



Cartagena de Indias, veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-008-2020-00083-00
Demandante	CARMEN CECILIA SIERRA BARRIOS
Demandado	EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO
Asunto	CONTRATO REALIDAD
Sentencia No.	0075

## 1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por **CARMEN CECILIA SIERRA BARRIOS**, a través de apoderado judicial, contra la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL SAN JUAN NEPOMUCENO**.

## 2. ANTECEDENTES

### PARTE DEMANDANTE:

Se tendrán como hechos de la parte demandante, los expuestos en el libelo demandatorio, los cuales se sintetizan así:

-Que entre la señora CARMEN CECILIA SIERRA BARRIOS y la ESE HOSPITAL LOCAL SAN JUAN NEPOMUCENO, existió una autentica relación laboral en el periodo comprendido entre el 18 de abril de 2012 y el 31 de diciembre de 2019, disfrazada con unos contratos 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 oficio de fecha 19 de febrero de 2020, expedido por la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO, mediante el cual negó la existencia de un contrato realidad, así como el pago de las prestaciones sociales y legales que surgen de tal vínculo.

2-Que, se declare la existencia de un vínculo laboral entre la señora Carmen Cecilia Sierra Barrios y la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO, en el periodo comprendido entre el 18 de abril de 2012 y el 31 de diciembre de 2019.

3-Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO, reconocer y pagar a favor de la demandante, la nivelación salarial y la diferencia de salarios respecto a un cargo igual o con similares funciones, las prestaciones sociales que no ha percibido durante todo el tiempo que existió la relación laboral; indexado y ordenando el pago el pago de los intereses legales por cada uno de los conceptos y el reconocimiento de la sanción moratoria establecida en las Leyes 244 de 1995, 90 de 1991, y en la Jurisprudencia Contenciosa Administrativa.





4-Ordenar a la demandada, a pagar las sumas reconocidas debidamente indexadas y actualizadas, así como los respectivos intereses moratorios.

5-Se condene a la parte demandada a pagar los gastos y costas procesales.

### **NORMATIVIDAD VIOLADA y CONCEPTO DE LA VIOLACION**

Como normas violadas la parte demandante invocó:

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 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, pues desconoce la realidad de la relación laboral existente.

#### **- 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 se reconocen 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.

### **TRAMITES PROCESALES**

La demanda fue presentada el día 27 de julio del año 2020, y mediante auto de fecha 20 de agosto del mismo año fue admitida, y fue notificada a la parte demandante por estado electrónico.

A continuación, fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el día 21 de agosto de 2020 de conformidad con el artículo 199 del CPACA y el Decreto 806 de 2020.

Posteriormente se celebró audiencia inicial el día 08 de abril de 2021, y audiencia de pruebas los días 06 de mayo y 09 de junio de 2021, cerrándose el debate probatorio, concediéndose 10 días para alegar por escrito, y 20 días para dictar sentencia con posterioridad al vencimiento del término anterior.

#### **- ALEGACIONES**

#### **DEMANDANTE:**

En síntesis, aduce 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.

#### **DEMANDADO:**

Reitera lo expuesto en su contestación de demanda, destacando que de los testimonios recepcionados no se puede probar los tres elementos que toda relación laboral tiene, pues no se dejó claro como operaba el aspecto de la subordinación, solo manifestaron que la accionante estaba vinculada por contrato de prestación de servicios, y que cumplió horario, pero no se constató el elemento de subordinación, por ello no es posible acceder a las pretensiones de la demanda.

**MINISTERIO PÚBLICO:** No emite concepto dentro del presente medio de control.

### **3. CONTROL DE LEGALIDAD**

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto, y de acuerdo con las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

### **4. CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO:**

Conforme las circunstancias fácticas y jurídicas que plantea el presente asunto surgen dos problemas jurídicos a resolver, así:

Determinar si ¿Los Contratos de Prestación de Servicios por los cuales fue vinculada la demandante se desnaturalizaron y se configuró una relación laboral, y como consecuencia de ello, tiene derecho a que se le pague a título de indemnización lo que le correspondería por concepto de diferencias salariales, y prestaciones sociales, así como la sanción moratoria establecida en las Leyes 244 de 1995?

#### **- TESIS**

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 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 de la 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 porcentajes de cotización correspondientes a Pensión 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 LEGAL 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:<sup>1</sup>***

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





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

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







Reiterando su posición, El alto tribunal de lo contencioso dejó por sentado en el año 2008<sup>4</sup> que aunque se hubiese contratado por parte de la Administración mediante contrato de prestación de servicios, se presentaren los tres elementos propios del contrato de trabajo, existirá relación laboral. También dentro del mismo fallo se varió lo concerniente al restablecimiento del derecho pues se aceptó el mismo, basándose en que la lesión sufrida por el contratista puede ser restablecida al restituir al estado anterior de las cosas, esto es el pago de las prestaciones sociales, y en las cuales están incluidas el tiempo para pensión y el pago de las cotizaciones respectivas, además se admitió por el Consejo de Estado que los conceptos antes mencionados pueden ser reconocidos aún sin haber sido pedidos, toda vez que son prestaciones propias de la relación laboral y por lo tanto al hacerlo el juez no se estaría produciendo un fallo extra petita.

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

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

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<sup>6</sup> 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*

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

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

<sup>6</sup> 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)









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.

(...)

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 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<sup>10</sup> 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.”<sup>55</sup>

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.

<sup>10</sup> 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)







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 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 administrativo emitido por la ESE HOSPITAL LOCAL SAN JUAN NEPOMUCENO, ante la negativa del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a favor de la demandante, además, que se declare la existencia de un vínculo laboral entre CARMEN CECILIA SIERRA BARRIOS 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 DE SAN JUAN NEPOMUCENO, 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 la demandante y el extremo pasivo existió una relación de carácter laboral.

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

Copia de los diferentes contratos que se suscribieron la señora CARMEN CECILIA SIERRA BARRIOS con la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO (Cuaderno #1 del expediente electrónico); certificado de fecha 28 de enero de 2020, emitido por el sub





director administrativo y RR HH de la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO, y los testimonios de Oswaldo Rafael Castro Barrios, Norma Cecilia Barrios Martínez y Eugenio Ramon Caffroni Vega, entre otras.

Así pues, sobre el elemento de la **prestación personal del servicio**, se encuentra suficientemente probado a través del certificado de fecha 28 de enero de 2020, emitido por el sub director administrativo y RR HH de la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO, en el cual consta que la accionante prestó sus servicios como odontóloga desde el 18 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2019. 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 que se arrimaron al legajo, 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 del señor Eugenio Ramon Caffroni Vega (00:03:09 – 00:14:58), quien declaró que conoció a la accionante desde el año 2011, cuando esta ingresó la ESE como odontóloga en servicio social, y al año siguiente, cuando terminó fue contratada por orden de prestación de servicios desde el año 2012 hasta el 2019, en ese lapso fueron compañeros de trabajo, odontólogos generales, cumpliendo ella las funciones que él también cumple, realizando historias clínicas, obturaciones, limpiezas, operatorias, el servicio lo prestó tanto en la ESE de San Juan como en los corregimientos de San Pedro Consolado y San Cayetano; que ellos tiene un jefe coordinador, Luis Arrieta Trujillo, quien es el que elabora el cronograma de actividades y determinaba en que sitio iban a desempeñar las labores, él era quien nos asignaba la función; tienen un horario de 8 horas diarias, de 7 am hasta 11 am y de 1 pm hasta las 4:30 pm; contaban con un software para elaborar historias clínicas, asignándosele un usuario a la doctora Carmen para eso. Que no podían ausentarse de sus turnos, para poder hacer eso tenían que pedir permiso al coordinador y al jefe de personal, si no había pacientes para atender tenían que permanecer en el hospital cumpliendo el horario.

Por su parte, la testigo Norma Cecilia Barrios Martínez (00:05:30 – 00:14:45) declaró que fue compañera de accionante en la ESE, porque también trabajaba allí en vacunación desde el año 99, que la labor desempeñada por CARMEN CECILIA SIERRA BARRIOS, era la de servicios odontológicos; que cumplía un horario de 7 am hasta 11 am; de 1 pm hasta 4:30 pm; y de 7 pm hasta 7 am, que le imponía la jefa, tanto en la sede principal como en algunos corregimientos del municipio, y que ella estaba al tanto de que se cumplían tales horarios, le conocía su itinerario, pues siendo tía se le facilitaba esa información. Testimonio tachado por imparcialidad.

A su vez, el testigo Oswaldo Rafael Castro Barrios (00:16:25 – 00:28:00) declaró que conoció a la accionante cuando ingresó a laborar en la ESE, pues él ingresó a esta en el año 2018, que la labor desempeñada por CARMEN CECILIA SIERRA BARRIOS, era como odontóloga; que cumplía un horario de 7 am hasta las 3 o 4 pm, de lunes a viernes.

De las anteriores declaraciones se colige que la señora CARMEN CECILIA SIERRA BARRIOS, cumplía un horario el cual era supervisado por su Jefe inmediato, que ejercía las mismas labores del odontólogo 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. Se destaca que los testigos han indicado de manera clara la ciencia de su dicho, observándose igualmente coherencia y consistencia en los relatos, de allí que no se acepte mácula respecto al testimonio de la señora Norma Cecilia Barrios Martínez.





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 por más de siete (7) años, pues inició prestando su servicio social y continuó prestando sus servicios bajo la modalidad contractual antes referida desde el mes de abril de 2012, y tan solo se desvinculo total y definitivamente de ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO en diciembre del año 2019, de lo cual se infiere la importancia y necesidad de su labor para esa entidad, que se supedita al ejercicio del objeto esencial de dicha entidad, como lo es el servicio de salud, en el caso que nos ocupa el odontológico.

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 CARMEN CECILIA SIERRA BARRIOS, a favor de la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO, ii) la intensidad horaria propio de la subordinación, iii) del cumplimiento de labores esenciales para el normal funcionamiento del área de odontología de la ESE, iv) la supervisión permanente a la labor desarrollada por quienes fungían como odontólogo coordinador y jefe de personal, quien en realidad era 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 períodos 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 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 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.

Por lo anterior, se anulara el acto administrativo acusado y en su lugar declarará la existencia de una relación laboral entre la demandante con la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO, 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 períodos 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 DE SAN JUAN NEPOMUCENO, 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.

La denominada “nivelación salarial” o “diferencias salariales”.

La pretensión procura el reconocimiento de una especie de equivalencia entre la asignación mensual establecida en la nómina de la entidad pública para los cargos de planta, y la que fue contratada y pagada a la demandante con fundamento en las vinculaciones de prestación de servicios, lo que resulta improcedente por las razones expuestas de tiempo atrás por el H. Consejo de Estado<sup>12</sup>, de acuerdo con las cuales dicha equivalencia o equiparación se descarta. Ha sostenido:

«Sin embargo y como se precisó, el simulado contrato de prestación de servicios docentes suscrito con la demandante, pretendió esconder una vinculación de derecho laboral público, a pesar de que, como se explicó, la actora no puede ser considerada empleada pública docente, desconociendo el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la C.P., y ocasionando unos perjuicios que deben ser resarcidos a la luz del artículo 85 del C.C.A.

Debe decirse que no es posible ordenar el reconocimiento de las diferencias salariales entre lo que se canceló a la demandante en virtud de los contratos y el salario devengado por los servidores públicos docentes departamentales y nacionales porque las asignaciones salariales en el caso de los docentes dependen de las condiciones particulares demostradas por cada uno de ellos, y **porque aceptada la existencia del contrato realidad, debe también aceptarse como válido el pacto que las partes hicieron de la remuneración, por ello no se ordenará el pago de diferencia salarial alguna.**

**Será entonces el valor pactado en el contrato el que servirá de base para la liquidación de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales**

<sup>12</sup> Sentencia del CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA, de fecha 07 de noviembre de 2018. Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00088-01(0115-14). Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández.





Que devenga cualquier docente al servicio de la entidad demandada, tal como lo ordenó el a quo.» (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Lo que permite concluir que en este aspecto de su demanda no tienen razón, por lo que la petición será negada.

### 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 **18 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2019**. 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<sup>13</sup> 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, sí 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 febrero de 2020**, 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

<sup>13</sup> 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.





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 Estado<sup>14</sup> 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,

#### 5. FALLA

**PRIMERO: DECLÁRESE LA NULIDAD** del acto administrativo contenido en el oficio del 19 de febrero de 2020 emitido por la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO, en el que se negó el reconocimiento de una relación laboral y sus derivadas consecuencias prestacionales.

**SEGUNDO: CONDÉNASE** a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO, a título de restablecimiento del derecho, a reconocer y pagar a favor de la señora CARMEN CECILIA SIERRA BARRIOS 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 18 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2019.

**TERCERO: CONDÉNASE** a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO a **CALCULAR** el ingreso base de cotización pensional (IBC) pensional sobre los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios de la señora CARMEN CECILIA SIERRA BARRIOS 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: DECLÁRESE** 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.

<sup>14</sup> Sentencia del Consejo de Estado- Sección Segunda, radicado Interno No. 12912014, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, de fecha 05 de abril de 2016





**SEPTIMO:** Condénese en costas a la parte vencida, las cuales se liquidarán 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 esta 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**

**Firmado Por:**

**ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ  
JUEZ CIRCUITO  
JUZGADO 008 SIN SECCIONES ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**457c1a6b6b073b13fd44a953599a540b6019e0fed2073547cb50fd2386f42edb**

Documento generado en 28/07/2021 02:26:12 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

