

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00100-00

Demandante: Yenny Maritza Suárez Luna¹

Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.²

Tema: Contrato Realidad³

Bogotá D.C., 26 de mayo de 2021

Sentencia No. 48

Procede el Despacho, agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación y no evidenciando alguna causal de nulidad, a dictar de forma escrita SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia, con base en las siguientes:

CONSIDERACIONES

Pretensiones:

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la comunicación OJU-E-2423-2018 de fecha 29 de agosto de 2018, suscrito por la Jefe Oficina Jurídica Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.; por medio de la cual se negó el pago de acreencias laborales derivadas de la existencia de un contrato de trabajo realidad desde el día 29 de noviembre de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2016.

2. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad precedente singularizada y previa declaratoria de la existencia del contrato de trabajo realidad se condene a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., a pagar a la demandante, a título de restablecimiento del derecho, para el periodo comprendido entre el 29 de noviembre de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2016, por los siguientes conceptos:

- Diferencias salariales existentes entre los servicios remunerados por prestación de servicios y los salarios legales y convencionales pagados en el Hospital Meissen II Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. a los auxiliares de enfermería.
- Auxilio de cesantías e intereses a las cesantías.
- Primas de navidad, primas de servicios, primas de vacaciones.
- Compensación en dinero de las vacaciones.
- Porcentajes de cotización correspondientes a los aportes en salud y pensión que le correspondía realizar al Hospital Meissen II Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. y que debió cancelar al Fondo pensional y a la E.P.S.
- Devolución de los dineros deducidos por concepto de descuento de retención en la fuente durante todo el tiempo laborado.
- Indemnización contenida en la Ley 244 de 1995 artículo 2°.
- Cotizaciones en forma retroactiva a la Caja de Compensación Familiar.
- Indemnización que trata el artículo 99 de la Ley 1990.
- Sanción moratoria por la falta de pago oportuno de los intereses a las cesantías.

3. Que se condene a la entidad demandada al pago total e inmediato del restablecimiento del derecho y de la reparación del daño causado, ordenando liquidar intereses de mora, si el pago no se hace efectivo en la oportunidad señalada conforme a lo dispuesto en el Inciso 3° del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4. Que el demandado, de cumplimiento a las disposiciones del fallo que este Despacho profiera dentro de los términos establecidos en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹ recepciongarzonbautista@gmail.com /// angie_lara_plata@hotmail.es Cel: 3144918512

² notificacionesjudiciales@subredsur.gov.co /// angelalopezferreira.juridica@hotmail.com Cel: 3043894496

³ apinillag@procuraduria.gov.co

5. Se declare que el tiempo laborado por la demandante bajo contratos de arrendamiento de servicios y de prestación de servicios con el Hospital Meissen II Nivel ESE se deben computar para efectos pensionales ordenando emitir la certificación laboral para tal efecto.

6. Se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

Tesis de la demandante:

Arguye que en el vínculo de la Señora Yenny Maritza Suárez Luna, con el Hospital Meissen II Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., es evidente que se presenta un verdadero contrato laboral, en consideración a que las condiciones para que los contratos de prestación de servicios y los de arrendamiento se consideren un contrato de trabajo realidad, son la ocurrencia de los supuestos contemplados por el artículo 23 del código sustantivo del trabajo, el cual define los elementos del contrato de trabajo, afirmando que cuando entre el empleado-empleador se da una relación de subordinación, existe una prestación personal del servicio, y hay una remuneración, estamos frente a un contrato de trabajo, sin importar el nombre que se le haya dado al contrato al momento de su firma y que esta situación está verificada dentro del plenario.

Destaca que la entidad demandada realizó todas las acciones indebidas para no contratar en la forma correcta a la demandante y así no cancelarle las prestaciones sociales pretendiendo esconder una relación laboral durante todo el tiempo que trabajó como auxiliar de enfermería dentro de las instalaciones de la empresa demandada sin ninguna justificación.

Tesis del demandado (fls.134-166):

La demandada señala que las pretensiones de la demanda, 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 la 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 la 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.

Problema jurídico: El litigio se contrae en establecer: 1.- La señora Yenny Maritza Suárez Luna demostró que en la vinculación que tuvo con el Hospital Meissen II Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. desde el 29 de noviembre de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2016, a través de contratos de prestación de servicios, se acreditaron los elementos configurativos de una verdadera relación laboral. 2.- En el caso concreto operó la prescripción. 3.- La demandante tiene derecho a una indemnización equivalente al pago de prestaciones sociales que devengaban los empleados públicos en cargos similares o equivalentes del Hospital Meissen II Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., y 4.- Es procedente la devolución de los dineros correspondientes a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en salud, pensiones y riesgos laborales, que cotizó la demandante en su totalidad, así como los descuentos de retención en la fuente durante todo el tiempo laborado.

Solución al problema jurídico:

Una vez estudiados los cargos, observamos que el Hospital Meissen II Nivel E.S.E., contrató a la demandante Yenny Maritza Suárez Luna bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios,

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00100-00

Demandante: Yenny Maritza Suárez Luna

Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

encubriendo una relación laboral, lo que genera la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades conforme con el artículo 53 de la Constitución Política, al acreditarse los elementos constitutivos del vínculo laboral, esto es: (i) la prestación personal del servicio; (ii) la subordinación o dependencia; (iii) el pago de una remuneración por la labor prestada y, (iv) la vocación de permanencia en el ejercicio de la función desempeñada.

En consecuencia, al estar acreditada la existencia de la relación de carácter laboral y por ende desvirtuado el vínculo contractual (Ley 80 de 1993, artículo 32.3), le asiste el derecho a la señora Yenny Maritza Suárez Luna, al reconocimiento y pago de las prestaciones no devengadas durante la vigencia de los contratos celebrados entre el 29 de noviembre de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2016 con base en lo pactado como honorarios en sus contratos de prestación de servicios.

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 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.

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

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00100-00

Demandante: Yenny Maritza Suárez Luna

Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

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.

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 aquel 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 de 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 elementos principales 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 3°. 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

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

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".

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00100-00

Demandante: Yenny Maritza Suárez Luna

Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

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 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

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.

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

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. Así mismo, 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 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 la 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

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).

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.

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 procede a verificar si se encuentran configurados los tres elementos de la relación laboral, y si hay lugar al reconocimiento y pago de las acreencias laborales a favor de la demandante causadas durante el periodo comprendido entre el 29 de noviembre de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2016 cuando terminó su último contrato de prestación de servicios.

a.- Respecto a la actividad personal

Se tiene que la demandante suscribió sucesivos contratos de prestación de servicios y estuvo vinculada con la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. como auxiliar de enfermería desde el 29 de noviembre de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2016, esto es de manera continua, según las copias de los contratos y las prórrogas de algunos de ellos²⁵, vistos así:

NUMERO DE CONTRATO	FECHA DE INGRESO	FECHA DE TERMINACION	OBJETO
5-489 de 2010	29 de noviembre de 2010	3 de enero de 2011	Auxiliar de enfermería
5-306 de 2011	4 de enero de 2011	31 de marzo de 2011	Auxiliar de enfermería
5-629 de 2011	1 de abril de 2011	30 de abril de 2011	Auxiliar de enfermería
PR 5-629 de 2011	29 de abril de 2011 (suscrito)	30 de junio de 2011	Auxiliar de enfermería
5-933 de 2011	1 de julio de 2011	31 de julio de 2011	Auxiliar de enfermería
PR ¹ 5-933 de 2011	29 de julio de 2011 (suscrito)	31 de agosto de 2011	Auxiliar de enfermería
PR ² 5-933 de 2011	12 de agosto de 2011 (suscrito)	30 de septiembre de 2011	Auxiliar de enfermería
PR ³ 5-933 de 2011	7 de septiembre de 2011 (suscrito)	31 de octubre de 2011	Auxiliar de enfermería
PR ⁴ 5-933 de 2011	20 de octubre de 2011 (suscrito)	30 de noviembre de 2011	Auxiliar de enfermería
PR ⁵ 5-933 de 2011	29 de noviembre de 2011 (suscrito)	15 de diciembre de 2011	Auxiliar de enfermería
PR ⁶ 5-933 de 2011	12 de diciembre de 2011 (suscrito)	3 de enero de 2012	Auxiliar de enfermería
5-265 de 2012	4 de enero de 2012	29 de febrero de 2012	Auxiliar de enfermería
PR 5-265 de 2012	24 de febrero de 2012 (suscrito)	30 de abril de 2012	Auxiliar de enfermería
646 de 2012	1 de mayo de 2012	26 días (ejecución)	Auxiliar de enfermería
PR ¹ 646 de 2012	24 de mayo de 2012 (suscrito)	30 de junio de 2012	Auxiliar de enfermería
PR ² 646 de 2012	29 de junio de 2012 (suscrito)	25 de julio de 2012	Auxiliar de enfermería
PR ³ 646 de 2012	23 de julio de 2012 (suscrito)	8 de agosto de 2012	Auxiliar de enfermería
1536 de 2012	13 de agosto de 2012	12 de septiembre de 2012	Auxiliar de enfermería
PR ¹ 1536 de 2012	11 de septiembre de 2012 (suscrito)	30 de septiembre de 2012	Auxiliar de enfermería
PR ² 1536 de 2012	27 de septiembre de 2012 (suscrito)	10 de octubre de 2012	Auxiliar de enfermería
PR ³ 1536 de 2012	10 de octubre de 2012 (suscrito)	31 de octubre de 2012	Auxiliar de enfermería
2545 de 2012	1 de noviembre de 2012	26 de noviembre de 2012	Auxiliar de enfermería
PR 2545 de 2012	6 de diciembre de 2012 (suscrito)	10 de diciembre de 2012	Auxiliar de enfermería
3292 de 2012	11 de diciembre de 2012	1 de enero de 2013	Auxiliar de enfermería
O-477 de 2013	2 de enero de 2013	31 de enero de 2013	Auxiliar de enfermería
O-1269 de 2013	1 de febrero de 2013	30 de abril de 2013	Auxiliar de enfermería
O-2426 de 2013	1 de mayo de 2013	31 de mayo de 2013	Auxiliar de enfermería
O-3966 de 2013	2 de julio de 2013	29 de julio de 2013	Auxiliar de enfermería
O-4837 de 2013	30 de julio de 2013	22 de agosto de 2013	Auxiliar de enfermería
PR ¹ O-4837 de 2013	22 de agosto de 2013 (suscrito)	23 de agosto de 2013	Auxiliar de enfermería
PR ² O-4837 de 2013	23 de agosto de 2013 (suscrito)	1 de septiembre de 2013	Auxiliar de enfermería
PR ³ O-4837 de 2013	30 de agosto de 2013 (suscrito)	2 de septiembre de 2013	Auxiliar de enfermería
O-5662 de 2013	3 de septiembre de 2013	31 de septiembre de 2013	Auxiliar de enfermería
PR ¹ O-5662 de 2013	30 de septiembre de 2013 (suscrito)	1 de octubre de 2013	Auxiliar de enfermería
PR ² O-5662 de 2013	1 de octubre de 2013 (suscrito)	2 de octubre de 2013	Auxiliar de enfermería
PR ³ O-5662 de 2013	2 de octubre de 2013 (suscrito)	31 de octubre de 2013	Auxiliar de enfermería

²⁵ Archivo digital PDF 13.ExpedienteAdministrativoRad2019100-2_ (1).pdf. fls. 1-105.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral
Radicado: 110013335-017-2019-00100-00
Demandante: Yenny Maritza Suárez Luna
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

PR ⁴ O-5662 de 2013	31 de octubre de 2013 (suscrito)	5 de diciembre de 2013	Auxiliar de enfermería
PR ⁵ O-5662 de 2013	5 de diciembre de 2013 (suscrito)	1 de enero de 2014	Auxiliar de enfermería
PR ⁶ O-5662 de 2013	30 de diciembre de 2013 (suscrito)	3 de enero de 2014	Auxiliar de enfermería
O-433 de 2014	4 de enero de 2014	31 de enero de 2014	Auxiliar de enfermería
O-1243 de 2014	1 de febrero de 2014	30 de abril de 2014	Auxiliar de enfermería
O-2476 de 2014	1 de mayo de 2014	30 de julio de 2014	Auxiliar de enfermería
O-3056 de 2014	1 de agosto de 2014	31 de agosto de 2014	Auxiliar de enfermería
O-3844 de 2014	1 de septiembre de 2014	19 de septiembre de 2014	Auxiliar de enfermería
PR ¹ O-3844 de 2014	19 de septiembre de 2014 (suscrito)	30 de septiembre de 2014	Auxiliar de enfermería
PR ² O-3844 de 2014	30 de septiembre de 2014 (suscrito)	1 de octubre de 2014	Auxiliar de enfermería
O-4628 de 2014	1 de octubre de 2014	13 de octubre de 2014	Auxiliar de enfermería
PR ¹ O-4628 de 2014	29 de octubre de 2014 (suscrito)	11 de noviembre de 2014	Auxiliar de enfermería
PR ² O-4628 de 2014	11 de noviembre de 2014 (suscrito)	15 de noviembre de 2014	Auxiliar de enfermería
PR ³ O-4628 de 2014	15 de noviembre de 2014 (suscrito)	21 de noviembre de 2014	Auxiliar de enfermería
PR ⁴ O-4628 de 2014	21 de noviembre de 2014 (suscrito)	30 de noviembre de 2014	Auxiliar de enfermería
O-5455 de 2014	1 de diciembre de 2014	1 de enero de 2015	Auxiliar de enfermería
O-1157 de 2015	1 de febrero de 2015	28 de febrero de 2015	Auxiliar de enfermería
O-1933 de 2015	1 de marzo de 2015	30 de septiembre de 2015	Auxiliar de enfermería
O-2934 de 2015	1 de octubre de 2015	3 de enero de 2016	Auxiliar de enfermería
O-337 de 2016	4 de enero de 2016	31 de agosto de 2016	Auxiliar de enfermería
002988 de 2016	1 de septiembre de 2016	30 de noviembre de 2016	Auxiliar de enfermería

Cabe precisar que, de conformidad con el expediente administrativo, obran copias de certificaciones expedidas por la entidad²⁶, que indican los términos de ejecución de algunos contratos, donde están incluidas las actas de prórroga y adición, las cuales hacen parte integral de los mismos.

No obstante, obra copia de una certificación expedida el 10 de enero de 2018 por la Dirección de Contratación de la entidad²⁷, que da cuenta de todo el historial contractual de la demandante con el Hospital Meissen II Nivel, registrando el periodo laborado del 29 de noviembre de 2010 al 30 de noviembre de 2016.

Pese a que en el expediente administrativo no obra copia de los últimos contratos celebrados, es decir, O-1933 de 2015, O-2934 de 2015, O-337 de 2016 y 002988 de 2016, la certificación referida en el párrafo anterior da fe de la existencia de los mismos (plazo de ejecución, objeto y valor total).

Por otro lado, al tenor de lo dispuesto por certificación expedida el 13 de octubre de 2020 por la Directora de Contratación de la entidad²⁸, el contrato 002988 de 2016 contiene las siguientes obligaciones contractuales:

“1. Recibo y entrega de turno del servicio y sus pacientes con la enfermera según las normas de la institución. 2. Proporcionar información clara y oportuna al paciente y sus familiares, según su nivel de competencia. 3. Brindar cuidado directo al paciente: toma de signos vitales, hoja neurológica, control de líquidos, aseo de pacientes, canalización de venas, toma de muestras de laboratorio, rotulación de líquidos y mezclas, verificación de permeabilidad de vena. 4. Registrar en notas de enfermería todo cambio y procedimiento que se realice en el paciente. 5. Velar que los reportes de laboratorio y demás paraclínicos se encuentren oportunamente en las historias clínicas de todos los pacientes. 6. Aplicar normas de bioseguridad durante la atención de pacientes. 7. Conocer y aplicar las normas de precaución con sangre y líquidos corporales durante la atención a pacientes. 8. Realizar registros de enfermería a todo paciente que ingrese al servicio. 9. Adoptar medidas de seguridad para la atención del paciente. 10. Entrega de pacientes a otros servicios según las normas del servicio. 11. Asistir a los pacientes durante su traslado en ambulancia cuando sea necesario. 12. Prevenir accidentes durante la atención o traslado del paciente. 13. Mantener las dependencias del servicio y sus elementos listos, ordenados y adecuados para la atención de los pacientes. 14. Utilizar racionalmente el material de consumo que sea necesario para cumplir el objeto contractual. 15. Asistir al médico o enfermera en procedimientos especiales. 16. Mantener estricta técnica aséptica durante todos los procedimientos. 17. Administrar dietas, teniendo en

²⁶ Archivo digital PDF 13.ExpedienteAdministrativoRad2019100-2_ (1).pdf. fls. 276-283.

²⁷ Archivo digital PDF 01. Exp 2019-100.pdf. fls. 110-112.

²⁸ Archivo digital PDF 13.ExpedienteAdministrativoRad2019100-2_ (1).pdf. f 461.

cuenta el recurso humano del servicio y las órdenes médicas. 18. Administrar cuidados específicos durante la alimentación y oxigenoterapia según las normas establecidas. 19. Llevar controles estrictos en pacientes pre eclámpicas y eclámpicas. 20. Dar educación a la madre en cuidados, puericultura, planificación familiar y durante el post-parto en el hogar. 21. Realizar los controles adecuados e indicados por el médico a toda paciente obstétrica durante el pre y post-parto. 22. Verificar la correcta entrega del recién nacido a la familia. 23. Preparar al paciente quirúrgico, según el procedimiento a realizarse (ayuno, retiro de maquillaje, prótesis, etc.). 24. Fomentar el auto-cuidado del paciente adulto. 25. Proporcionar cuidados especiales a pacientes de toracotomía, amputados, contaminados, cirugía general, ortopedia, etc. 26. Realizar los cuidados propios de enfermería, según las normas de la institución y el ejercicio propio de enfermería. 27. Informar al médico y a la jefe de enfermería sobre manifestaciones del paciente, acerca de efectos secundarios de medicamentos ingeridos. 28. Dar apoyo a la familia durante la muerte y/o a pacientes en estado Terminal. 29. Verificar funcionamiento adecuado de la incubadora o de equipos requeridos para la atención del paciente. 30. Llevar control estricto de los elementos que se encuentran en el inventario del servicio asignado. 31. Realizar correctamente el aseo de incubadoras, lámparas de fototerapia, calentadores, atriles, pesabebés, etc. 32. Diligenciar adecuadamente toda la papelería que sea de su competencia, tanto en lo asistencial como en lo administrativo (facturación, estadísticas, etc.).”

En consecuencia, para cumplir el objeto contractual, la señora Yenny Maritza Suárez Luna debía prestar un servicio personal en el cargo de auxiliar de enfermería, como era brindar cuidado directo al paciente, recibir y entregar el turno del servicio y sus pacientes con la enfermera, proporcionar información clara y oportuna al paciente y sus familiares, velar porque las historias clínicas de todos los pacientes se encuentren al día, realizar registros a todos los pacientes que ingresen al servicio, realizar el correcto aseo de los insumos, adoptar medidas de seguridad para la atención del paciente, proporcionar cuidados especiales a pacientes que así lo requieran, entre otros.

La prestación del personal del servicio se encuentra corroborada por los testimonios recibidos por los señores DAVID STEVEN MENDIETA PÁEZ, HIDE YANETH PRADA VÁSQUEZ y MARITZA BRITO VÁSQUEZ, quienes indicaron las funciones generales de la demandante, de las que se infiere que el servicio debía prestarse personalmente en las instalaciones del ente hospitalario. Lo anterior se corrobora también con el objeto y las actividades de los contratos de prestación de servicios, las cuales fueron señaladas anteriormente.

b.- Remuneración del servicio prestado:

No hay discusión frente al requisito de la remuneración, toda vez que la demandante recibió como contraprestación por el servicio prestado los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios de manera mensual, así lo indican los testimonios rendidos por los testigos DAVID STEVEN MENDIETA PÁEZ, HIDE YANETH PRADA VÁSQUEZ y MARITZA BRITO VÁSQUEZ.

Lo anterior, de acuerdo igualmente con la certificación expedida el 10 de enero de 2018 por la Dirección de Contratación de la entidad²⁹, que da cuenta del historial contractual de la demandante con el Hospital e indica el valor total por concepto de honorarios que percibió en cada contrato.

c.- Frente a la subordinación y dependencia:

se encuentran los siguientes testimonios

DAVID STEVEN MENDIETA PÁEZ (testigo tachado por tener demandado al Hospital y haber sostenido relación de compañerismo con la demandante que podría tener una incidencia en la imparcialidad y credibilidad de sus dichos), quien laboró en la entidad demandada desde el año 2012 hasta el 2017 mediante contrato de prestación de servicios, siendo compañero de trabajo de la demandante desde el 2013 hasta el 2016. Informó que es profesional en mecánica dental y en la entidad desempeñó el cargo de camillero, siendo su horario de 7:00 PM a 7:00 AM, aunque este era rotativo y a veces le tocaban otros.

Frente a la prestación personal del servicio, manifestó que la demandante se desempeñaba como auxiliar de enfermería y prestó sus servicios en diferentes áreas, trabajando ambos en urgencias pediátricas y en el sexto piso. El testigo estuvo en áreas como urgencias pediátricas, las UCIS, sexto piso, cuarto piso y neonatos.

²⁹ Archivo digital PDF 01. Exp 2019-100.pdf. fls. 110-112.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00100-00

Demandante: Yenny Maritza Suárez Luna

Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

Las funciones de la demandante en urgencias pediátricas eran el ingreso de pacientes, estar pendiente en la entrega de turno, tomar signos vitales, toma de muestras de laboratorio, transportarse a farmacia a llevar los insumos cuando a veces el camillero no estaba, acompañar al camillero a llevar a los pacientes a sus citas y el acompañamiento al doctor cuando tenía que hacer un procedimiento quirúrgico.

Frente a la remuneración, indicó que los pagos eran mensuales y se hacían por medio de consignación a la cuenta del Banco Davivienda.

Frente a la subordinación, señaló que la jefe inmediata de la demandante en el área de urgencias pediátricas era MARITZA y, había otras jefes como LUZ MARINA, CARMEN WALTEROS y MIRIAM. También que la demandante debía cumplir con la autorización de la jefe inmediata para solicitar permisos mediante carta de autorización, de los cuales se podía hacer uso solo hasta tres veces al mes y ella tenía que hablar con la persona que la iba a cubrir en su turno.

Sostuvo que las herramientas o utensilios para desarrollar la labor eran otorgados por el Hospital, que la demandante portaba carnet de uso obligatorio, y que los supervisores de sus contratos eran los mismos que los de la demandante.

Concluyó informando que también presentó demanda contra el Hospital pero la demandante no es testigo dentro de su proceso.

HIDE YANNETH PRADA VÁSQUEZ (testigo tachado por tener demandado al Hospital por hechos similares a los de la presente demanda), quien laboró en la entidad demandada mediante contrato de prestación de servicios desde el 5 de mayo de 2014 hasta marzo de 2017, en apoyo al servicio de pediatría desempeñando el cargo de enfermera jefe. Señaló que, en 2014 trabajó en pediatría y en 2016, junto con la demandante en urgencias.

Manifestó que trabajó durante tres meses en el turno de la tarde, después un año en el turno de la noche y luego en el turno de la tarde nuevamente. Esto significa que, la testigo siempre rotó en dos turnos, en el de la tarde y en el de la noche.

Frente a la prestación personal del servicio, indicó que la demandante trabajó en diferentes puntos como pediatría, luego en el sexto piso y después en urgencias de pediatría y, entre sus funciones se encontraban el control de signos vitales, cambio de pañales, control de líquidos, signos de alarma, informar cualquier movimiento o reacción de los pacientes, brindar compañía a los pacientes, notificar a los jefes cualquier reacción importante que tuvieran los pacientes, entre otros.

Frente a la remuneración, indicó que los pagos eran mensuales y se hacían por medio de consignación a la cuenta del Banco Davivienda que el Hospital les hizo abrir.

Frente a la subordinación, precisó que pagaban seguridad social y que tenían que pedir permiso ante cualquier eventualidad que se presentara, debido a que el turno no podía quedar vacío. Tal permiso debía ser autorizado por los coordinadores, JULIO, LUZ MARINA y la jefe MIRIAM, quienes eran de planta. No había auxiliares de enfermería en el personal de planta.

Afirmó que entre las órdenes que se le impartían a la demandante se encontraban el cumplimiento de horarios (todos tenían que cumplir horario), el porte del uniforme y el cumplimiento de lo estipulado frente a la profesión de cuidado al paciente como lo era la toma de signos vitales, hacer control de líquidos, llevar hojas, entre otros. Añadió que en el tiempo que la conoció, el horario de la demandante era de 7:00 PM a 7:00 AM y que los implementos o utensilios de trabajo eran del Hospital.

Aunado a lo anterior, sostuvo que les daban capacitaciones y les exigían el cumplimiento de las mismas, así como también de algunos cursos y reuniones que normalmente eran por fuera del horario de los turnos. Indicó también que el departamento de enfermería era el que coordinaba los turnos y estaba conformado por JULIO LIZARAZO, la jefe MIRIAM, la jefe LUZ MARINA y la jefe MARILUZ, quienes eran del personal de planta.

Por último, arguyó que también tiene demandada a la entidad, pero la demandante no es testigo dentro de su proceso.

MARITZA BRITO VÁSQUEZ (testigo tachado por tener demandado al Hospital por hechos similares a los de la presente demanda y porque fue jefe de la demandante, lo que deviene en una relación de dependencia que podría afectar la imparcialidad y la credibilidad de sus dichos), quien

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00100-00

Demandante: Yenny Maritza Suárez Luna

Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

fue jefe directa de la demandante. Se desempeñaba como enfermera jefe en el turno de la noche en urgencias pediátricas y trabajó en el Hospital de mayo de 2016 a mayo de 2017. Afirmó que no tuvo compañeros jefes de enfermería en el personal de planta y, todos los auxiliares de enfermería subalternos eran contratistas al igual que ellos.

Frente a la prestación personal del servicio, indicó que la demandante se desempeñaba como auxiliar de enfermería y estuvo con ella en el mismo turno. Que la demandante realizaba un cuadro no propiamente de un informe mensual. Manejaban el mismo horario de 7:00 PM a 7:00 AM y que la demandante nunca tuvo procesos disciplinarios en su contra. Entre las funciones de la demandante estaba tener a cargo a los pacientes, toma de signos, apertura de notas, toma de laboratorios y en general, el cuidado integral de los pacientes.

Frente a la remuneración, indicó que los pagos eran mensuales a una cuenta que el Hospital les hacía tener y por cuenta propia pagaba su seguridad social y EPS. Luego de llevar el comprobante de pago de la seguridad social, les pagaban.

Frente a la subordinación, informó que le daba órdenes directas a la demandante, basadas a su vez en las órdenes médicas, sobre en qué espacio del servicio tenía que ubicarse y cuidado de pacientes. Añadió que la demandante no podía delegar funciones y nunca faltó al trabajo en el periodo que estuvo bajo su supervisión. Que los turnos los asignaba directamente el Hospital. Preciso que el coordinador de la noche, JULIO LIZARAZO, revisaba el ingreso y la salida, al igual que ella como jefe.

Manifestó que había reuniones y capacitaciones sobre el manejo de pacientes, equipos y procedimientos, las cuales eran de carácter obligatorio. Debían portar el carnet todo el tiempo y este era necesario para poder ingresar al Hospital y manejaban uniformes comprados por ellos mismos.

Por último, informó que tiene demandada a la entidad.

- **Interrogatorio de parte a la actora**

La demandante dio respuesta a las preguntas formuladas en los siguientes términos:

Indicó que es técnico en auxiliar de enfermería y que no tuvo interrupción en los contratos suscritos con la demandada. Preciso que no tuvo compañeras auxiliares de enfermería en el personal de planta frente a los servicios en los que estuvo.

Frente a la prestación personal del servicio, sostuvo que prestó sus servicios en diferentes unidades o áreas como urgencias pediátricas, en el sexto norte, en el sexto sur, en el quinto norte y cuarto piso de pediatría. Así mismo, que en el periodo laborado en el Hospital Meissen II Nivel no trabajó en otra entidad diferente.

Frente a la subordinación, manifestó que siempre trabajó en la noche y cumplía horarios.

Añadió que no tuvo la oportunidad de presentarse a un concurso de méritos para estimar vincularse como una empleada de planta. Concluyó que no tuvo derecho a recargo nocturno, recargo dominical, vacaciones ni primas.

Análisis de los testimonios

De los testimonios de DAVID STEVEN MENDIETA PÁEZ y HIDE YANNETH PRADA VÁSQUEZ se infiere que las herramientas o elementos para la prestación del servicio eran de propiedad del Hospital. Por otra parte, DAVID STEVEN MENDIETA PÁEZ y MARITZA BRITO VÁSQUEZ concuerdan en manifestar que MARITZA era la jefe en urgencias pediátricas. El horario de trabajo de la demandante era por turnos y estos debían cumplirse, lo cual es respaldado por los tres testigos y el contrato 002988 de 2016, que contiene como una de sus obligaciones contractuales, *“recibo y entrega de turno del servicio y sus pacientes con la enfermera según las normas de la institución”*, sin poder ejecutar sus servicios en forma autónoma e independiente en otro sitio que no fuera el Hospital. Los testigos corroboraron el dicho de la demandante y contestaron las preguntas directamente relacionadas con los hechos de la demanda.

Además, los testigos DAVID STEVEN MENDIETA PÁEZ y MARITZA BRITO VÁSQUEZ coincidieron en afirmar que el uso de carnet era de carácter obligatorio y a su vez, HIDE YANNETH PRADA VÁSQUEZ y MARITZA BRITO VÁSQUEZ en que se les exigía el porte del uniforme.

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 condiciones de un verdadero contrato de trabajo.

El despacho le da credibilidad a los testimonios, conforme a la coherencia y claridad de sus dichos, además de los contratos de trabajo en donde se registra el objeto del contrato, al evidencia de que este servicio es personal sin poder ser ejecutado en otro sitio que no fuera el Hospital con los instrumentos y los procedimientos implementados por el hospital, la atención a los pacientes y el acceso exclusivo a los materiales de la entidad. Además, encontramos

- Certificación expedida por la Dirección de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. de fecha 10 de enero de 2018³⁰.
- Copia de los contratos de arrendamiento de servicios personales de carácter privado y de prestación de servicios, suscritos entre el Hospital Meissen II Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. y la demandante, referidos en el expediente administrativo³¹.

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.

Respecto a la labor desarrollada, tenemos que el objeto principal del ente hospitalario es la prestación de servicios de salud que se encuentran directamente ligados a la labor desarrollada por la contratista, esto es, la labor de auxiliar de enfermería, evidenciada en funciones como brindar cuidado directo al paciente, recibir y entregar el turno del servicio y sus pacientes con la enfermera, velar porque las historias clínicas de todos los pacientes se encuentren al día, realizar registros a todos los pacientes que ingresen al servicio, realizar el correcto aseo de los insumos, proporcionar cuidados especiales a pacientes que así lo requieran, entre otras.

Los contratos suscritos permiten evidenciar las funciones asignadas como auxiliar de enfermera que acreditan que, la demandante ejecutaba labores propias del giro ordinario de la E.S.E. demandada, pues su objetivo era prestar el servicio de salud.

Frente a la similitud o igualdad en las funciones desempeñadas, no se logró comprobar que para el periodo en el que la demandante se desempeñó como auxiliar de enfermería hubiera cargo igual dentro de la planta de personal, no obstante, de acuerdo con los testimonios recaudados, la entidad ha vinculado personal para esta función mediante sucesivos contratos de prestación de servicios bajo las condiciones de un verdadero contrato de trabajo.

Respecto a la transitoriedad, se encuentra demostrado que la demandante prestó sus servicios a través de la suscripción de sucesivos contratos de arrendamiento de servicios y prestación de servicios desde el 29 de noviembre de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2016, esto es, aproximadamente 6 años de servicios ininterrumpidos, con 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, permite concluir la falta de autonomía de la demandante para llevar a cabo sus funciones, pues era supervisada y vigilada por el coordinador, a título de subordinación, al cumplimiento de horarios y funciones. Del material probatorio se infiere que, el cumplimiento de sus labores requería su permanencia en las instalaciones del ente hospitalario, aunado al hecho que, como ya se anotó, la demandante ejerció sus funciones como auxiliar de enfermería de forma permanente por aproximadamente 6 años.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que permite la celebración de contratos de prestación de servicios, no autoriza a las entidades del Estado para que, a través de esta modalidad de vinculación, desconozcan

³⁰ Archivo digital PDF 01. Exp 2019-100.pdf. fls. 110-112.

³¹ Archivo digital PDF 13.ExpedienteAdministrativoRad2019100-2_ (1).pdf. fls. 1-105.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00100-00

Demandante: Yenny Maritza Suárez Luna

Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

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 vulnera 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, máxime cuando el objeto contractual era inherente a la entidad.

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 por parte de la entidad, así como el ejercicio de subordinación por los jefes 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 de Colombia.

Por consiguiente, habrá de declararse imprósperas las excepciones de: Ausencia de relación laboral, inexistencia de presupuestos para dar aplicación al principio de primacía de la realidad sobre formalidades, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, relación contractual de naturaleza civil – contrato por prestación de servicios, improcedencia de indemnización pedida por la parte actora, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes al ser evidente la legitimidad de las pretensiones de la actora.

Frente a la tacha de los testigos.

La apoderada de la entidad demandada presenta tacha de los testigos DAVID STEVEN MENDIETA PÁEZ, HIDE YANETH PRADA VÁSQUEZ y MARITZA BRITO VÁSQUEZ, por haber demandado los tres al Hospital Meissen II Nivel por hechos similares, haber sostenido relación de compañerismo con la demandante (para el caso de Mendieta Páez) y haber sido jefe de la demandante, lo que deviene en una presunta relación de dependencia (para el caso de Brito Vásquez); frente a lo anterior, si bien fueron tachados por sospecha los testigos, tal circunstancia no impide el recaudo de las pruebas, sino que obliga al juez a valorarlas con mayor severidad.

Sobre la valoración del testimonio sospechoso, el Consejo de Estado en sentencia del 8 de abril de 2014, C.P. Jaime Orlando Santofimio G. Rad. 29195, señaló lo siguiente:

“Debe entenderse, entonces, que son, precisamente, las reglas de la sana crítica las que aconsejan que tanto el testigo sospechoso como el ex audito, se aprecie con mayor rigor, se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha o cuya percepción fue directa o se subvaloren. Pero sin que puedan desecharse bajo el argumento del parentesco, interés o falta de percepción directa, sino porque confrontados con el restante material probatorio resultan contradictorios, mentirosos, o cualquier circunstancia que a criterio del juez merezca su exclusión o subvaloración”.

Bajo este entendido, las pruebas testimoniales fueron valoradas en forma estricta y apreciadas en conjunto con las demás pruebas allegadas al proceso, destacando que no se evidencio la capacidad de alguno de ellos de engañar al despacho o que tuvieran la finalidad de obtener un beneficio económico. Al respecto se necesario señalar que “[...] el juez, como director del proceso, debe asumir la responsabilidad de valorar bajo parámetros objetivos todas las pruebas allegadas a la investigación. Sólo puede descartar aquellas respecto de las cuales compruebe su ilegalidad o que se han allegado indebida o inoportunamente y, en todo caso, cualquiera que se haya obtenido con la vulneración del debido proceso [...]”³².

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

³² Referencia Expediente T-1132315, Actor: Johana Luz Acosta Romero, sentencia T1090/05, Magistrado Ponente: CLARA INES VARGAS HERNANDEZ, Sala Novena Corte Constitucional, Sentencia T-1090/05.

³³ Sentencia SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDASUBSECCIÓN 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

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 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:

i.- 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.

ii.- Prescripción frente a las prestaciones sociales.

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.

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.

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.

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 hubo interrupción en los contratos de prestación de servicios, no configurándose el fenómeno de la prescripción, en razón a la terminación del vínculo contractual el día 30 de noviembre de 2016³⁶ y a la reclamación presentada el día 17 de agosto de 2018³⁷.

Tercer problema jurídico: ¿la demandante tiene derecho a la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devengaban los empleados del Hospital Meissen II 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

³⁶ Archivo digital PDF 01. Exp 2019-100.pdf. f 112.

³⁷ Archivo digital PDF 01. Exp 2019-100.pdf. fls. 58-63.

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. [...]”³⁸ (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, al 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 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”³⁹.

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 de la demandante, lo siguiente:

1.- El equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados públicos de la demandada en el periodo comprendido entre el 29 de noviembre de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2016, tomando como base de liquidación el valor mensual contratado con la demandante y realizar los descuentos de ley.

2.- El valor en el porcentaje que por Ley debió cancelar el Hospital Meissen II Nivel E.S.E. como empleador, por aportes al Sistema General de Seguridad Social entre el 29 de noviembre de 2010 y el 30 de noviembre de 2016, tomando como base de liquidación el valor contratado, 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, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante estos vínculos contractuales y en la eventualidad que no las has hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Las demás pretensiones se negarán con fundamento en lo siguiente:

1. 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

³⁸ 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

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, CP: 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

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00100-00

Demandante: Yenny Maritza Suárez Luna

Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

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:

[...]

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 dan los presupuestos legales para su reconocimiento.

2. Frente al reintegro retención en la fuente, ha dicho el Consejo de Estado que, 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 procedente⁴⁰.

Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ajustarse tomando como base el Índice de precios al consumidor (IPC) conforme a lo dispuesto en el CPACA art 187, inciso 4, y según la fórmula adoptada por la Sección Segunda.⁴¹: $R=R_h \times \text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$ ⁴².

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 acto administrativo contenido en la comunicación OJU-E-2423-2018 de fecha 29 de agosto de 2018, suscrito por la Jefe de la Oficina Jurídica de 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 Meissen II Nivel E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. y la señora YENNY MARITZA SUÁREZ LUNA, durante el periodo comprendido entre el 29 de noviembre de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2016.

TERCERO.- Condénese al Hospital Meissen II Nivel E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., a pagar a título de indemnización a favor de la señora YENNY MARITZA SUÁREZ LUNA, el equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados públicos del Hospital Meissen II Nivel E.S.E. por el tiempo laborado, esto es, desde el 29 de noviembre de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2016, tomando como base de liquidación el valor contratado y, el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales, y si existe diferencia entre los aportes realizados como

⁴⁰ Sentencia del 13 de junio de 2013 Exp. 042-13 Demandante: Alejandro Gómez Rodríguez, Demandado: Hospital San Fernando de Ama E.S.E, C.P: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 6 de octubre de 2016, Exp. No. 1773-15 Demandante: Jhon Gerardo Giraldo Rubio, C.P: William Hernández Gómez.

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.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral

Radicado: 110013335-017-2019-00100-00

Demandante: Yenny Maritza Suárez Luna

Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes en el porcentaje que le correspondía por todo el tiempo laborado

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

CUARTO. – Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ajustarse tomando como base el Índice de precios al consumidor (IPC) conforme a lo dispuesto en el CPACA art 187, inciso 4, y según la fórmula adoptada por la Sección Segunda.⁴³: $R=R_h \times \text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$ ⁴⁴.

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.

SÉPTIMO. – SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

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). EXPIDASE copia de conformidad con lo normado de conformidad con lo normado en el numeral 2º del artículo 114 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

CRP

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: **2337e9a5dcc28e0704f3fcdd086e9c57c1593d7eb03421b35838e3c846eb8edc**
Documento generado en 26/05/2021 01:51:18 PM

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

⁴³ Consejo de Estado Sección segunda Sentencia 5116-05 del 13 de julio de 2006.

⁴⁴ 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.