

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., 14 de octubre de 2020

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2018-00239-00
Demandante: Richard Gil Barreto ¹
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.²

Tema: CONTRATO REALIDAD

Sentencia 57

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación y vencido el término para presentar por escrito los alegatos de los sujetos procesales, se procede a dictar SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad del acto administrativo No.OJU-E-589-2018 de fecha 6 de marzo de 2018 expedido por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., por el cual se negó el pago de las acreencias laborales solicitadas por el señor Richard Gil Barreto, durante el periodo comprendido entre el día 1º de febrero de 2013 hasta el 31 de marzo de 2015.
2. Que se declare que el accionante Richard Gil Barreto fungió como empleado público de hecho para el Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., en el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2013 hasta el 31 de marzo de 2015.
3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., a pagarle al demandante la totalidad de los factores de salario devengados por los asistentes administrativos de planta de la entidad demandada, con base en la asignación legal otorgada a este cargo y causados entre el 1º de febrero de 2013 hasta el 31 de marzo de 2015, correspondientes a: auxilio de las Cesantías, intereses a la Cesantías, primas de carácter legal de servicios de junio y diciembre de cada año, bonificación por servicios prestados de cada año, primas de navidad de cada año, primas de antigüedad de cada año, primas de vacaciones de cada año, compensación en dinero de las vacaciones causadas que no le fueron otorgadas ni disfrutadas en tiempo ni en dinero, subsidios de alimentación, subsidios de transporte, cotizaciones correspondientes al sistema de seguridad social en salud y pensiones, como riesgos laborales y caja de compensación familiar que le correspondía realizar al Hospital El Tunal III Nivel E.S.E.;
4. Ordenar a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, para que sobre las condenas descritas en los numerales anteriores y sobre los dineros adeudados, le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor conforme al IPC según el inciso final del artículo 187 y el 193 de la Ley 1437 de 2011.

¹ notificaciones@vlfabogados.com

² notificacionesjudiciales@subredsur.gov.co asejuralarcon@hotmail.com carloshort@hotmail.com

5. Se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento al fallo dentro de los términos establecidos en el artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A.
6. Ordenar a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, a pagar intereses moratorios en favor del demandante si no da cumplimiento al fallo judicial dentro del término dispuesto en el artículo 192 numeral 2º, inciso 3º y artículo 195 numeral 4º del CPACA.
7. Se condene a la demandada al pago de las costas y expensas del proceso.

El apoderado de la parte actora en la audiencia inicial antes de fijar el litigio desistió de las siguientes pretensiones: quinquenios, indemnización contenida en la Ley 244 de 1995 artículo 2º, daños morales por valor de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, desistimiento que fue aceptado en la audiencia.

NORMAS VIOLADAS INVOCADAS

Constitucionales: Artículo 1,2,4,6,13,14,25,29,48,53,58,121,122,123,125,126,209,277 y 351-1.

Legales: Ley 6 de 1945, Decreto 2127 de 1945, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1042 de 1978, Decreto 1045 de 1978, Decreto 2400 de 1979, Decreto 3074 de 1968, Decreto 3135 de 1968 artículo 8, Decreto 1848 de 1968 artículo 51, Decreto 1045 de 1968 artículo 25, Decreto 1335 de 1990, Decreto Ley 4 de 1992, Ley 332 de 1996, Ley 1437 de 2011, Ley 1564 de 2012, Ley 100 de 1993 artículos 15, 17, 18,20,22,23,128,157,161,195 y 204; Ley 244 de 1995, Ley 443 de 1998, Ley 909 de 2004, Ley 80 de 1993 artículo 32, Ley 4º de 1990 artículo 8, Ley 3135 de 1968; Decreto 1250 de 1970 artículos 5 y 71, Decreto 2400 de 1968, Ley 6 de 1945, Decreto 2127 de 1945, Decreto 1950 de 1973 artículos 108, 180,215,240,241 y 242, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1919 de 2002 Artículo 2 del Código sustantivo del trabajo art 23 y 24, Ley 1438 de 2008 art 59, Decreto 1374 de 2010 y Decreto 3148 de 1968.

Jurisprudenciales: Corte Constitucional: Sentencia C-171 de 2012, C-555 de 1994, SU – 400 de 1996, C- 053 de 1996, C- 154 de 1997, C- 901 de 2011, C-171 de 2012.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

El actor arguye que a través del acto administrativo del que se propende la declaratoria de nulidad, la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, pretende desconocer la naturaleza de la vinculación del demandante con el Hospital El Tunal III Nivel E.S.E., amparándose en la figura de prestación de servicios, la cual, a toda luz es inaplicable en el presente asunto, pues si bien el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 faculta a las entidades públicas para contratar a través de prestación de servicios, esta ha sido contemplada para la administración únicamente en aquellos casos donde además de la independencia del contratista se puede evidenciar la ausencia de subordinación, así como la concurrencia de otros factores.

Subraya que esta modalidad de contratación no se puede emplear para el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo, puesto que con ello se incurre en una falta disciplinaria gravísima a la luz del Código Disciplinario Único artículo 28 numeral 29.

Señala que las funciones desempeñadas por el demandante al interior del Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. durante toda su vinculación en el cargo de Asistente Administrativo, existió personal que en ejercicio del mismo cargo del accionante fue vinculado directamente a la planta de personal y gozó de todos los beneficios que contempla la ley en materia prestacional para los servidores públicos, razones por las cuales, queda absolutamente claro que el cargo desempeñado por el demandante tenía vocación de permanencia y en consecuencia debió ser vinculado a la planta de personal como servidor público y no como contratista.

Concluye que, el Hospital El Tunal III Nivel E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., requirió los servicios del accionante a través de una vinculación ficticia, esto es, prestación de

servicios, con el único objetivo de evadir pagos de acreencias laborales y de seguridad social, alegando una supuesta independencia laboral que jamás existió.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.³

La demandada señala que las pretensiones no están llamadas a prosperar teniendo en cuenta que, los contratos de prestación de servicios tienen unos objetivos claros para su desarrollo y ejecución y están amparados en la insuficiencia del personal de planta para cumplir con la gestión encomendada y tienen su fundamento en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Destaca que de los contratos de arrendamiento de servicios personales y de prestación de servicios suscritos entre la demandante y la demandada no se desprende una relación laboral, ni dependencia para el desarrollo de la actividad contratada, por lo tanto no está demostrado que el demandante recibiera órdenes por parte del Hospital o de los Jefes de área, por el contrario era su deber cumplir con sus actividades con el objeto de prestar sus servicios profesionales, los cuales el demandante firmó de forma libre, consciente y voluntaria, se estipulaba la naturaleza de la prestación con total autonomía e independencia sin que mediara entre las partes relación laboral alguna, sin pago de prestaciones sociales o de costos distintos al valor acordado.

Sostiene que la demandante no cumplía con sus actividades en las mismas condiciones que los funcionarios de planta y que no obstante los horarios y la realización de trabajos en las instalaciones de la entidad, no significa per se una dependencia y subordinación, considerando el tipo de servicio que presta la entidad demandada que es de salud, el cual debe garantizarse en forma continua y permanente y primar como interés general, para lo cual el Hospital, siempre ha procurado la continua prestación del servicio con el fin de satisfacer la necesidad de la población.

IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ACUSADO.

Comunicación No.OJU-E-589-2018 de fecha 6 de marzo de 2018, expedido por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, por el cual se negó el pago de las acreencias laborales solicitadas por el señor Richard Gil Barreto durante el periodo comprendido entre el día 1º de febrero de 2013 hasta el 31 de marzo de 2015.

PROBLEMA JURÍDICO

El litigio se contrae en establecer: **1.-** Si el señor Richard Gil Barreto demostró que en la vinculación que tuvo con el Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. desde el 1º de febrero de 2013 hasta el 31 de marzo de 2015, a través de contratos de arrendamiento y prestación de servicios, se acreditaron los elementos configurativos de una verdadera relación laboral. **2.-** Si en el caso concreto operó la prescripción. **3.-** Si el demandante tiene derecho a una indemnización equivalente al pago de prestaciones sociales que devengaban los empleados públicos en cargos similares o equivalentes del Hospital El Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., y **4.-** El pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en salud, pensiones y riesgos laborales, así como la Caja de Compensación Familiar que debía cancelar, así como el reconocimiento y pago de perjuicios morales.

Contrato de arrendamiento de servicios y contrato de prestación de servicios

El contrato de arrendamiento de servicios es una figura consignada en el Código Civil en los artículos 2063 a 2069, en la cual, en palabras del Consejo de Estado se encuentran los antecedentes históricos. Dicho contrato admitía la prestación del servicio, o bien bajo dependencia o subordinación, mediante un salario, o bien en forma independiente y autónoma, retribuido mediante el pago de honorarios y sin que

³ Fl 80 pdf 2018-239

genere una relación laboral; en el primer caso condujo al contrato de trabajo y en el segundo al contrato de prestación de servicios propiamente dicho⁴.

Por su parte, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en su numeral 3 definió el contrato de Prestación de Servicios en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...)

3°. Contrato de Prestación de Servicios.

“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.”⁵

Como lo ha dicho el Consejo de Estado, dicha normatividad contempló una presunción iuris tantum, al establecer que en ningún caso estos contratos -entiéndase contratos de prestación de servicios- generan relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales; considerando el alto Tribunal con ponencia de la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, tanto en ese como en otros pronunciamientos que:

““Las presunciones generan una de dos situaciones: quien alega la presunción para fundar su derecho desplaza la carga de la prueba en cabeza de su adversario o bien, que quien alega la presunción le niegue a su adversario por entero la facultad de acudir a prueba alguna que demuestre la no existencia del hecho decisivo.

De esta suerte, las presunciones relevan de la carga probatoria a los sujetos a favor de quienes operan. Una vez demostrado aquello sobre lo cual se apoyan, ya no es preciso mostrar valiéndose de otros medios de prueba lo presumido por la ley. En ese orden, el artículo 166 del Código General del Proceso aplicable por remisión del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, regula las presunciones establecidas por ley señalando que «... el hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.»

Así las cosas, la presunción contenida en el artículo transcrito al no tener el carácter de ser iuris et de iure, es decir, de pleno derecho, puede ser controvertida y desvirtuada, de tal manera que, en asuntos como el presente, quien pretenda la declaratoria de existencia de una relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicios, con base en el principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Superior de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber de probanza a fin de poder quebrantar la presunción que sobre esta modalidad de contrato estatal recae.

Ahora bien, frente al caso que nos convoca es preciso que la denominada contratista, desvirtúe tal presunción, demostrando que en el respectivo contrato existió el elemento denominado subordinación, lo cual dependiendo de cada análisis en concreto y considerando varios factores, lo convertiría en un contrato laboral.

Lo anterior, debido a que el contratante determina exclusivamente el objeto a desarrollar por la contratista, quien a su vez ejecuta las labores encomendadas con autonomía e independencia, pues en caso contrario, se configura el elemento de la subordinación, propio del contrato laboral, que a su vez tiene implicaciones económicas diversas.

Para probar la existencia de este último, se requiere demostrar de forma incontrovertible además de la actividad personal y la remuneración, que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, la cual es aquella facultad permanente para exigir del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo.”⁶

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia del veinte de agosto de mil novecientos noventa y ocho, consejero ponente: JAVIER HENAO HIDRÓN, Radicación número: 1127, Actor: Ministro De Salud, Referencia: Empresas Sociales del Estado. Régimen de contratación. El cargo de Gerente.

⁵ Los apartes resaltados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, MP Dr. Hernando Herrera Vergara, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada

⁶ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00627-01(4696-15), Actor: Janeth Smith Fernández Caballero Demandado: E.S.E. Hospital San Juan De Dios De Girón

El principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales⁷.

La realidad sobre las formalidades en las relaciones de trabajo hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53⁸ de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad. Es preciso destacar que se ha denominado contrato realidad aquél que, teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma.

Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar d e la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

La sentencia C- 154 de 1997. Definición de los principales elementos del contrato realidad

Sea lo primero recordar que la Corte Constitucional en la Sentencia C- 154 de 1997, declaró la exequibilidad de la definición del contrato de prestación de servicios contenida en el numeral 3º. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁹, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada. En la parte considerativa de la sentencia se establecieron las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el vínculo laboral, señalando que los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, sentencia de febrero cuatro (04) de dos mil dieciséis (2016), Radicado No.050012331000201002195-01, No. Interno: 1149-2015, Actores: Hernán de Jesús Gutiérrez Uribe, Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional.

⁸ **ARTICULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

⁹Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997. La Corte declaró EXEQUIBLES las expresiones "no puedan realizarse con personal de planta o" y "en ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales".

son: la prestación personal de los servicios, la remuneración como contraprestación del mismo y la subordinación del trabajador al empleador¹⁰.

Enfatizó la sentencia de la Corte que es el elemento de la subordinación el que constituye la diferencia esencial entre los dos tipos de relación, en contraposición con los altos grados de autonomía e independencia con que cuenta el contratista en el contrato de prestación de servicios¹¹, posición jurisprudencial que fue secundada por varios pronunciamientos del Consejo de Estado¹².

Al carácter distintivo de la subordinación en los contratos de trabajo, la jurisprudencia sumó de manera reiterada el elemento de la temporalidad, pues los contratos de prestación de servicios se celebran únicamente conforme al artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993: “por el tiempo estrictamente necesario”, partiendo de la regla general según la cual la función pública se presta por el personal de planta perteneciente a una entidad estatal y solo de forma excepcional por personal vinculado por contrato de prestación de servicios^{13/14}.

Postura jurisprudencial actual del Consejo de Estado

La posición actual del Consejo de Estado, partiendo de la diferenciación hecha por la Corte Constitucional en la Sentencia de Constitucionalidad 154 de 1997, sobre el contrato de prestación de servicios frente al contrato realidad sostiene lo siguiente¹⁵:

- i. En primer lugar, se superó la tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados, y en su lugar se señaló que cuando se desvirtúe el contrato de prestación de servicios, se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta el restablecimiento, que no es otra, que esa relación laboral que se ocultó bajo el ropaje de un contrato estatal; ello, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral¹⁶.
- ii. De igual forma se superó la tesis sobre la no prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, pues antes se consideraba que como su exigibilidad era imposible antes de que

¹⁰ El Consejo de Estado, en sentencia del 6 de octubre de 2016, citó la interpretación de la Corte Constitucional sobre este postulado en el cual se afirmó que “no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad [10]. De ello se deriva la existencia de lo que ha sido denominado como contrato realidad, “entendido por la Corte como aquél que, teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma [10]. Asimismo, concluyó en esta oportunidad el Consejo de Estado que, con base en la postura de la Corte Constitucional sobre la materia, “independientemente de la denominación que se le dé a una relación laboral o de lo consignado formalmente entre los sujetos que la conforman, deben ser analizados ciertos aspectos que permitan determinar si realmente la misma es o no de naturaleza laboral. Para ello, basta con examinar los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo o la relación laboral y, siendo así, el trabajador estará sujeto a la legislación que regula la materia y a todos los derechos y obligaciones que se derivan de ella”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 6 de octubre de 2016, radicado: 76001-23-31-000-2012-00338-01(2685-15).

¹¹ *Ibidem.* b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.// Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios”. (Resalta el Despacho).

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 3 de diciembre de 2007. Radicados. 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447. v.et. Sección Segunda, sentencia del 19 de enero de 2006, radicado: 2.579-05 y sentencia del 7 de septiembre de 2006, radicado: 1.420-01, sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado: 4.669-04, y 23 de febrero de 2006, radicado: 3.648-05.

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997 “c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente” (Resalta el Despacho).

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-739 de 2002.

¹⁵ Síntesis lograda de las consideraciones de la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 27 de abril de 2016, radicado: 66001-23-31-000-2012-00241-01(2525-14).

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 2776-05; Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 1694-07; Sentencias de 31 de Julio de 2008; Sentencia de 14 de agosto de 2008.

se produjera la sentencia que declaraba la existencia de la relación laboral (carácter constitutivo)¹⁷. Se considera ahora, que, si bien es cierto, es desde la sentencia que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años¹⁸.

iii. En cuanto a la configuración de los contratos realidad, se concluyó que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia continuada en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público¹⁹.

iv. Asimismo, se ha resaltado que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, según el aforismo “onus probandi incumbit actori”, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y a acreditar la presencia real de los elementos anteriormente señalados dentro de la actividad desplegada, especialmente el de subordinación continuada²⁰.

El caso de la prestación de servicios en las empresas prestadoras de salud

Respecto a la potestad de las Empresas Sociales del Estado para contratar la prestación de servicios por fuera de la planta de personal de la entidad, la Corte Constitucional en Sentencia C-171 de 2012, reiteró los límites constitucionales trazados sobre la protección de las relaciones laborales y la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad, que se puedan desarrollar con personal de planta o que no requieran de conocimientos especializados, principios que constituyen el marco constitucional para la celebración de contratos de prestación de servicios por estas entidades²¹.

En la jurisprudencia citada, se precisó que la potestad de contratación otorgada a las Empresas Sociales del Estado para prestar servicios de salud solo podrá llevarse a cabo en los siguientes eventos:

- (i) Que no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad
- (ii) Se contratan cuando estas funciones no puedan realizarse con personal de planta de la entidad o,
- (iii) cuando se requieran conocimientos especializados, toda vez que para prestar los servicios inherentes a su responsabilidad, las Empresas Sociales del Estado deben contar con una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente que les permita atender y desarrollar sus funciones.^{22/23}

Ahora bien, para estos asuntos el Consejo de Estado ha reiterado también en relación con el elemento de la subordinación, que pese a la autonomía e independencia que conlleva la aplicación de sus conocimientos científicos, no se puede descartar de plano la existencia de una relación de subordinación y dependencia, “en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, como el cumplimiento de horario, la recepción de órdenes en los diversos aspectos que componen la

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Expediente No. 3074-2005.

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 17 de agosto de 2011. Expediente No. 1079-09.

²¹ . Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-171 de 2012.

²² *Ibidem*.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 2 de junio de 2016. Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00043-01(2496-14).

prestación del servicio, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta etc., lo que a su vez supone que tratándose de un verdadero contrato de prestación de servicios, la autonomía e independencia deba abarcar aun los aspectos anteriormente referidos”²⁴.

Estado de la cuestión

Del desarrollo jurisprudencial citado, se entiende que, para comprobar la existencia de una relación laboral, se requiere que el demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es:

- (i) Que su actividad en la entidad haya sido personal y que por esta recibió una remuneración o pago. Acreditar que en la relación con el empleador existió subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo u la imposición de reglamentos, subordinación que debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.
- (ii) La parte actora debe demostrar su permanencia en labores inherentes a la entidad.
- (iii) Sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral con todas sus implicaciones económicas, esa declaración no otorga la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección en la planta de cargos de la entidad y su correspondiente posesión.

Caso concreto Se encuentran configurados los tres elementos de la relación laboral, razón por la cual el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales causadas durante el periodo comprendido entre el 12 de marzo de 2013 al 7 de marzo del 2015.

a.- Respecto a la actividad personal que prestó RICHARD GIL BARRETO:

El demandante suscribió sucesivos contratos de prestación de servicios y, estuvo vinculado con la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, como asistente administrativo sin que existiera solución de continuidad del 12 de marzo de 2013 hasta el 7 de marzo de 2015, según certificación de fecha 7 de mayo de 2018, suscrita por Sandra Milena Duarte Roa Directora de Contratación de la entidad, así : ²⁵

Número	Fecha de ingreso	Fecha de terminación	Valor del contrato
1105	12-03-2013	31-08-2013	8'318.372
2402	08-10 -2013	07-01-2014	5'229.902
280	08-01-2014	07-03-2015	23'037.040

La anterior certificación indica como objeto del contrato, la prestación de servicios como ASISTENTE ADMINISTRATIVO I.

Las actividades contratadas con el demandante, el contrato de prestación de servicios N. 280 del 2014²⁶, indica como objeto el desarrollo de actividades propias del área de sistemas como las siguientes:

- ✓ Soporte técnico en impresoras láser.
- ✓ Generación de conceptos técnicos en equipos de computo desktops, portátiles e impresoras
- ✓ Soporte de primera línea en cuanto a puntos de red, conexiones con equipos y teléfonos.
- ✓ Administración de la planta telefónica y generación de reportes.
- ✓ Monitoreo, administración y soporte a red de datos y corriente eléctrica y regulada.
- ✓ Apoyo en el desarrollo de los estándares de gestión de la tecnología.
- ✓ Realizar el levantamiento y documentación de procedimientos e instructivos propios de la actividad.
- ✓ Disponibilidad de soporte a usuarios según cronograma de soporte a sistemas.
- ✓ Instalación de antivirus en los equipos de cómputo del Hospital.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 28 de enero de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2001-03195-01(0782-08). En igual sentido sentencia del 11 de junio de 2009, radicación No. 0081-08.

²⁵ Folio 49 PDF (2018-239)

²⁶ Folio 21 PDF (Pruebas aportadas Abog ddo rad 239 2018->Richard Gil Barreto 79731030 2014)

- ✓ Soporte de primera línea mesa de ayudas.
- ✓ Configuración servidores de correo y firewall en sistema operativo Linux.
- ✓ Configuración servidor DHCP Linux.

En consecuencia, para cumplir el objeto contractual, el demandante debía prestar un servicio personal en el área de sistemas del Hospital el Tunal III Nivel, toda vez que se encargaba del soporte técnico de las impresoras, desktops, portátiles, portal web, el “datacenter” y demás sistemas que hicieran parte de la red hospitalaria. También, estaba a cargo de brindar soporte a los usuarios finales del hospital y como prueba del cumplimiento de sus funciones debía entregar un reporte vía “WhatsApp” de verificación de los servicios de sistemas en las áreas de urgencia, laboratorio, atención al usuario y demás al jefe encargado.

La prestación del servicio se encuentra corroborada por los testimonios de las señoras Martha Ligia Burgos y Olga Lucia González recibidos en la respectiva audiencia de práctica de pruebas, quienes de manera uniforme indicaron que el demandante era quien debía cumplir con las funciones a él asignadas, y los servicios debían prestarse directamente en las instalaciones del ente hospitalario, prestando apoyo en soporte técnico el cual era solicitado a diario, así mismo debía asistir a los comités realizados de manera periódica.

b.- Remuneración del servicio prestado:

Frente al requisito de remuneración, obra certificación expedidas por la Dirección de Contratación de Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E²⁷, que indica que el valor total de honorarios del demandante del contrato 1105 de 2013 fue de ocho millones trescientos dieciocho mil trescientos setenta y dos pesos (\$8'318.372), del contrato N. 2402 de 2013, recibió como contraprestación cinco millones doscientos veintinueve mil novecientos dos pesos (\$5'229.902) y veintitrés millones treinta y siete mil cuarenta pesos (\$23'037.040) del contrato de prestación de servicios N. 280 de 2014.

Así mismo obra copia de los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad demandada, cuyo objeto es desarrollar las actividades como auxiliar administrativo I en el área de sistemas en el Hospital Tunal, en los que fijo la forma de pago de manera mensual.²⁸

Tanto el demandante como los demás testigos convocados coincidieron en afirmar que, los pagos se hacían de manera mensual a la cuenta de ahorros reportada por el empleado.

C.- Respecto al requisito subordinación y dependencia:

Respecto al requisito de la continuada subordinación o dependencia, obran además de las ya referidas las siguientes pruebas:

Testimonios rendidos en la audiencia de pruebas realizada el 11 de agosto del 2020, bajo juramento por las señoras OLGA LUCÍA GONZÁLEZ HERRERA (a partir del minuto 1:00, 2da parte del video) y, MARTHA LIGIA BURGOS LÓPEZ (a partir del minuto 30:38, 2da parte del video) ex compañeras de trabajo del demandante en el Hospital el Tunal III Nivel E.S.E, quienes trabajaban en el área de atención al usuario vinculadas desde el 2009 al 2016 y 2009 al 2017 respectivamente.

Los testigos coincidieron en acreditar que el demandante trabajaba en el área de sistemas verificando que los servicios de radiología, internet, impresoras, etc., estuvieran funcionando correctamente; señalan que el demandante cumplía un horario de trabajo; que el cargo era auxiliar administrativo; explican que su superior jerárquico era el ingeniero John Fredy; que tenía que presentar informes periódicos; explican que había un auxiliar administrativo vinculado de planta Sandra Martínez que ejercía las mismas funciones del demandante. El hospital le proveía los elementos de trabajo al demandante como equipos de oficina, escritorio, papelería, entre otros. La forma de pago era mensual por medio de una cuenta de

²⁷ Folio 49 PDF (2018-239)

²⁸ FI 21-23 , fl 26 – 28 fl 41- 43 (carpeta: pruebas aportadas abog ddo rad 2018- 239)

ahorros. Debía pedir permiso al ingeniero John Fredy para ausentarse o tenía que llenar un formato para solicitar el permiso en el área de talento humano; las actividades contratadas debían ser prestadas de forma presencial; el demandante recibía amonestaciones por parte del jefe inmediato cuando los sistemas presentaban fallas, el demandante no llenaba una planilla de ingreso física, pero se reportaba por medio de un grupo de chat en la aplicación "WhatsApp". El horario del demandante era de 6 am a 6pm, manifiesta la señora Burgos, pero debía estar disponible de domingo a domingo.

Según la testigo Martha Burgos, se solicitaba el servicio del demandante a diario, ya que constantemente se caía el internet o los computadores no funcionaban muy bien, el ingeniero John Fredy le asignaba tareas al demandante mediante comités diarios en donde se involucraban todas las áreas (autorizaciones, facturación, sistemas, radiología, atención al usuario, historia clínica, hospitalización, entre otras), así mismo la asistencia a dichos comités era obligatoria.

Interrogatorio de la parte actora (a partir del minuto 13:00). Respondió a las funciones asignadas indicando que era el encargado de velar por el portal web, por la información de los servidores, el estado de los insumos e impresoras, brindar soporte a los usuarios finales del hospital y entregar un reporte vía WhatsApp de verificación de los servicios de urgencia, laboratorio, atención al usuario y demás al jefe encargado. También tenía que velar por el apropiado funcionamiento del "Datacenter". Que las tareas que cumplió fueron supervisadas por varios jefes, indica que su jefe directo era John Fredy Vásquez y el ingeniero Jeffry que lideraba la parte de planeación del área de tecnología y que a su vez el ingeniero John Fredy Vásquez determinaba los turnos de trabajo. (Minuto 22:45). Manifiesta que cuando empezó a laborar en el hospital no tuvo ningún tipo de inducción. Que también recibió amonestaciones de tipo verbal en los comités de tecnología por parte del ingeniero John Fredy o del Ingeniero Jeffry. Que era su deber justificar cualquier tipo de inasistencia al lugar de trabajo. Que su trabajo no era posible desarrollarlo en casa porque era atención a los usuarios y por qué debía administrar los servidores principales, por lo que tenía que hacer presencia temprano y verificar que los servicios estuvieran funcionando bien (servidores de correo, digiturno, entre otros) (Min 42:35). Que no podía dejar la entidad sino hasta alrededor de las 4 o 5 de la tarde, pues debía cumplir con el horario que era una semana de 7 am a 4pm y la siguiente de 6 am a 3 pm (Min 50:33), y si incumplía este horario recibía un llamado de atención.

Agrega que, el ingeniero John Fredy era el que le exigía estar disponible en su horario de turno y además por ser quien vivía más cerca al hospital le pedían atender los requerimientos que pudieran resultar de urgencia como cuando fallaba el servidor de historia clínica, llegando incluso a prestar sus servicios los fines de semana.

Por otro lado, manifiesta que, Sandra Martínez, quien era su compañera asistente administrativa de área; ejercía las mismas funciones que él y por el contrario si se encontraba vinculada a la planta de personal del hospital.

De los testimonios recepcionados, se infiere que es un hecho probado que el demandante, recibía órdenes de los ingenieros John Fredy Vásquez y el ingeniero Jeffry., según testimonios fehacientes y concordantes recibidos por sus ex compañeras de trabajo del área de atención al usuario de la Hoy Subred Sur E.S.E., quienes trabajaron con el demandante durante todo el periodo de su vinculación y quienes constándole directamente los hechos de la presente demanda y el funcionamiento interno día a día de la E.S.E., corroboraron el dicho del demandante y contestaron las preguntas directamente relacionadas con los hechos de la demanda.

Lo anterior acredita una verdadera subordinación en la prestación del servicio que por la naturaleza misma del cargo es de carácter permanente y, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los empleados de planta.

El despacho les da credibilidad a tales testimonios y al interrogatorio de parte, atendiendo la claridad, espontaneidad y coherencia de sus dichos, además que encuentran respaldo con los siguientes documentos:

- Certificación expedida por la Dirección de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, de los contratos de prestación de servicios N. 1105 de 2013, 2402 de 2013 y 260 de 2104, suscritos entre el Señor Richard Gil y la entidad demandada.
- Certificaciones de cumplimiento de actividades mensuales.²⁹
- Certificación expedida por la Dirección de Gestión del Talento Humano³⁰, en donde se acredita la existencia de un cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO código 407 grado 05 dentro de la planta de personal del antiguo Hospital el Tunal E.S.E hoy Subred Integrada de servicios de salud Sur, actualmente código 407 grado 08, durante las vigencias 2012,2013,2014,2015,2016 y 2017.

d.- Permanencia en el servicio: Se requiere acreditar: a.) Que la labor desarrollada es inherente a la entidad y b.) Que existe similitud o igualdad en las funciones desempeñadas con otros empleados de planta y que la prestación del servicio no fue transitoria.

Si bien es cierto, el hospital tiene como objeto primordial la prestación de servicios de salud, y la labor ejecutada por el demandante era la de asistente administrativo en el área de sistemas, encargado de velar por el correcto funcionamiento de los servicios tecnológicos en cada uno de los departamentos de la entidad, no está de menos indicar que su labor es indispensable, puesto que la apropiada marcha de las áreas de: autorizaciones, facturación, sistemas, radiología, atención al usuario, historia clínica, hospitalización, entre otras, dependen en gran medida de dispositivos de índole técnica.

En cuanto a la existencia de una similitud o igualdad en las funciones desempeñadas con otros empleados de planta; el demandante prestó sus servicios como asistente administrativo, lográndose comprobar con los testimonios que las funciones del personal de planta son las mismas ejecutadas por el contratista.

Por otro lado, según certificación expedida por la dirección de gestión del talento humano³¹, sí existió el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO código 407 grado 05 dentro de la planta de personal del antiguo Hospital el Tunal E.S.E hoy Subred Integrada de servicios de salud Sur, actualmente código 407 grado 08, durante las vigencias 2012,2013,2014,2015,2016 y 2017. Durante el tiempo que estuvo laborando el demandante en el antiguo Hospital el tunal, esto es, en las vigencias 2013, 2014 y 2015; al cargo de auxiliar administrativo se le reconocían los siguientes emolumentos salariales y prestacionales:

✓ Asignación básica:

Año 2013: 1'167.614

Año 2014: 1'210.116

Año 2015: 1.272.555

- ✓ Prima de antigüedad
- ✓ Recargos dominicales y festivos
- ✓ Prima semestral
- ✓ Prima de vacaciones
- ✓ Bonificación especial de recreación
- ✓ Prima de navidad
- ✓ Vacaciones
- ✓ Bonificación por servicios
- ✓ Reconocimiento por permanencia
- ✓ Cesantías

29 Folios PDF; contenido en Carpeta: "pruebas aportadas Abog ddo rad 239 2018"; 42, 62, 71 (Archivo Richard Gil Barreto 79731030 2013 (2)), 45, 60, 68, 74, 80 (Archivo Richard gil Barreto 79731030 2013) 30, 40,47,62,75,83,98,106,115,127,147,152 (Archivo Richard Gil Barreto 79731030 2014).

30 Folio 93 PDF (TH-1706 Richard Gil Barreto)

31 Folio 93 PDF (TH-1706 Richard Gil Barreto)

✓ Intereses a las cesantías

Si bien cierto obra certificación suscrita por la Dirección de Gestión del Talento Humano, que acredita que sí existió el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO código 407 grado 05, dentro de la planta de personal del antiguo Hospital el Tunal E.S.E hoy Subred Integrada de servicios de salud Sur, actualmente código 407 grado 08, revisado el manual específico de funciones contenido en el acuerdo No. 003 del 17 de marzo del 2006 vigente para la época de los hechos, no se evidencia el cargo de "auxiliar administrativo código 407 grado 5" y tampoco se evidencia empleo con funciones asimilables a las ejercidas por el demandante.³² Por lo tanto se tomara como base de liquidación el valor contratado con el señor Richard Gil .

Respecto a la transitoriedad, se demostró que el demandante prestó sus servicios a través de la suscripción de sucesivos contratos de prestación de servicios desde el 12 de marzo de 2013 hasta el 7 de marzo de 2015, de acuerdo a la certificación contractual expedida por la entidad, esto es, más 3 años de servicios ininterrumpidos, lo que denota el ánimo de emplear de manera continua sus oficios, no equiparable con la temporalidad que caracteriza jurídicamente a los contratos de prestación de servicios.

El estudio en conjunto de las pruebas, permiten concluir la falta de autonomía del demandante para llevar a cabo sus funciones, pues era supervisado y vigilado por sus jefes inmediatos, a título de subordinación, al cumplimiento de horarios y funciones como cualquier otro funcionario de planta, del material probatorio se infiere que el cumplimiento de su labor requería su permanencia en las instalaciones de la entidad, aunado al hecho que el demandante ejerció sus funciones como auxiliar administrativo en el área de sistemas de forma permanente por las de tres años.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que permite la celebración de contratos de prestación de servicios, no autoriza que las entidades del Estado a través de esta modalidad de vinculación desconozcan el pago de las prestaciones sociales y demás obligaciones de carácter laboral que la Constitución y la ley han consagrado a cargo de los empleadores.

Como lo ha reiterado, la Corte Constitucional, acudir a esta práctica, no sólo se vulneran los derechos de los trabajadores, sino que además dicha nómina paralela desvirtúa la razón de ser del artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal, y como se ha sostenido se acreditaron los requisitos de prestación personal del servicio, remuneración, subordinación y continuada dependencia al hospital, encubriendo una verdadera relación laboral.

En efecto, se acreditó que existió un contrato de trabajo y no una relación de carácter comercial o contractual, conclusión que resultó de las funciones y la jornada laboral que cumplía, junto con la propiedad de los elementos de trabajo, así como el ejercicio de subordinación por el supervisor de la demandante, situación que genera la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política, al desarrollar el demandante la labor de auxiliar administrativo en condiciones equivalentes al personal de planta; En consecuencia, deberá declararse la nulidad del acto administrativo acusado que negó la declaratoria de una relación laboral y por consiguiente el pago de los emolumentos salariales y prestacionales que nacen a la vida jurídica junto con esta.

Por las mismas razones, habrán de declararse imprósperas las excepciones de fondo de: Falta de configuración de los elementos esenciales del contrato realidad, pago, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia del vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, pues se ha hecho evidente la legitimidad de las pretensiones del actor.

Vale la pena precisar, que la buena fe de la demandada fue desvirtuada, en tanto, los hechos probados en manera alguna acreditan que las directivas de la entidad actuaron de forma contraria a dicho principio, pues el desconocimiento de los derechos laborales en manera alguna constituye por si solo fundamento para tal consideración.

32 Folio 7 PDF (TH-1706 Richard Gil Barreto-Aportado por la entidad)

¿Segundo problema jurídico: opera el fenómeno jurídico de la prescripción?

Prescripción en materia de contrato realidad³³

La prescripción es la acción o efecto de «adquirir un derecho real o extinguirse un derecho o acción de cualquier clase por el transcurso del tiempo en las condiciones previstas por la ley "o en otra acepción" como concluir o extinguirse una carga, obligación o deuda por el transcurso del tiempo»³⁴.

En torno a este tema la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016³⁵, al estudiar este fenómeno jurídico en la órbita del contrato realidad, consideró que: «[...] la prescripción encuentra sustento en el principio de la seguridad jurídica, en la medida en que busca impedir la perpetuidad de las reclamaciones referentes a reconocimientos de índole laboral, que pudieron quedar pendiente entre los extremos de la relación de trabajo al momento de su finalización, pues contrario sensu resultaría desproporcionada la situación en la que se permitiera que el trabajador exigiera de su empleador (o ex empleador) la cancelación de emolumentos que con el transcurrir de los años implicarían un desmedro excesivo del patrimonio de este [...] y le impediría la conservación de los elementos probatorios tendientes a desvirtuar lo demandado».

En la providencia en mención se definieron las reglas que en esta materia deberán atenderse para efectos de analizar el fenómeno prescriptivo en esta clase de asuntos:

1. El estudio de la prescripción es posterior al de la existencia de la relación laboral: El juez solo podrá estudiar dentro de la sentencia, el fenómeno jurídico de la prescripción en cada caso, una vez analizada y demostrada la existencia de la relación laboral entre las partes.

2. Prescripción frente a las prestaciones sociales.

2.1. Prestaciones sociales. La prescripción trienal de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, interpretados en armonía con el artículo 12 del Convenio 95 de la OIT y los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, progresividad, prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos al trabajo en condiciones dignas, tal como lo sostuvo esta sección en la referida sentencia, se contabilizará a partir de la terminación del vínculo contractual.

Así pues, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, supera los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar las prestaciones que de ella se derivan, en aplicación del principio de la «primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales» de que trata el artículo 53 Constitucional, perderá su oportunidad de obtenerlas, ya que dicha inactividad o tardanza será traducida en desinterés, el cual no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Empero, precisó que, en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un periodo determinado y que la ejecución entre uno y otro tenga un lapso de interrupción, habrá de analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización, por cuanto uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. En este sentido, le corresponde al juez analizar si existió o no la referida interrupción, la cual será excluida del reconocimiento y estudiada en cada caso particular, con el fin de proteger los derechos de los empleados, a quienes se les han desconocido sus derechos bajo la figura de los contratos de prestación de servicios.

³³ Sentencia SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D. C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 50001-23-33-000-2010-00606-01(1586-16) Actor: MARCELA DEL PILAR ROMERO TRUJILLO

³⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, actor: Javier Enrique Muñoz Fruto. Número interno: 3404-2013.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 25 de agosto de 2016, actor: Lucinda María Cordero Causil. Número interno: 0085-2015.

2.2 Aportes a pensión. En la citada providencia se determinó que este fenómeno jurídico no sería aplicable 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», por lo tanto, aun cuando los derechos salariales estén prescritos, por no haber sido reclamados dentro de los 3 años en que se hicieron exigibles, procederá el reconocimiento de los valores que debieron ser aportados para efectos de pensión.

No obstante, lo anterior no supone la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por este concepto, efectuados por el contratista, por cuanto ello representa un beneficio económico para él, que en nada influye en el derecho pensional, que es realmente el que se pretende proteger.

Asimismo, resaltó que en atención a que el derecho a una pensión afecta la calidad de vida del individuo que prestó sus servicios al Estado, el juez contencioso administrativo deberá estudiar en todas las demandas en las que se reconozca la existencia del contrato realidad, lo correspondiente a las cotizaciones debidas por la administración al Sistema de Seguridad Social en pensiones, aunque no se haya solicitado expresamente por el interesado, pues si bien la justicia contenciosa es rogada, lo cierto es que este precepto debe ceder ante postulados de carácter constitucional tales como la vida en condiciones dignas y la irrenunciabilidad a la seguridad social.

De igual forma, sostuvo que las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema de seguridad social, derivados de la declaratoria de la existencia de la relación laboral, por su carácter de imprescriptibles y de naturaleza periódica, están exceptuadas de la caducidad.

Caso concreto.

Revisadas las pruebas documentales y, aplicando la sentencia unificada del Consejo de Estado se tiene que:

No existe discusión en cuanto a que la prestación de servicios que origina la presente demanda feneció el día **7 de marzo del 2015**, por lo mismo el demandante tenía hasta el **7 de marzo del 2018** para reclamar cualquier prestación laboral fruto de dicha relación. Por su parte, dicha reclamación se efectuó el día **20 de febrero del 2018**, fecha en la que el actor solicitó al Hospital el Tunal Nivel III E.S.E, el reconocimiento y pago de todos los emolumentos prestacionales, indemnizatorios y de seguridad social generados como consecuencia de la relación laboral sostenida entre estos.

De suerte que, no permitió que operara el fenómeno de la prescripción respecto de las mesadas objeto de reclamación, pues a partir del **8 de marzo del 2018**, toda prestación periódica se hubiera afectado por dicho fenómeno y así habría de declararse.

¿Tercer problema jurídico: el demandante tiene derecho a la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devengaban los empleados del Hospital Tunal III Nivel E.S.E?

Indemnización derivada de la existencia de la relación laboral

La consecuencia de probar la existencia de la relación laboral es el reconocimiento de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación del daño integral.

Es preciso indicar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir la condición de empleado público, por ende, el restablecimiento del derecho se ordena a título de indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir.

Al respecto, el Consejo de Estado en providencia de 2014, señaló cuáles son las prestaciones sociales que deberán reconocerse, así:

«[...] Ahora bien, en este punto con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación del daño integral al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.

En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral.

Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son, entre otras las primas, las cesantías; y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.

Así, que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.

Teniendo claro lo anterior, se advierte que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha sostenido que no existe problema para condenar y liquidar las prestaciones ordinarias, pero que no sucede lo mismo con las prestaciones que se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social en los siguientes términos:

[...]Por lo expuesto es dable concluir que, en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la reparación del daño no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista. [...]»³⁶ (Negrillas del texto original).

Posteriormente, en la sentencia de unificación ya citada, respecto de los aportes a pensión, consideró que: «[...] 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 corresponda como empleador [...] la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumba como trabajadora».

Lo anterior significa, que la entidad demandada para efectos del reconocimiento de estos aportes deberá tener en cuenta el ingreso base de cotización, durante todo el tiempo laborado, esto es, el periodo durante el cual se desarrollaron las órdenes de prestación de servicios, salvo sus interrupciones, y verificar mes a mes los aportes efectuados por el trabajador, para así cotizar al respectivo fondo de pensiones lo que le compete como empleador, si es del caso. A su vez a él accionante le corresponde acreditar dichos aportes durante el tiempo de la vinculación y en caso de no haberse realizado o si existiere diferencia sobre los mismos, pagar o completar el porcentaje a su cargo.

Así lo ha sostenido el H. Consejo de Estado al considerar:

“De otra parte, en lo concerniente a la nivelación de los honorarios de la accionante, señala la Sala que en las controversias de contrato realidad cuando se declara la existencia de la relación laboral, hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar pero liquidadas conforme al valor pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, puesto que, la relación laboral que se reconoce deviene de los contratos estatales pactados pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de la relación laboral, de tal manera que, el valor pactado en cada contrato

³⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, Sentencia del 18 de septiembre de 2014, Expediente: 68001-23-33-000-2013-00161-01 (0739-2014)
Actor: Elkin Hernández Abreo

constituye el parámetro objetivo para la liquidación de las prestaciones a que tiene derecho sin que haya lugar a que se modifique el contenido clausular referido al valor del contrato de prestación de servicios.”³⁷

Con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado aplicable al presente asunto, se ordenará a la entidad demandada pagar a título de indemnización, a favor del demandante lo siguiente:

1.- El equivalente a las prestaciones sociales ordinarias en el periodo de 12 de marzo de 2013 al 7 de marzo de 2015, fecha corroborada con la certificación contractual, tomando como base de liquidación el valor contratado con la demandante y realizar los descuentos de ley

2.- El valor en el porcentaje que por Ley debió cancelar al Hospital el Tunal III Nivel E.S.E. como empleador, por aportes a salud al Sistema General de Seguridad Social desde el 12 de marzo de 2013 hasta el 7 de marzo de 2015, tomando como base de liquidación el valor contratado con el demandante, pues en este punto no operan los fenómenos jurídicos de caducidad de la acción y de prescripción cuando se presente la reclamación de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, como quiera que redundan en garantías de orden público imprescriptibles, por mandato de la Constitución y la ley y, debido a que el juez contencioso tiene el deber de pronunciarse sobre el particular a efectos de efectivizar los derechos del trabajador.

Para tales efectos, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante estos vínculos contractuales y en la eventualidad que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Del mismo modo la demandada deberá devolver los dineros que haya cancelado el demandante en razón a la cuota parte legal que el ente demandado no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los contratos suscritos entre el interregno de tiempo reconocido.

Las demás pretensiones se negarán con fundamento en lo siguiente:

1.- Indemnizaciones:

En cuanto a la indemnización, como solicitó el actor en su escrito de demanda, se dirá que los efectos patrimoniales de la declaratoria de un contrato realidad se contraen al pago de las prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho y, adicional a ello, debe decirse, que la relación -que por virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, es de índole laboral-, con la entidad demandada terminó, por voluntad de las partes al finiquitar el término contractual

2.- Indemnización moratoria: Las cesantías como prestación social de carácter especial, constituyen un ahorro forzoso de los empleados para auxilio en caso de quedar cesantes. Este emolumento se encuentra regulado por las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, las cuales prevén que el empleador deberá liquidarlo al 31 de diciembre de cada año por anualidad o fracción, y consignarla antes del 15 de febrero del año siguiente a que se causó, en cuenta individual a nombre del empleado en el fondo de cesantía que él mismo elija.

Así mismo, se dispuso que en caso de que la entidad empleadora las consignara de forma extemporánea, habría lugar al reconocimiento de una sanción moratoria favor del trabajador, así:

«Artículo 99. El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:
[...]

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00118-01(0973-16), Actor: Yunived Castro Henao, Demandado: E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

[...]» (Se subraya)

De modo que si el empleador consigna las cesantías anuales con posterioridad al 15 de febrero del año siguiente al que se causaron, deberá reconocer y pagar a favor del asalariado sanción moratoria, consistente en un día de salario por cada día de retardo.

No es posible ordenar el pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a favor de la demandante porque la obligación del pago de las cesantías se constituye a partir de esta sentencia razón por la que no se den los presupuestos legales para su reconocimiento

3. En lo referente al pago de los valores correspondientes a retención en la fuente ha dicho el Consejo de Estado qué en casos como el presente, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se discuten temas laborales no es el medio adecuado para ello, por lo tanto, en atención a este criterio, la devolución de los dineros deducidos por conceptos tributarios no es procedente³⁸.

4.- Asimismo, es improcedente en estos casos condenar a la parte demandada al pago por el valor de la póliza única de cumplimiento que el demandante debió comprar para garantizar el contrato suscrito toda vez que el restablecimiento del derecho consecuencia de la declaración de una relación laboral lleva implícito el reconocimiento de prestaciones sociales dejadas de percibir, pero no el pago de valores proporcionados en acatamiento a las obligaciones contraídas en la celebración de contratos de prestación de servicios.

Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ajustarse tomando como base el índice de precios al consumidor conforme a lo dispuesto en el CPACA artículo 187, inciso 4, y según la fórmula adoptada por la Sección Segunda³⁹: $R = Rh \times \text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$ ⁴⁰

Finalmente, el despacho no impondrá costas a la parte vencida, de conformidad con lo previsto con lo previsto en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, por no encontrar probados gastos que la sustenten.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - Declarar la nulidad del Oficio No. OJU-E-589-2018 de fecha 6 de marzo de 2018, expedido por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. - Declárese la existencia de la relación laboral entre el Hospital el Tunal III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. y el señor Richard Gil Barreto, durante el período comprendido entre el 12 de marzo de 2013 al 7 de marzo de 2015.

TERCERO.- Condénese al Hospital el Tunal III Nivel E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., a pagar a título de indemnización a favor del señor Richard Gil Barreto, el equivalente a las

³⁸ Sentencia de 13 de junio de 2013, Exp. 0042-13 Demandante: Alejandro Gómez Rodríguez, Demandado: Hospital San Fernando de Ama ESE, CP: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia de 6 de octubre de 2016, Exp. No. 1773-15, Demandante: Jhon Gerardo Giraldo Rubio, CP: William Hernández Gómez.

³⁹ Consejo de Estado Sección Segunda Sentencia 5116-05 del 13 de julio de 2006.

⁴⁰ En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por conceptos a su favor desde su causación y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial, vigente a la fecha en que se causa cada concepto.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral
Radicado: 110013335-017-2018-00239-00
Demandante: Richard Gil Barreto
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.
Juzgado Diecisiete Administrativo de Bogotá D.C.

prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados públicos del Hospital el Tunal III Nivel E.S.E., por el tiempo laborado, tomando como base de liquidación el valor contratado con la demandante y, el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales, para lo cual la entidad hará las correspondientes cotizaciones y de las sumas a pagar la entidad deberá realizar los correspondientes descuentos de ley que correspondan al demandante.

Para efectos de lo anterior, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Devolver los dineros que haya cancelado el demandante en razón a la cuota parte legal que el ente demandado no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los contratos suscritos tal como quedó explicado en la parte motiva de la sentencia.

CUARTO. – Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ajustarse tomando como base el índice de precios al consumidor conforme a lo dispuesto en el CPACA artículo 187, inciso 4, y según la fórmula adoptada por la Sección Segunda⁴¹ : $R = Rh \times \text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$ ⁴²

QUINTO. - Denegar las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto.

SEXTO. - Se ordena el cumplimiento de la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 195 del CPACA.

SEPTIMO. - SIN COSTAS en esta instancia

OCTAVO. - Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNIQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). expídase copia de conformidad con lo normado en el numeral 2º del artículo 114 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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: 78be9f964126280dcc74fb5929bc55f738faf8493195470f0ce4c3f1788e3c0f
Documento generado en 14/10/2020 06:48:47 p.m.

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

⁴¹ Consejo de Estado Sección Segunda Sentencia 5116-05 del 13 de julio de 2006.

⁴² En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por conceptos a su favor desde su causación y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial, vigente a la fecha en que se causa cada concepto.