Demandado	ESE HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA DE MOMPOX
Tema	Contrato Realidad
Sentencia	0132

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presentada por la señora SILVIA ANABEL AREVALO AREVALO, a través de apoderado judicial, contra el ESE HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA DE MOMPOX.

2. ANTECEDENTES

- HECHOS

La señora SILVIA ANABEL AREVALO AREVALO, laboró en la entidad accionada, en el cargo de auxiliar de enfermería, vinculada a través de contrato de prestación de servicios durante el 15 de julio de 2016 hasta el 31 de julio de 2017, cuando fue despedida de manera unilateral y devengaba una asignación mensual de \$757.351.00.

Alega la accionante que la entidad accionada nunca le pagó los conceptos de cesantías, intereses de cesantías, dotación de uniforme y calzado, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicio, vacaciones proporcionales, indemnización por despido injusto, horas extras diurnas y nocturnas, dominicales, festivos, recargos diurnos y nocturnos, los aportes cancelados por salud y pensión.

También manifiesta la accionante que desempeño sus labores cumpliendo horarios de 7 am a 1 pm; de 1 pm a 7 pm; y de 7 pm a 7 am, de lunes a lunes, conforme los turnos programados por la entidad de salud.

Posteriormente, mediante escrito de fecha 17 de agosto de 2017, el actor solicitó a la accionada el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales ya mencionadas. Sin embargo, la demandada no ha dado respuesta a la petición.

PRETENSIONES:

1- Que se declare la nulidad del acto ficto por la negativa de la ESE HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA DE MOMPOX, en responder la petición de fecha 17 de agosto de 2017, en la cual se solicitó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a favor del actor, además, que se declare la existencia de un vínculo laboral entre SILVIA ANABEL AREVALO AREVALO y la ESE demandada.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00039-00

2- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la ESE HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA DE MOMPOX, a pagar las prestaciones sociales que el demandante no percibió durante todo el tiempo que existió la relación laboral

3- Que los valores que se condenen a pagar a la demandada sean indexados y se paguen intereses legales con el reconocimiento de la sanción moratoria establecida en la ley 244 de 1995.

4- Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 y SS del CPACA.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

Considera el apoderado judicial de la parte demandante que con la expedición del acto acusado el accionado ha trasgredido las siguientes normas:

Constitucionales: artículos 25 y 53.

Legales: ley 50 de 1990, artículo 99 y ley 244 de 1995, decreto 1045 de 1978 y decreto 1042 de 1978.

En cuanto al fundamento el apoderado de la accionante, manifiesta:

El acto administrativo ficto al no dar respuesta alguna al escrito de fecha 17 de agosto de 2017, producto de la negativa de la administración de la ESE HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA, del municipio de Mompox- Bolívar, de no responder, reconocer y cancelar las prestaciones sociales aludidas en la presente demanda, vulnera las normas constitucionales, legales y reglamentarias referentes a derecho al trabajo, auxilio de cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, dotación de vestido y calzado, cesantías e intereses de cesantía, y prima de servicio.

- CONTESTACIÓN

Aduce que la accionante se encontraba vinculada a la ESE, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios y de acuerdo a la ley 80 de 1993, artículo 32 no le asiste ninguna clase de prestación. Agrega que los derechos reclamados por la parte demandante solo le son reconocidos a los servidores públicos y para ello se necesita ser nombrado mediante acto administrativo y tomar posesión del cargo.

Propone como excepciones de mérito las de no estar probada en debida forma el elemento esencial de la subordinación, y diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo.

- TRÁMITES PROCESALES

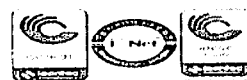
La demanda fue presentada el 02 de marzo de 2018, y admitida mediante auto 06 de abril de 2018, y notificada mediante estado N° 039.

Mediante auto de 23 de agosto de 2018 se fija fecha de Audiencia Inicial para el día 22 de octubre de 2018. Llegado el día de la diligencia, esta se surte y se señala el 05 de febrero de 2019 para verificación de audiencia de pruebas.

Posteriormente, se realiza audiencia de pruebas, sin embargo esta se suspende por tiempo prudencial. Finalmente, a través de auto 04 de abril de 2019, se cita para el 21 de mayo de la misma anualidad a fin de continuar con la audiencia de pruebas que había sido suspendida. En esta diligencia se cerró el debate probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar dentro de los 10 días siguientes.

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

Página 2 de 17





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00039-00

- ALEGACIONES

DEMANDANTE: Alega en síntesis, que la accionante prestó sus servicios en forma personal, cumpliendo y recibiendo ordenes por parte del Gerente hasta el Jefe de Personal, quien era el que controlaba que todos los funcionarios de la entidad cumplieran un horario, lo cual fue ratificado por los testimonios recibidos.

Que con las pruebas recaudadas se logró acreditar que se cumplieron los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, tales como: cumplía un horario, recibida órdenes directas e indirectas de su jefe superior e inmediato y percibía una remuneración. Por otro lado, aduce que la parte demanda no refuto tales hechos a través de su contestación de demanda, razón por la cual persiste en las pretensiones de la demanda.

DEMANDADO: 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

Consiste en determinar si los Contratos de Prestación de Servicios por los cuales fue vinculada la demandante se desnaturalizaron y se configuró una relación laboral; y a consecuencia de ello el accionante tiene derecho a que se le pague a título de indemnización lo que le correspondería por concepto de prestaciones sociales y sanción moratoria establecida en la ley 244 de 1995.

- 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 ficto acusado y en su lugar declarará la existencia de una relación laboral entre el 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 accionante 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, igualmente se han de reconocer los



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00039-00

porcentajes de cotización correspondientes a Pensión 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 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

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



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00039-00

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-

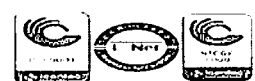
3o. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal 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 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





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00039-00

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 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 presentaran 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

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





120

Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00039-00

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.

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 Estado⁶ 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 1º 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*

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)





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00039-00

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.*

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 2000⁷, 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 2003⁸, 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

⁷ M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁸ M.P. Jaime Araujo Rentería





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00039-00

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.

Así 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.

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 sí 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 directa⁹.

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 María 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.

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.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00039-00

(...)

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 1º 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.

LA PRESCRIPCIÓN

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

Artículo 41º.- 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 102º.- Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanen 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 Estado¹⁰ 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:

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)





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00039-00

"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

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 Estado¹¹ manifestó lo siguiente:

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





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00039-00

"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 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, si 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.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00039-00

Por lo tanto esclarecidos estos puntos entraremos a ver el caso concreto, para determinar si tiene derecho al reconocimiento de la declaración de que hubo entre el demandante y la entidad demandada una primacía de la realidad laboral sobre la contractual.

CASO CONCRETO

En el sub-judice tenemos que el actor formuló demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, solicitando la nulidad del acto ficto por la negativa de la ESE HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA DE MOMPOX, en responder la petición de fecha 17 de agosto de 2017, en la cual se solicitó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a favor del actor, además, que se declare la existencia de un vínculo laboral entre SILVIA ANABEL AREVALO AREVALO y la ESE demandada, y que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la ESE HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA DE MOMPOX, a pagar las prestaciones sociales que el demandante no percibió durante todo el tiempo que existió la relación laboral.

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 el ente territorial demandado existió una relación de carácter laboral.

De las pruebas obrantes en el expediente, encontramos que existe:

Copia de los diferentes contratos que suscribió el señor SILVIA ANABEL AREVALO AREVALO con la ESE HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA DE MOMPOX (FL 24 a 28); certificado laboral de fecha 27 de septiembre de 2017, emitidos por el Jefe de Talento Humano de la ESE HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA DE MOMPOX; planillas de turnos (fl 42-52); y los testimonios de ALIX MOLINA DAVILA y LORENA MANCILLA FERREIRA, los cuales fueron practicados mediante Despacho Comisorio que se encuentran registrados en el CD anexo a fl 102, entre otras.

Así pues, sobre el elemento de la **prestación personal del servicio**, se encuentra suficientemente probado a través del certificado de fecha 27 de septiembre de 2017, emitido por el Jefe de Talento Humano de la ESE HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA DE MOMPOX, en el cual consta que la accionante laboró como Auxiliar de Enfermería en el área de urgencia desde el 15 de julio de 2016, hasta el 30 de junio de 2017. Igual interpretación se puede extraer de los contratos de prestación de servicios, en sus cláusulas primera y quinta, las cuales se refieren a objeto y obligaciones del contratista, respectivamente.

Frente al elemento de la **remuneración** como contraprestación directa del servicio personal realizado, también se encuentra debidamente probado con los contratos de servicios No. 160715-29 de 15 de julio de 2016; 161003-29 de 03 de octubre de 2016; 161201-29 de 01 de diciembre de 2016; 170102-44 de 02 de enero de 2017 y 170403-44 de 03 de abril de 2017, en los cuales se puede observar sin mayor dificultad el valor mensual de los pagos, modalidad y su periodicidad.

Respecto al tercer y más importante elemento para acreditar la existencia de un contrato realidad, esto es la **subordinación**, encontramos testimonio de la señora ALIX MOLINA DAVILA (00:02:30 – 00:12:50), quien manifestó que la accionante cumplía un horario dependiendo de los turnos, los cuales iban de 7 am hasta 1 pm; de 1 pm hasta 7 pm; y de 7 pm hasta 7 am, que dicho horario era



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00039-00

supervisado por el Jefe de Recursos Humanos, de nombre Osvaldo Osvo. Agregó, que la labor de la demandante consistía en ayudar al médico en atención en parto, curaciones, aplicación de ampollas, toma de signos vitales y todo lo que se requiriera en el área de urgencia, además, en dicha área habían enfermeras tanto de planta como por OPS, y todas debían cumplir las mismas labores.

Por su parte, la testigo LORENA MANCILLA FERREIRA (00:13:25 – 00:22:00) declaró que conoció a la accionante cuando esta ingresó a laborar en la ESE, que la labor desempeñada por SILVIA ANABEL AREVALO AREVALO, consistía en tomar la presión, inyectología y procedimiento con los medicamentos; que cumplía un horario de 7 am hasta 1 pm; de 1 pm hasta 7 pm; y de 7 pm hasta 7 am, de lunes a lunes dependiendo del plan de turnos que era diseñado por la Jefe de Personal Alix Molina; y que el cumplimiento del horario era supervisado por el Jefe de Personal de nombre Osvaldo Osvo.

De las anteriores declaraciones se colige que la señor SILVIA ANABEL AREVALO AREVALO, cumplía un horario el cual era supervisado por su Jefe inmediato, que ejercía las mismas labores de las enfermeras de planta, que el horario era impuesto por la entidad, pues no tenía la disponibilidad para elegir qué días o a qué hora asistía a la ESE.

Por otro lado, se atisba continuidad en el servicio prestado por el accionante ya que los contratos disfrazados bajo la modalidad de prestación de servicios se suscribieron de manera continua e ininterrumpida durante un año, pues fue contratado inicialmente en el mes de julio de 2016, y tan solo se desvinculo total y definitivamente de ESE HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA DE MOMPOX en junio del año 2017, de lo cual se infiere la importancia y necesidad de su labor para esa entidad.

En este orden de ideas, del análisis probatorio efectuado por el Despacho se concluye que entre las partes vinculadas a este medio de control existió: i) la prestación personal de los servicios de la demandante SILVIA ANABEL AREVALO AREVALO, a favor de la ESE HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA DE MOMPOX, ii) la intensidad horaria propio de la subordinación, iii) del cumplimiento de labores esenciales para el normal funcionamiento del área de urgencia de la ESE, iv) la supervisión permanente a la labor desarrollada por quienes fungían como Jefe de Personal, quienes en realidad eran su jefe inmediato.

En 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. Pues veamos:

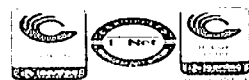
Respecto de los periodos en que la actora prestó efectivamente sus servicios se encuentra probada además la contraprestación o retribución percibida por los mismos, tal como consta en las documentales que se arrimaron con periodos considerable en la prestación del servicio, lo que denota la permanencia y la necesidad de las labores que fueron desempeñadas por la demandante 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 el demandante al desarrollar la actividad para la que fue contratado sucesivamente se encontraban sujetos al cumplimiento de horario, a la supervisión permanente y a las directrices y subordinación directa de quienes dirigían el área del ente donde laboró, prestando sus servicios en las mismas condiciones que un empleado de planta 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 de la demanda.

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

Página 14 de 17



124



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00039-00

Por lo anterior, se anulara el acto ficto acusado y en su lugar declarará la existencia de una relación laboral entre el demandante con la ESE HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA DE MOMPOX, 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 restablecimiento del derecho se ordenará el pago a favor del demandante las prestaciones sociales, tomando como base los honorarios contractuales correspondientes a los periodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral; destacándose que por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.

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.

Finalmente, no habrá reconocimiento de sanción moratoria por pago tardío de cesantías, pues la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre la accionante y la ESE HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA DE MOMPOX, y sus consecuentes derivados nace con la ejecutoria de la presente sentencia, por ende, no puede pretenderse la existencia de mora frente a una prestación que hasta ahora se consideraba inexistente, y en gracia de discusión, la mora iniciaría a partir del momento en que esta providencia quede en firme.

Prescripción.

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 julio de 2016 hasta el 30 de junio de 2017**. 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 unificación¹² 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

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.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00039-00

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, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales. (Negritas 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 17 de agosto de 2017, es decir dentro del término establecido en la ley para que no ocurriese el fenómeno de prescripción ya que se hizo dentro de los tres años siguientes a la finalización de su última vinculación, en consecuencia no habrá lugar a declarar prescripción.

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; así mismo lo explica el Consejo de Estado¹³ a través de su jurisprudencia.

Ahora bien, la condena en costas a la parte vencida se profiere de conformidad con el Art. 188 del CPACA, las cuales se liquidan por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados; y las agencias en derecho se fijan según lo manda el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura, que a consideración de este fallador, en el caso sub-judice, corresponden al 3% de las pretensiones

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,

¹³ Sentencia del Consejo de Estado- Sección Segunda, radicado Interno No. 12912014, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, de fecha 05 de abril de 2016





125

Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00039-00

5. FALLA

PRIMERO: DECLÁRESE LA NULIDAD del acto ficto negativo que se configuró el día 17 de noviembre de 2017, por la omisión de la ESE HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA DE MOMPOX, en dar respuesta a la petición de fecha 17 de agosto de 2017, en la que se solicitó el reconocimiento de una relación laboral y sus derivadas consecuencias.

SEGUNDO: CONDÉNASE a la ESE HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA DE MOMPOX, a título de restablecimiento del derecho, a reconocer y pagar 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, esto es, desde el 15 de julio de 2016 hasta el 30 de junio de 2017.

TERCERO: CONDÉNASE a la ESE HOSPITAL LOCAL SANTA MARIA DE MOMPOX a **CALCULAR** el ingreso base de cotización pensional (IBC) pensional sobre los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios de la señora SILVIA ANABEL AREVALO AREVALO mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista 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, por lo que el demandante deberá probar las cotizaciones que realizó al sistema durante sus vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiesen hecho o existiese diferencia en su contrato, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le atañe como trabajador.

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: Condénese en costas a la parte vencida, las cuales se liquidaran por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados. Las agencias en derecho se tasan en un 3% del monto de las pretensiones.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHO DOMÍGUEZ
Juez

