



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

JUZGADO VEINTITRÉS (23) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

SENTENCIA No. 062

Bogotá, D.C. once (11) de mayo dos mil veinte (2020)

Referencia : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema : CONTRATO REALIDAD
Radicación : 2018 - 00351
Demandante : JOSÉ ANTONIO GARCÍA
Demandado : SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.
Asunto : SENTENCIA DE 1ª. INSTANCIA.

ANTECEDENTES

Procede el despacho a dictar sentencia de primera instancia dentro del presente proceso, asunto presentado por el señor **JOSÉ ANTONIO GARCÍA** en contra de la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.-**

I. ANTECEDENTES

JOSÉ ANTONIO GARCÍA, actuando mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda tendiente a que se declaren las siguientes pretensiones:

*“2.1 Que se declare la **NULIDAD** del acto administrativo contenido en el **OFICIO OJU –E-1193-2017**, suscrito por **GLORIA EMPERATRIZ CARRETERO** jefe de la oficina asesora jurídica de **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, mediante el cual atendió la reclamación administrativa y negó la existencia de una única relación laboral en virtud del principio dela (sic) primacía de la realidad sobre las formalidades entre la parte actora y la E.S.E. demanda, además*

negó (sic) el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, así como las demás acreencias laborales generadas como consecuencia de la relación laboral con mi poderdante.

2.2 Que se declare la **NULIDAD** del acto administrativo contenido en el **OFICIO OJU – E-2395-2018**, suscrito por GLORIA EMPERATRIZ CARRETERO jefe de la oficina asesora jurídica de **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, mediante el cual atendió la reclamación administrativa y negó la existencia de una única relación laboral en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades entre la parte actora y la E.S.E. demanda, además negó (sic) el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, así como las demás acreencias laborales a que tiene derecho un **AUXILIAR DE FARMACIA** en al (sic) E.S.E. requerida

2.3 Que en aplicación del principio de **LA PRIMACIA DE LA REALIDAD FRENTE A LAS FORMALIDADES** en la relación laboral, en virtud de una relación legal y reglamentaria, **Y A TÍTULO DE REESTABELCIEMITNO (SIC) DEL DERECHO** se **DECLARE** la existencia de un único **VÍNCULO LABORAL A TÉRMINO INDEFINIDO sin solución de continuidad**, entre el solicitante y la accionada desde el día 01 de junio de 2012 hasta el día 02 de mayo de 2017, por la naturaleza de la E.S.E., la función misional encomendada a mi poderdante inherente a la E.S.E., por la equidad o similitud de las condiciones laborales impuestas a mi poderdante respecto los trabajadores de planta y por haberse presentado todos los elementos de una relación laboral.

2.4 Que, en consecuencia, **A TÍTULO DE REESTABELCIEMITNO (SIC) DEL DERECHO** se **DECLARE** por vía de interpretación que mi asistido debió gozar de los mismos **DERECHOS ECONÓMICOS LABORALES** a que tenía derecho un empleado público bajo el cargo de **AUXILIAR DE FARMACIA** o su equivalente del área de la salud de la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** de conformidad con el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 2 del Decreto 1919 de 2002.

2.5 Que, de acuerdo a las determinaciones legales y a las anteriores declaraciones, a título de indemnización y **A REESTABELCIEMITNO (SIC) DEL DERECHO** se **DECLARE** el **RECONOCIMIENTO** y consecuente **PAGO** de los siguientes derechos al actor en contra de **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.**, sin desmedro de los demás que el despacho estime procedentes:

a) La suma correspondiente al reajuste de la DIFERNEDIA ENTRE LOS SALARIOS percibidos por mi poderdante respecto de los salarios recibidos por un empleado público de la planta bajo el cargo de **AUXILIAR DE FARMACIA** o su

equivalente del área de la salud de la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**

b) La suma correspondiente por concepto de PRIMA DE SERVICIOS desde el 01 de junio de 2012 hasta el día 02 de mayo de 2017.

c) La suma correspondiente por concepto de AUXILIO DE CESANTÍAS desde el 01 de junio de 2012 hasta el día 02 de mayo de 2017.

d) La suma correspondiente por concepto de INTERESES A LAS CESANTÍAS desde el 01 de junio de 2012 hasta el día 02 de mayo de 2017.

e) La suma correspondiente por concepto de VACACIONES desde el 01 de junio de 2012 hasta el día 02 de mayo de 2017.

f) La suma correspondiente por concepto de PRIMA DE VACACIONES desde el 01 de junio de 2012 hasta el día 02 de mayo de 2017.

g) La suma correspondiente por concepto de PRIMA DE NAVIDAD desde el 01 de junio de 2012 hasta el día 02 de mayo de 2017.

h) La suma correspondiente por concepto de BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN desde el 01 de junio de 2012 hasta el día 02 de mayo de 2017.

i) La suma correspondiente por concepto de BONIFICACIÓN POR SERVICIOS desde el 01 de junio de 2012 hasta el día 02 de mayo de 2017.

j) La suma correspondiente por concepto de reembolsos de SALUD, PENSIÓN Y ARL desde el 01 de junio de 2012 hasta el día 02 de mayo de 2017.

k) La suma correspondiente por concepto de APORTES A PENSIÓN NO REALIZADOS, desde el 01 de junio de 2012 hasta el día 02 de mayo de 2017.

l) La suma correspondiente por concepto en la RETENCIÓN EN LA FUENTE, desde el 01 de junio de 2012 hasta el día 02 de mayo de 2017.

m) La suma correspondiente por concepto de DOTACIONES no dadas, desde el 01 de junio de 2012 hasta el día 02 de mayo de 2017.

n) La suma correspondiente por concepto de RECARGOS DOMINICALES y FESTIVOS CAUSADOS, ASÍ COMO

COMPENSATORIOS desde el 01 de junio de 2012 hasta el día 02 de mayo de 2017.

o) La suma correspondiente a los demás derechos laborales, elementos integrantes de salario, prestaciones, horas extras, recargos legales, beneficios salariales, extra salariales y beneficios pactados convencionalmente, que tenía derecho mi poderdante, así como un AUXILIAR DEL ÁREA DE SALUD – AUXILIAR DE FARMACIA o su equivalente del área de la salud.

p) Condenar al sujeto pasivo a pagar a la parte actora la indemnización establecida en los artículos 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

q) Condenar a la accionada a pagar la indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no haber afiliado al Fondo Nacional del Ahorro a la actora.

r) Condenar a la demandada pagar la indemnización moratoria contemplada en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995.

s) La INDEXACIÓN de los derechos reconocidos.

t) Las COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, si se opone a este proceso, y resultare vencida en el mismo.

u) Que en virtud de la demanda se condene a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, o a la E.S.E que haga sus veces, a dar cumplimiento a la sentencia en la forma señalada en el artículo 192 del CPACA.”

HECHOS DE LA DEMANDA

Se plantean en la demanda los hechos que ya quedaron relacionados en el capítulo de la fijación del litigio.

“1.El accionante suscribió con la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. – contratos de prestación de servicios en el periodo comprendido entre el 01 de junio de 2012 hasta el 02 de mayo de 2017.-

2. El 13 de junio de 2017 el demandante radicó una petición en la SUBRED SUR E.S.E., con radicado No. 20173510108662, en la cual solicitó el reconocimiento y pago de acreencias laborales durante el tiempo que duro la relación laboral. (Copia visible a folio 25 a 27 del expediente).

3. La anterior petición fue resuelta en forma desfavorable por la Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, a través del Oficio No. OJU – E

-1193 del 27 de junio de 2017 – acto acusado-. (Copia visible a folios 32 a 35 del expediente)

4. Posteriormente el accionante presentó petición de fecha 13 de agosto de 2018, en el que solicita el reconocimiento de una relación laboral y el pago de las diferencias salariales existentes entre los trabajadores de planta y las pagadas desde el 01 de junio de 2012 hasta el 02 de mayo de 2017.-

5. La entidad accionada contesto la solicitud hecha por el accionante mediante el Oficio No. OJU – E- 2395 -2018 del 27 de agosto de 2018- acto acusado – negando lo solicitado por el accionante.- (Copia visible a folio 274 a 278)

6. Se tienen en cuenta las demás pruebas aportadas con la demanda y con la contestación de la demanda.”

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Invoca la parte demandante como violadas las siguientes normas:

Violación de normas constitucionales: artículos 13, 25, 53, 123 y 125.

Violación de normas legales:

Código Sustantivo del Trabajo: artículo 13, 22, 23 y 24.

Decreto 3135 de 1968, artículo 11.

Decreto 3148 de 1968.

Decreto 3138 de 1968.

Decreto 1848 de 1969.

Decreto 1042 de 1978, artículo 58.

Decreto 1045 de 1978, artículos 8, 17, 26, 32, 33, 40 y 45.

Ley 33 de 1985.

Ley 50 de 1990; artículo 99.

Ley 226 de 1966.

Ley 344 de 1996.

Ley 432 de 1998.

Decreto 1919 de 2002.

Manifiesta el apoderado de la parte accionante que el ordenamiento jurídico colombiano prevé con certeza el ideal de vincular personal con vocación de permanencia mediante la carrera administrativa, y que el contrato de prestación

de servicios debe ser una vinculación excepcional y no una práctica generalizada en la que se produzca un daño continuo a los derechos constitucionales como la igualdad, al trabajo, a la seguridad social, entre otros. Arguye que el contrato realidad no puede ser utilizado por las entidades administrativas para ocultar verdaderas relaciones de trabajo, ni para quebrantar su uso exclusivo. Indica que la actitud de la entidad accionada es contraria a la Constitución que ordena la primacía de la realidad sobre las formalidades. Hace referencias a pronunciamientos hechos por el Consejo de Estado en los que en casos similares al aquí demandado acceden a las pretensiones de la demanda y solicitó se de aplicación a la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016.-

OPOSICIÓN POR PARTE DE LA ENTIDAD ACCIONADA

La entidad contestó de forma oportuna la demanda mediante memorial visible a folios de 136 a 159 del expediente. Se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamento fáctico ni jurídico, explicó que la vinculación jurídica de la demandante con el hospital fue estrictamente contractual, por cuanto cumplía unas obligaciones contractuales y no desempeño ningún cargo, de modo que nunca tuvo la calidad de empleada por lo que no es posible que se accedan a las peticiones presentadas. Arguye que el accionante tenía conocimiento desde un comienzo que prestaría sus servicios en la modalidad de contrato de orden de servicios, ya que la entidad nunca le ocultó la clase de contrato que celebraría y fue aceptado por este. Indica que no se materializan los tres elementos que a juicio de pronunciamientos jurisprudenciales caracterizan una relación laboral, y que frente a los servicios profesionales de médicos, odontólogos, enfermeras, bacteriólogos, terapeutas, la entidad debe establecer turnos para el cumplimiento de las actividades, por cuanto, es lógico que con ello se permite la atención oportuna, eficiente, continua y con calidad de los pacientes en el tratamiento de su enfermedad o prevención y que esto no implica per se la configuración de una relación laboral. Expone que hay mala fe por parte del accionante, por cuanto desde siempre fue consciente de que su vinculación con la entidad se hacía bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, y este lo aceptó de forma voluntaria y con pleno consentimiento y capacidad, libre de presiones o situaciones que viciaran el consentimiento. Solicita que se declaren probadas las excepciones propuestas y desestimar las pretensiones de la demanda y proferir sentencia absolutoria exonerando al Hospital de todo lo alegado por el demandante.

ACTUACIÓN PROCESAL

Admitida la demanda en el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante providencia de fecha 16 de julio de 2017, se ordenó la notificación a la entidad demandada, misma que se realizó el 18 de diciembre de 2017.-

Mediante auto de fecha 29 de junio de 2018, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, fijó fecha para llevar acabo audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el día 31 de julio de 2018.

Llagado el día 31 de julio de 2018, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, se constituyó en audiencia, declarando probada la falta de competencia para conocer el asunto y ordenó remitir el expediente a los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá, para su conocimiento.

Una vez asigna la competencia al presente Despacho, se ordenó requerir a la parte demandante para que adecuara la demanda con el lleno de requisitos exigidos en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con el fin de avocar el conocimiento del presente medio de control.

Allegada la adecuación de la demanda con los anexos solicitados, mediante auto de fecha 25 de enero de 2019, se avoco conocimiento del proceso de la referencia.-

Mediante auto de fecha 14 de junio de 2019, se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El día 16 de julio de 2019, la Juez del Despacho se constituyó en audiencia pública, desarrollando cada una de las etapas previstas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., según consta en el Acta No. 064 de 2019¹, en la cual se fijó fecha para recepcionar los testimonios solicitados.

¹ Ver folio 310 a 312 del expediente.

El 17 de septiembre de 2019, se llevó a cabo la audiencia de testimonios decretadas según consta en el Acta No. 036 de 2019. (Fl. 320 y 321).

Una vez vencido el término probatorio y escuchados los testimonios solicitados se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión mediante auto de fecha 13 de diciembre de 2019 (fl. 358).

Alegatos de la parte demandante presentó sus alegatos dentro del término legal los cuales se encuentran visibles a folio 329 a 346, manifestó que entre las partes existió una relación de trabajo de carácter administrativo en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, propia de los trabajadores de planta, y en consecuencia debe proceder el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, así como las demás acreencias laborales generadas de la relación laboral. Arguye que el contrato de prestación de servicios no puede ser utilizado por las entidades administrativas para ocultar verdaderas relaciones de trabajo, ni para quebrantar su uso exclusivo y tampoco para menoscabar los derechos constitucionales.

Expone que la conducta de la entidad demandada es contraria primariamente al precepto del artículo 53 de la Constitución, en la que se ordena la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Indicó que el uso indiscriminado de contratos de prestación de servicios constituye una violación sistemática de la Constitución, razón por la que la Jurisprudencia ha establecido los casos en los que se configura una relación laboral, con independencia del nombre que le asignen las partes al contrato.

La parte accionada presentó sus alegatos dentro del término legal los cuales se encuentran visibles a folio 313 a 318, manifestó que las pretensiones no están llamadas a prosperar como quiera que no se demostró que en realidad hubiese trabajado para el ente demandado, pretendiendo la existencia de un contrato realidad y su consecuente pago de derechos de índole laboral.

Expuso que durante el tiempo que duró el vínculo laboral no existieron sumas por reconocer a favor del actor y que nunca presentó reclamos en relación a la forma de vinculación contractual.

Arguye que dentro del plenario no existe pruebas que indique que el demandante haya ejecutado sus actividades bajo dependencia o subordinación, que adicionalmente ejecutó sus actividades en un tiempo coordinado con los supervisores del contrato con el fin de que no se apartara del objeto contractual, lo que no implica el elemento de subordinación.

Indicó que en relación con la autonomía de la voluntad e independencia del contratista, se observa que el demandante en la ejecución de sus actividades debía cumplir un horario de turnos, pero no logro demostrar en forma fehaciente que las actividades derivadas del contrato de prestación de servicios las realizara bajo la continua subordinación o dependencia de la administración.

Concluye que la entidad siempre actuó de conformidad con los preceptos contenidos en cada uno de los contratos, que las partes al momento de suscripción de los contratos causales de inhabilidades o incompatibilidades que impidieran su perfeccionamiento; adicionalmente que las partes actuaron de buena fe, ciñéndose a la normatividad y a la ley procurando siempre la total transparencia administrativa frente a los contratos celebrados y que las partes desarrollaron el objeto contractual dando cumplimiento a las obligaciones recíprocas, por cuanto en ningún momento de la obligación contractual existieron objeciones o inconformidades en su celebración, ejecución o pago, por lo que solicitó que se emita un fallo absolutorio a las pretensiones de la demanda.

El Ministerio Público guardó silencio respecto a los alegatos de conclusión.-

CONSIDERACIONES

Se trata de decidir sobre la nulidad del **Oficio No. 201703510102211 del 29 de junio de 2017** y el **Oficio No. 201803510193261 del 28 de agosto de 2018**, expedido por la Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., en virtud de los cuales se negó el pago de acreencias laborales, prestaciones sociales, indemnizaciones y demás pagos de ley causados desde el 01 de junio de 2012 hasta el 02 de mayo de 2017, al señor JOSÉ ANTONIO GARCÍA.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que debe resolver el despacho son los siguientes:

Debe resolver el Juzgado si la demandante, pese a haber suscrito y ejecutado diversos contratos continuos de prestación de servicios con la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., tiene derecho a que se declare la existencia de un contrato realidad de carácter legal y reglamentario y si como consecuencia, se le deben reconocer y pagar las acreencias laborales percibidas durante el 01 de junio de 2012 hasta el 02 de mayo de 2017.

Para resolverlo tendremos en cuenta las premisas fácticas, las premisas normativas, las pruebas, las alegaciones de los apoderados y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial.

NORMAS APLICABLES AL CASO Y EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Los artículos 122 y 125 de la Constitución Política de 1991, contemplan la función pública, así:

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1)... ”

“Art. 125.- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...).”

La noción de empleo se encuentra prevista en el artículo 2 del Decreto 770 de 2005, que derogó el artículo 2 del Decreto 1042 de 1978 (lo concluyó la Corte Constitucional en la Sentencia C-422 de 2012), en el que se definió el empleo como *“el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”*.

El artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 señaló que:

*Artículo 7.- Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, **en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes** mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.*

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad” (Énfasis del Juzgado)

Así mismo, la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, en materia de empleo público consagra:

"Art. 19 El Empleo Público.

1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

2. El diseño de cada empleo debe contener:

a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;

b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;

c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales" (...)"

En cuanto a los empleos de las entidades territoriales el artículo 2 del Decreto 1569 de 1998 “por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación

de los empleos de las entidades territoriales que deben regularse por las disposiciones de la Ley 443 de 1998” dispone:

“Artículo 2.- De la Noción de Empleo. Se entiende por empleo el conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

Las funciones y los requisitos específicos para su ejercicio serán fijados por las autoridades competentes para crearlos, con sujeción a los generales determinados en el presente Decreto”.

Por su parte, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Único Disciplinario, establece en el numeral 29 del artículo [48](#) como falta gravísima:

“29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”.

De lo anterior se extrae que el ordenamiento jurídico consagró no sólo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también sanciona al servidor que utilice en indebida forma los contratos de prestación de servicios.

El contrato de prestación de servicios se encuentra previsto en el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, así:

“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.”

A su turno el Decreto 1510 del 17 de julio de 2013 “*Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública*”, vigente desde el 15 de agosto de 2013, dispuso:

“Artículo 60. Contratos de prestación de servicios de salud.

La entidad estatal que requiera la prestación de servicios de salud debe utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía. Las personas naturales o jurídicas que presten estos servicios deben estar inscritas en el registro que para el efecto lleve el Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces.

Artículo 81. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.

Las entidades estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la entidad estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la entidad estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La entidad estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos.” (Subrayas del Juzgado)

De conformidad con lo anterior, este tipo de contratos, puede ser prestado por personas naturales o jurídicas para cumplir actividades que no puedan ser desarrolladas por el personal de planta, diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal y los trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales; no genera relación laboral, es decir no da lugar al pago de prestaciones sociales y se entiende que se cumple con independencia y autonomía, bajo las reglas pactadas y por el tiempo de duración estipulado.

DEL CONTRATO REALIDAD. PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La Corte Constitucional² al estudiar la constitucionalidad del numeral 3 de la ley 80 de 1993, señaló las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el laboral, y la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, cuando bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicio se esconde en realidad una relación de carácter laboral, así:

“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. (...)”

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.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de

² Corte Constitucional Sentencia C-154 de 1997- M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara

la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el **elemento de subordinación o dependencia** es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.” (Subraya el Juzgado)

Por su parte el Consejo de Estado³ respecto de contrato de prestación de servicios y el principio de la realidad sobre las formalidades establecidas, también ha sostenido:

“... el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarlas, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y 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.” (Subraya el Juzgado)

En palabras del Consejo de Estado⁴, “(...) el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.

³ Consejo de Estado Sección Segunda C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve- 15 de junio de 2011-Rad: 25000-23-25-000-2007-00395-01 (1129-10)

⁴ Sentencia del 27 de octubre de 2011 SCA, Sección Segunda, Subsección “A”; Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Radicación Número: 25000-23-25-000-2008-00070-01(1796-10), Actor: Miguel Antonio Parroquiano García.

La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica otorgar la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el solo hecho de trabajar para el Estado, pues para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la ley.”

Esta posición ha sido reiterada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias del 16 de febrero de 2012, expediente No. 41001-23-31-000-2001-00050-01 (1187-11) (C.P. Gerardo Arenas Monsalve), y del 2 de mayo de 2013, radicación número: 05001-23-31-000-2004-03742-01(2027-12) (Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón).

Adicionalmente, el Consejo de Estado en reciente sentencia del 13 de noviembre de 2014, proferida dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2012-00120-01 (4380-13) (C.P. Alfonso Vargas Rincón (E)), expuso que pese a que se haya realizado una vinculación bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, si el demandante logra demostrar el elemento de subordinación o dependencia, tiene derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales. Textualmente dijo:

“Así mismo, aunque se haya realizado una vinculación bajo la forma de contrato de prestación de servicios, si el interesado logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, (artículo 53 Constitución Política).

El anterior criterio ha sido sostenido por esta Corporación⁵ en los siguientes términos, insistiendo en la importancia de la subordinación:

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la

⁵ Expediente 0245-2003, citado en la sentencia del 13 de noviembre de 2014, proferida dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2012-00120-01 (4380-13) (C.P. Alfonso Vargas Rincón (E)).

existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

(...)

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público

(...)”

DEL CONTRATO REALIDAD EN MATERIA DE SERVICIOS DE SALUD.

En reiteradas ocasiones ha afirmado la jurisprudencia del Consejo de Estado que *“en el caso de quienes prestan servicios de salud es válida la suscripción de Contratos de Prestación de Servicios, en tanto sus servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la entidad respectiva o cuando para tal efecto se requiere de conocimientos especializados, de tal manera que en atención a situaciones excepcionales que se requieren para la prestación del servicio médico en sus diferentes disciplinas y a la autonomía e independencia inherente a la aplicación y ejercicio del mismo, se ha habilitado dicha modalidad para la contratación del personal en los servicios en salud.”*⁶

El Consejo de Estado, también ha sostenido que si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud, *“la especialidad de que se revisten los servicios de salud –tratándose de personas naturales-, no excluye por sí sola la posibilidad del empleo público y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado al extralimitar el contenido real y la naturaleza de un contrato de prestación de servicios, de manera que no puede*

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 1 de marzo de 2012, expediente No. 25000-23-25-000-2008-00344-01(0681-11), C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

admitirse de forma absoluta que en cuanto a tales servicios no quepa la figura del contrato realidad”, máxime si la prestación del servicio de salud constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las entidades estatales prestadoras del mismo.⁷ (Subrayas fuera del texto original)

Por lo anterior, en cada caso deben revisarse las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios, en aras de establecer la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes.

EL CASO CONCRETO

El señor JOSÉ ANTONIO GARCÍA solicita que se declare que existió una relación de naturaleza laboral al ejecutar los diversos contratos de prestación de servicios que suscribió con la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS EN SALUD SUR E.S.E., y que en consecuencia tiene derecho a que la entidad le reconozca y pague todos los derechos laborales y prestacionales derivados de tal relación, en aplicación del principio de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de la Carta Política.

Se procederá entonces a establecer si este caso se cumplieron los requisitos del contrato realidad, esto es: i) la prestación personal del servicio, ii) la remuneración y iii) la subordinación o dependencia, pese a que la vinculación se hizo a modo de contratos de prestación de servicios.

DE LA PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO:

De acuerdo con las pruebas aportadas e incorporadas al expediente, se demuestra que el señor JOSÉ ANTONIO GARCÍA prestó en forma personal sus servicios, en desarrollo de múltiples contratos de prestación de servicios suscritos con el HOSPITAL EL TUNAL E.S.E. TERCER NIVEL – SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS EN SALUD SUR E.S.E. Este aspecto no lo discuten las partes.

Además de la lectura de los contratos de prestación que obran en el expediente, se lee claramente que el objeto de los mismos fue “* *Cumplir con buenas prácticas de almacenamiento, garantizando limpieza, organización, señalización,*

⁷ *Ibíd.*

semaforización, control de fecha de vencimientos, control de condiciones de Temperatura- Humedad, control de medicamentos y dispositivos médicos. ** El auxiliar de farmacia se ubicará en el área asignada según las agendas programadas para el área (Farmacia de Urgencias, Consulta Externa, Cirugía y bodega). * * Entrega y recibo de turno: la entrega de turno es el procedimiento por medio del cual se recibe informe de los elementos existentes en el inventario de las novedades en el turno asignado según las agendas programadas. * ** Recepción de las prescripciones médicas que se direccionan de las áreas Hospitalarias. * * Recepción y dispensación de dispositivos médicos que se direccionan de las áreas Hospitalarias. * ** Aislamiento y verificación del carro de medicamentos según prescripción médica antes de ser entregados a los servicios. ** Realizar el cargo al paciente de medicamentos y dispositivos médicos al sistema el cual incluye la cantidad previa verificación que los datos estén correctos. * ** Entrega de los carros de medicamentos al Profesional de enfermería de cada área de manera presencial realizando el respectivo chequeo y registro. * * Alistar las canastas del área quirúrgica para partos, legrados, cesáreas, oftalmología y cirugía general. * * Recepcionar genera factura y dispensar los medicamentos solicitados por Consulta Externa según protocolo institucional. ** Entregar facturas de medicamentos dispensados por Consulta externa al área de tesorería. * * Reportar tres meses antes del vencimiento los medicamentos para agilizar su rotación ejecutando el sistema FEFO o PEPS. * ** Recepcionar la devolución de medicamentos según protocolo. * * Verificar que el inventario se encuentre completo y en buen estado confrontado lo físico con lo registrado en el sistema de información. ** Realizar los pedidos a la Bodega de Farmacia de medicamentos y dispositivos médicos. * **Atención oportuna, con calidad humana hacia el usuario interno y externo. * * Recepción y verificación de documentos para medicamentos y dispositivos médico NO-PQS. ** Recepción y dispensación de prescripciones para medicamentos CONTROLADOS y registro correspondiente. * * Asistir a las reuniones programadas para el servicio. * * Responder a la glosa que le sea imputada. * * Cumplimiento de todos los procedimientos, instructivos, guías, manuales, protocolos y demás documentación establecida por la institución que describa las actividades nombradas con anterioridad. ** Todas las demás actividades que le sean asignadas para garantizar el normal funcionamiento de los procesos del servicio farmacéutico. ** Velar por la mínima estancia hospitalaria de los pacientes. * Informar al departamento las novedades presentadas durante la ejecución del contrato (Incapacidades, ausencias, suspensiones y reinicios). * Participar

activamente en la garantía de la Seguridad del paciente durante su permanencia en la Entidad (...). ” (Fs. 173 del expediente).

Por otro lado, el señor JOSE ANTONIO GARCÍA señaló en el interrogatorio solicitado por la parte accionada cuales eran las funciones que debía desempeñar y el horario que desempeñaba para desarrollar el objeto contractual. Textualmente indicó:

“(…) PREGUNTADO: Señor José en relación con las actividades que usted realizaba usted nos puede indicar que actividades ejercía. **RESPONDIÓ:** Inventario, surtido de medicamentos, recepción de fórmula, recepción de controlados, llevar libros de controlados, entregar en pisos, recepción de medicamentos y todo lo relacionado con medicamentos del Hospital El tunal, farmacia central. **PREGUNTADO:** Señor José en relación las actividades que me acaba de mencionar estas se encontraban escritas en los contratos de prestación de servicios que usted suscribió o ejerció alguna otra actividad que no estuviera en los contratos **RESPONDIÓ:** Pues casi nunca nos daban copia de los contratos, nosotros cuando íbamos a firmar leíamos un poquito en sí, la mayoría de actividades estaban relacionadas con lo decía el contrato. **PREGUNTADO:** Nos puede indicar señor José Antonio en los períodos que usted realizo actividades a favor del Hospital que tipo de instrucciones recibía usted, nos puede dar ejemplos de las instrucciones que recibía **RESPONDIÓ:** Inicialmente recibíamos órdenes de los regentes de farmacia y en su orden ascendente el químico, la coordinadora de farmacia y el gerente todos nos daban órdenes. **PREGUNTADO:** Que tipo de ordenes recibí, un ejemplo. **RESPONDIÓ:** Teníamos que estar al día con todo lo relacionado con medicamentos, alistamiento, surtido, despacho, llevar los medicamentos a los pisos (...)

(...)

PREGUNTADO: Las personas que le daban órdenes a usted eran las mismas que le daban órdenes a aquellos trabajadores de planta que usted menciona **RESPONDIÓ:** Efectivamente los de planta y nosotros recibíamos órdenes del orden jerárquico. **PREGUNTADO:** Usted debía ejercer sus funciones de manera personal **RESPONDIÓ:** Claro, efectivamente esa era la función principal. **PREGUNTADO:** Quien le suministraba a usted los elementos para cumplir sus funciones. **RESPONDIÓ:** Inicialmente los regentes farmacia, ellos era los que se encargaban de suministrarnos los medicamentos, pedidos a la bodega, papelería, computadores y toso eso, ellos nos daban esa herramienta para trabajar. **PREGUNTADO:** Tenía usted algún tipo de horario. **RESPONDIÓ:** Sí, yo realice

horario de doce hora cada tercer día, también de seis horas de siete de la mañana a una de la tarde y de una de la tarde a siete de la noche, ellos planificaban la forma de trabajar de nosotros. **PREGUNTADO:** Podía usted reemplazar en el ejercicio de sus funciones a un funcionario de planta. **RESPONDIÓ:** Claro con la experiencia que tengo yo de más de 40 años, efectivamente yo hacía de todo ahí. (...)”

De igual manera indicó la señora **MARTHA PATRICIA VILLAMIL SANDOVAL**, frente al horario y funciones que cumplía el accionante, manifestando lo siguiente:

“(…)

PREGUNTADO: Conoce el cargo que desempeñaba el señor José Antonio. **RESPONDIÓ:** Auxiliar de farmacia. **PREGUNTADO:** Conoce que funciones desarrollaba el señor José. **RESPONDIÓ:** Pues desarrollábamos las mías, nos tocaba la dispensación, dosificación, recepción técnica, mirar fechas de vencimiento, descargar los medicamentos de control, llevar los carros a los pisos, hacer devoluciones, devolver inventarios, etc.

(…)

PREGUNTADO: El señor José Antonio debía cumplir algún horario. **RESPONDIÓ:** Allá todos cumplíamos horario, desde los de planta hasta los de contrato, habían horarios de siete de la mañana a una de la tarde, de una de la tarde a siete de la noche y de siete de la noche a siete de la mañana, noche de por medio. **PREGUNTADO:** El señor José Antonio podía reemplazar a uno de planta en ejercicio de sus funciones como auxiliar de farmacia. **RESPONDIÓ:** Si lo delegaba los jefes, claro que sí. **PREGUNTADO:** En la entidad como era el trámite para solicitar un permiso. **RESPONDIÓ:** Nosotros por ser de contrato era muy difícil, nos tocaba doblarnos de turno para poder ausentarnos, nosotros hablamos con un compañero para que él nos hiciera el turno y nosotros después lo devolvíamos y viceversa.

(…)

PREGUNTADO: Nos puede dar ejemplos de las ordenes o instrucciones que usted manifestó que recibía el señor José Antonio. **RESPONDIÓ:** Claro que si... nos entregaban el carrito y nos decían a usted le toca ver el cuarto sur o cuarto norte, tiene que dispensar las ucis, les toca subirse a urgencias, hacer las devoluciones, descargar libros, ese tipo de órdenes. **PREGUNTADO:** Usted puede indicar si esas funciones estaban en el contrato que el señor José suscribió. **RESPONDIÓ:** Si señora esas estaban en el contrato de prestación de servicios (...) **PREGUNTADO:** Usted puede indicar cuál fue el horario que él

estuvo ejerciendo durante los últimos dos meses. RESPONDIÓ: Estábamos en la mañana y el último mes estuvimos en la tarde. (...)

Frente al testimonio recibido por parte de la señora LILIANA ANDREA GUERRERO ROMERO, en el que indicó el horario y funciones desempeñadas por el accionante, tenemos.

“RESPONDIÓ: Si señor Auxiliar de farmacia. PREGUNTADO: Que funciones desempeñaba él. RESPONDIÓ: La función de él, básicamente era hacer dispensación de medicamentos, de material médico quirúrgico, alistamiento de carro para piso, se realizaba pedido, se hacía conteo de controlados, se participaba en los inventarios periódicos que se hacían en la institución. PREGUNTADO: Sabe o le consta si recibió órdenes o instrucciones para el cumplimiento de sus funciones.

(...)

PREGUNTADO: El señor José Antonio tenía algún horario. RESPONDIÓ: Sí, sí señor, ellos sacaban la malla de los turnos mensual y era publicada en cada farmacia. PREGUNTADO: Que turnos eran estos. RESPONDIÓ: Pues los turnos variaban, habían turnos de seis horas, de doce horas o de día de por medio y en la noche, pero esos eran básicamente y los fines de semana también se trabajaba. PREGUNTADO: Sabe usted si habían trabajadores de planta que estuvieran en el cargo de auxiliar de farmacia. RESPONDIÓ: Si señor, habían tres personas de planta. PREGUNTADO: Quienes. RESPONDIÓ: Nelson Castro, Walter Díaz y Amanda Peralta. PREGUNTADO: Que funciones realizaban ellos. PREGUNTADO: Ellos realizaban las mismas funciones que nosotros. PREGUNTADO: Ellos también recibían órdenes de los mismos supervisores del señor José Antonio. PREGUNTADO: Si, sí señor. PREGUNTADO: El señor José Antonio podía reemplazar a un trabajador de planta. PREGUNTADO: Muchas veces los contratistas debían suplir la ausencia de los empleados de planta. PREGUNTADO: El señor José Antoni podía enviar a otra persona para que realizara su trabajo o lo tenía que realizar el mismo. PREGUNTADO: Si claro, nosotros podíamos cambiar turno entre nosotros mismos contratistas de la misma institución, pues asumiendo el pago del turno. PREGUNTADO: Para solicitar permiso o poderse ausentar del lugar de trabajo, ustedes tenían que hacer algún trámite ante su superior a algo similar. PREGUNTADO: En algunas ocasiones se manejaba cambio de horario de turno o en otras ocasiones eran nada más de forma verbal.

(...)

PREGUNTADO: Usted me puede informar si las actividades que realizaba el señor José Antonio eran las que las mismas del contrato de prestación de servicios que ustedes suscribieron. **PREGUNTADO:** Las funciones que el realizaba era el alistamiento y entrega de medicamentos y dispositivos médicos, a veces por ventanilla o directamente en cada servicio. **PREGUNTADO:** Esas actividades están concretamente en los contratos que ustedes suscribían **PREGUNTADO:** la verdad nosotros no teníamos casi acceso a los contratos. **PREGUNTADO:** Entonces como sabían que actividades debían realizar de acuerdo a sus contratos. **PREGUNTADO:** Por que las órdenes eran verbales, ellos directamente nos decían que era lo que teníamos que hacer. **PREGUNTADO:** Usted sabe si el señor José Antonio a fin de mes llenaba algo o un formato de cumplimiento de actividades. **PREGUNTADO:** Sí, sí señora. **PREGUNTADO:** Usted sabe si estas actividades estaban descritas en los contratos de acuerdo al cumplimiento de metas. **PREGUNTADO:** Por eso te digo nosotros a los contratos no teníamos mucho acceso, es más las prórrogas y adiciones siempre las firmábamos vencidas. **PREGUNTADO:** Nos podría dar ejemplos de que ordenes e instrucciones recibía el señor José Antonio en el ejercicio de sus actividades. **PREGUNTADO:** Tenían que entregar un inventario de los controlados a diario, así como medicamentos de alto costo y lo mismo se asignaba a diario que servicio debía entregar, tenía que alistar e ir a entregar a cada servicio. **PREGUNTADO:** Como sabía el señor José Antonio que actividades debía realizar en su turno. **PREGUNTADO:** Eso lo programaban semanal o mensualmente y se les indicaba que servicio tenían y ya sabía que tenía que hacer a diario. (...)”

El cumplimiento de horario laboral diario por parte del demandante es prueba de que el señor JOSÉ ANTONIO GARCIA debía prestar personalmente el servicio, en consecuencia no podía delegar esta obligación en un tercero.

De otro lado, se señala que para desarrollar el objeto contractual la demandante debía cumplir horario de una de la tarde a siete y treinta de la noche todos los días.

DE LA REMUNERACIÓN

En los diversos contratos de prestación de servicios que obran en expediente (folios 46 a 66), se verifica que la entidad le fijó al señor JOSÉ ANTONIO GARCÍA una retribución por sus servicios como Auxiliar de Farmacia, que recibía mensualmente de parte del HOSPITAL TUNAL NIVEL III – SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS EN SALUD SUR E.S.E., y que se efectuarían *por mensualidades vencidas y de conformidad con los valores estipulados en la*

certificación de cumplimiento que para este efecto expida el encargado del control de la ejecución del presente contrato.

SUBORDINACIÓN O DEPENDENCIA

Este es, en últimas, el requisito que marca jurídicamente la diferencia entre un contrato de prestación de servicios y uno laboral.

En caso *sub examiné* se comprobó que pese a haberse formalizado la vinculación del actor a través de contratos de prestación de servicios, a la hora de ejecutarlos existió subordinación a la entidad como si se tratara de una relación laboral, pues el demandante debía recibir y cumplir órdenes impartidas por superiores, cumplir horario, igual que los empleados y compañeros de planta de la entidad, es decir, que los contratos se desarrollaron sin la autonomía legal propia de un contratista, no goza de autonomía del contratista, pues como auxiliar debe recibir órdenes de superiores.

De acuerdo con la subordinación el accionante JOSÉ ANTONIO GARCÍA indicó lo siguiente:

“(…)

PREGUNTADO: Tuvo usted algún llamado de atención a la hoja de vida o algún memorando **RESPONDIÓ:** En los siete años que estuve a Dios gracia nunca tuve un llamado de atención. **PREGUNTADO:** Fue sujeto de algún tipo de sanción disciplinarios **RESPONDIÓ:** Ninguna. (...) **PREGUNTADO:** Como hacían para disfrutar de algún tipo de descanso, o periodo de descanso en los contratos. **RESPONDIÓ:** Nosotros los contratistas no teníamos ningún derecho a ningún descanso, solamente cuando pagábamos a otro compañero para ir a disfrutar un fin de semana, pero el personal de contratación no tiene ninguna prebenda en ese sentido. **PREGUNTADO:** Usted nos pudo indicar en la planta física estaba la central de farmacia donde usted prestaba el servicio **RESPONDIÓ:** La farmacia central en el primer piso. **PREGUNTADO:** Quienes fungieron como supervisores de su contrato don Antonio **RESPONDIÓ:** Por ejemplo estaba Nancy Parra, estaba también Mauricio que es el actual químico y varios químicos que en este momento ya no cuentan con los servicios en el hospital (...) no me acuerdo el nombre del antepenúltimo químico. **PREGUNTADO:** habían personas en la central de farmacia que ejercieran las mismas actividades que usted, que fueran de planta

RESPONDIÓ: Si estábamos nosotros los de prestación de servicios, pero adicional había personal de planta que tenía todas las garantías laborales y disfrutaban de muchas prebendas, nosotros realizábamos el trabajo más pesado y ellos el trabajo más suave. **PREGUNTADO:** Nos puede dar el nombre de las personas de planta a que usted se refiere **RESPONDIÓ:** Nelson castro, Amanda Peralta, Walter Díaz.

(...)

PREGUNTADO: Usted podía enviar a otra persona a realizar sus funciones, es decir, podía usted ausentar cuando usted quería en el desarrollo de sus funciones **RESPONDIÓ:** Si, me tocaba con mis propios compañeros de prestación de servicio, ya fuera en plata o en tiempo para poder ir hacer alguna diligencia o descansar o que se yo. **PREGUNTADO:** Usted utilizaba algún tipo de uniforme. **RESPONDIÓ:** Si, efectivamente nosotros teníamos uniforme porque la parte hospitalaria la exige, pero ese uniforme cada uno de nosotros tenía que comprarlo con el salario que nos pagaba el hospital. **PREGUNTADO:** Usted tenía algún documento que lo identificara como trabajador de la entidad, un carné o el uniforme tenía algún símbolo. **RESPONDIÓ:** Si nosotros manejábamos un carné de identificación personal, ahí aparecía el nombre, el tipo de sangre, el número de documento y el cargo que uno desarrollaba en el hospital. **PREGUNTADO:** Como era el proceso para que usted pudiera ausentarse en la prestación de sus servicios cuando laboraba para la entidad. **RESPONDIÓ:** Teníamos que pasar una orden donde estaba autorizado por la persona inmediata el gerente de farmacia o el químico, donde constaba el tiempo y el nombre de la persona que nos iba a reemplazar y la forma como se iba a reponer ese tiempo. **PREGUNTADO:** Usted laboro horas extras. **RESPONDIÓ:** Pues extras como tal, la institución no nos pagaba, si a veces salíamos 8 o 9 de la noche, pero ese tiempo nunca fue reconocido por la institución, ósea que en este caso no podríamos decir que eran horas extras, las extras las hacíamos nosotros personalmente, pero la institución económicamente no nos reconocía nada. **PREGUNTADO:** Que tan frecuente eran estos trabajos extras y nocturnos que usted hace alusión. **RESPONDIÓ:** Varias veces a la semana, inclusive los fines de semana que no venía alguien nos tocaba entre todos sacara el trabajo, laborar hasta bastante tardecito para que el trabajo no quedara acumulado (...)"

En el mismo sentido la testigo señora MARTHA PATRICIA VILLAMIL SANDOVAL, señaló que el accionante debía:

"(...) PREGUNTADO: El señor José Antonio recibió órdenes para cumplir sus funciones. **RESPONDIÓ:** Si claro nosotros recibíamos

funciones de los jefes que eran los regentes y los químicos. **PREGUNTADO:** Puede mencionar alguno de los regentes o los químicos que le dieron órdenes. **RESPONDIÓ:** Alex, Nancy, Lina, no me acuerdo de más. **PREGUNTADO:** Que tipo de ordenes le suministraban. **RESPONDIÓ:** Pues lo de los carros, que debíamos estar pendiente de los carros, medicamentos de control, de todo lo que hacíamos, de todo lo que realizábamos ellos estaban pendientes de nosotros ... porque se demoraron ... porque hacen esto ... y si hacíamos algo mal obviamente nos corregían. **PREGUNTADO:** Sabe usted si había auxiliares de farmacia de planta. **RESPONDIÓ:** Claro que sí señor. **PREGUNTADO:** Puede nombrarlos. **RESPONDIÓ:** Estaba Nelson Castro, Walter Díaz, Amanda Peralte y otros que se salieron de esa área, los reubicaron en otras áreas. **PREGUNTADO:** Que funciones desempeñaban ellos. **RESPONDIÓ:** Totalmente las mismas que nosotros, ellos también hacían lo mismo, la dosificación, todo, totalmente igual como nosotros, con la diferencia que a nosotros los de contrato nos tocaba trabajar todos los domingos y festivos y las noches porque a los de planta no los dejaban. **PREGUNTADO:** Ellos también recibían órdenes de los mismos supervisores de ustedes. **RESPONDIÓ:** Claro que sí señor, los mismos jefes. **PREGUNTADO:** Usted sabe si el señor José Antonio debía cumplir sus funciones de manera personal o podía nombrar a un tercero. **RESPONDIÓ:** No, no señor le tocaba a él, **PREGUNTADO:** Quien le suministraba a él las herramientas para ejercer sus funciones. **RESPONDIÓ:** El Hospital nos daba todas las herramientas para ejercer las actividades que teníamos que hacer. **PREGUNTADO:** Que tipo de herramientas. **RESPONDIÓ:** Desde los computadores, los teclados, todo, los escritorios, los insumos, la papelería, todo, para poder hacer nuestras actividades, obviamente el hospital nos daba todos los insumos (...) **PREGUNTADO:** A usted le consta que el señor José Antonio haya recibido llamados de atención de manera individual, o de manera colectiva. **RESPONDIÓ:** Pues a nosotros nos llamaban la atención, sí claro, nos hacían reunión y nos llamaban la atención colectivamente (...)

Por otro lado está el testimonio de la señora LILIANA ANDREA GUERRERO ROMERO, en el que coincide con los demás declaraciones recibidas en el sentido de indicar que frente a la subordinación lo siguiente:

“(....)

RESPONDIÓ: Si señor, siempre había alguien que nos decía que debíamos hacer. **PREGUNTADO:** Quienes eran esas personas. **RESPONDIÓ:** Regentes de farmacia y químicos farmacéuticos. **PREGUNTADO:** Me puede mencionar alguno de ellos nombre y apellidos que recuerde. **RESPONDIÓ:** Hugo Marín, Lina Rodríguez, Nancy Parra, Javier Carranza, entre otros. **PREGUNTADO:** Que ordenes le suministraba. **RESPONDIÓ:** Pues no decía que teníamos que entregar los medicamentos debidamente a cada piso, a cada auxiliar se le asignaba el piso a donde debía entregar los medicamentos, los inventarios diarios que debían tener. **PREGUNTADO:** El señor José Antonio debía ejercer sus funciones de manera personal. **RESPONDIÓ:** Si, sí señor. **PREGUNTADO:** Quien le suministraba las herramientas y los medios para ejercer sus funciones. **RESPONDIÓ:** El Hospital.

PREGUNTADO: Que tipo de herramientas o medios le suministraban **RESPONDIÓ:** Los computadores, escritorios, neveras donde se guardaba el medicamento, los carros donde eran transportados los medicamentos, toda la estantería donde eran guardados los medicamentos.

(...)

PREGUNTADO: Ustedes usaban algún tipo de uniforme. **PREGUNTADO:** Uniforme sí señor, pero era asumido por nosotros mismos. **PREGUNTADO:** Tenían ustedes algún documento o prenda que los identificara como trabajador de la Subred, ya fuera uniforme, un carnet o algo similar. **PREGUNTADO:** El carnet sí señor. **PREGUNTADO:** Que contenía dicho carnet. **PREGUNTADO:** El nombre de la institución en la cual trabajábamos, nuestro nombre, nuestro cargo, número de documento. **PREGUNTADO:** Con qué frecuencia laboraban horarios extras, dominicales, festivos. **PREGUNTADO:** Allá siempre faltaba personal entonces eran muchas las ocasiones en que le tocaba a uno doblarse de turno, o que no llegó la persona de la noche entonces hay que cubrirlo.”

Como se puede verificar, el demandante se encontraba subordinado plenamente a las instrucciones impartidas por los superiores del HOSPITAL TUNAL – SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS EN SALUD SUR E.S.E., a través de los Regentes de Farmacia y Químicos Farmacéuticos, entre los que se encontraban como coinciden los declarantes en nombrarlos Hugo Marín, Lina Rodríguez, Nancy Parra, Javier Carranza, en cuanto al modo, tiempo y cantidad de trabajo. Igualmente, quedó demostrado que no existía ninguna diferencia entre las funciones que desarrollaba el personal de planta y el vinculado por contrato de prestación de servicios, puesto que los turnos de trabajo se establecían sin distinguir el tipo de vinculación.

En conclusión, respecto de las funciones desempeñadas por el demandante, se verifica que la regulación prevista para el personal de planta también gobernó al accionante, pese a su condición de contratista, en igualdad de condiciones a las que cumplían los auxiliares de farmacia, por lo tanto se trató del cumplimiento de funciones de carácter permanente para las cuales, por expresa disposición legal, está prohibida la celebración de contratos de prestación de servicios con la administración, lo que contradice el carácter temporal propio de este tipo de contratos.

De otro lado, se desvirtuó la transitoriedad de las funciones desempeñadas por el accionante, puesto que, contrario a lo que sostiene la entidad, la vinculación del demandante no fue para suplir actividades transitorias, sino que la misma perdura por más de 5 años, desde el 01 de junio de 2012 hasta el 02 de mayo de 2017. El contenido de los contratos ya transcritos muestra la imposibilidad del actor de cumplirlos en forma autónoma o que se trate de simple coordinación con la entidad. Según la Corte Constitucional (sentencia T-115 de 2015) la subordinación es el poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos.

Empero, es importante precisar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir al accionante la condición de empleado público, puesto que dicha calidad no se otorga por el sólo hecho de trabajar para el Estado. Así lo ha señalado el Consejo de Estado⁸:

*“Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de una relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, se insiste en este punto que **por el hecho de haber estado vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público**, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión (...)”*

DE LA INDEMNIZACIÓN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES

Igualmente el Consejo de Estado⁹ ha manifestado que en los casos en los cuales se desvirtúa el contrato de prestación de servicios la demandante tiene derecho a recibir una indemnización de las prestaciones sociales dejadas de cancelar, 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.*

⁸ C.E., Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 16 de febrero de 2012, expediente No. 41001-23-31-000-2001-00050-01 (1187-11), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁹ Consejo de Estado- Sección Segunda- C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve- 15 de junio de 2011- Radicación: 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10)

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 existe 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 de esta Corporación 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:

"En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, la Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización".

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."

En consecuencia, es del caso acceder al reconocimiento de las prestaciones sociales que devengaba otro funcionario de planta en un cargo equivalente¹⁰, así como el pago de los aportes al sistema de seguridad social (Salud y Pensión) en la cuota parte correspondiente a la entidad.

Ahora, indistintamente de que haya existido o no solución de continuidad entre una y otra vinculación, ante el abuso de la entidad de los contratos de prestación de servicios lo que se debe reparar es el daño antijurídico que se le causó al demandante. Así lo ha aplicado el Consejo de Estado¹¹:

“Si bien debe aceptarse que durante la prestación del servicio se presentaron interrupciones de 1 mes y 20 días; 1 mes y 26 días, 3 meses y 13 días, 17 días, 1 día, 2 días y 1 mes y 21 días, tal situación lo que evidencia es la irregularidad de la Administración al mantener a un contratista prestando labores permanentes y ordinarias al servicio de la Función Pública debiéndose en consecuencia reparar el daño de la conducta antijurídica, al ser imposible retrotraer la situación al estado anterior, derivada de la entidad demandada cuya liquidación incluirá para efectos prácticos la sumatoria de los extremos laborales incluyendo las interrupciones pero descontadas del total de las condenas.”

DE LA DEVOLUCIÓN DE LA RETENCIÓN EN LA FUENTE

La Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral¹² en cuanto al reintegro de las deducciones por retención en la fuente, expuso:

*“En cuanto a la pretensión de que le sea devuelta la retención en la fuente correspondiente a cada uno de los cuatro contratos que suscribió con el municipio, hay que decir que se trataría de una **cuestión de índole tributaria** ajena a lo que propiamente constituye el objeto de este litigio, por no tratarse de un asunto de naturaleza laboral.*

En consecuencia, no sería procedente ordenar la devolución de la retención en la fuente, al no tratarse de un asunto laboral, sino tributario.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2014, expediente No. 68001-23-31-000-2010-00449-01 (1807-13), CP Alfonso Vargas Rincón.

¹¹ Sentencia del 11 de noviembre de 2009, SCA, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, Radicación Número: 680001-23-15-000-2004-02350-01(2486-08), Actor: Hilda Sonia Díaz Guzmán

¹² Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral- Sentencia de junio 29 de 2001, rad. 15499

DEL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR MORA EN EL PAGO DE LAS CESANTÍAS Y DEMÁS PRESTACIONES SOCIALES.

Se precisa que no hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales, toda vez que en el sector público la misma sólo se encuentra prevista en la Ley 244 de 1995 cuando se incumple el plazo para pagar el auxilio de cesantías, pero acatando la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando se declara la existencia de una relación laboral, dicha prestación tan solo se reconoce con la sentencia, la cual es constitutiva del derecho, por ende, es a partir de la misma que surgen las prestaciones en cabeza del beneficiario; en tales condiciones no resulta viable el reconocimiento de la sanción deprecada, ha sostenido el Consejo de Estado¹³. Bajo el anterior argumento también se negará el reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales y de las cesantías, máxime cuando tales indemnizaciones están previstas en normas que regulan las relaciones laborales de trabajadores del sector privado (ley 50/90 y Ley 244/95).

ANÁLISIS DE LA PRESCRIPCIÓN

El Consejo de Estado, en sentencia de unificación de la Sección Segunda, calendada el 25 de agosto de 2016, expediente número 23001-23-33-000-2013-002660-01(0088-2015). C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, ha puntualizado frente a la prescripción de los dineros pagados por concepto de aportes para pensión, lo siguiente:

«la imprescriptibilidad ... no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

¹³ Consejo de Estado en la sentencia del 27 de noviembre de 2014, expediente No. 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-2013), C.P. Gerardo Arenas Monsalve

Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiere hecho o existiese diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o complementar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador»¹⁴. (Negrilla fuera del texto).

En esa misma sentencia de unificación en la parte resolutive se estableció que en cada proceso en el que se reconozca el vínculo laboral se debe realizar el análisis de la prescripción en el caso concreto.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, aparece probado en el expediente que el demandante solicitó mediante derecho de petición formulado el **13 de junio de 2017** (f. 25 a 27), a la entidad demandada, se le reconociera y pagara de los derechos laborales junto con las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales en el período comprendido entre el 01 de junio de 2012 hasta 02 de mayo de 2017.-

Así las cosas se evidencia que el demandante, reclamó ante la entidad demandada sus pretensiones en torno al reconocimiento del contrato laboral, dentro del término legal por los que se concluye que no existe en el presente caso prescripción de las prestaciones sociales reclamadas durante el período reconocido.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda deben prosperar en la forma indicada, pues la parte demandante a través de las pruebas logró demostrar el cargo formulado de violación de la constitución y la ley en cuanto que el mencionado acto fue expedido con desconocimiento de las normas superiores invocadas, desvirtuando así la presunción de legalidad que lo amparaba.

La suma que deberá pagar la entidad condenada como consecuencia de la condena impuesta, deberá actualizarla de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo

¹⁴Sentencia CE-SUJ2 de 25 de agosto de 2016, M.P., Carmelo Perdomo Cuéter. Proceso número. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015). Demandante Lucinda María Cordero Causil. Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba).

que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial. La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Al tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, o según el periodo de causación de cada prestación, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas y el índice final el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la entidad demandada, de las cuales hacen parte las agencias derecho, pues conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 no se ha comprobado temeridad o mala fe del demandante. El H. Consejo de Estado ha señalado: “(...) *sólo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas*”¹⁵ y en vigencia de la Ley 1437/2011 ha reiterado¹⁶, acudiendo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-342/2008, que: “*En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia, **su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.***” (Énfasis del Juzgado). Tampoco se comprobaron los hechos que, conforme lo exige el artículo 365-8 del C.G. del P., dan lugar a las costas.

Para el cabal cumplimiento de esta sentencia la entidad demandada debe tener en cuenta los artículos 193 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, cuya observancia por parte de la administración debe darse sin necesidad de mandato judicial.

¹⁵ Sentencia 25 de mayo 2006 Subsección B, C. P. Dr. Jesús María Lemos, Radicación No. 25000-23-25-000-2001-04955-01 (2427-2004) Demandado: BOGOTÁ-D.C.- Sria. EDUCACIÓN.

¹⁶ Consejo de Estado- Sección Primera, auto del 17 de octubre de 2013, expediente No. 15001-23-33-000-2012-00282-01, C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Veintitrés (23) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declárase la **nulidad del Oficio No. 201703510102211 del 29 de junio de 2017 y el Oficio No. 201803510193261 del 28 de agosto de 20158**, por medio del cual la entidad accionada, le negó al accionante **JOSÉ ANTONIO GARCÍA** los derechos y acreencias laborales solicitados derivados de la relación laboral, de acuerdo con los motivos expuestos en la parte motiva de la providencia.-

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** al **HOSPITAL TUNAL hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS EN SALUD SUR E.S.E.**, a reconocer y pagar al señor **JOSÉ ANTONIO GARCÍA**, identificada con C.C. No. 19.263.572 de Bogotá, en forma indexada las prestaciones sociales y demás emolumentos legales, en igualdad de condiciones que un **AUXILIAR DE ENFERMERÍA** de la planta de personal de la entidad, con similares funciones, durante el período en el cual se demostró la existencia de la relación laboral, esto es desde el 01 de junio de 2012 hasta el 02 de mayo de 2017, esto es, de acuerdo con lo probado y consignado en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: SE CONDENA a la entidad demandada a pagar al actor los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes durante el periodo acreditado que prestó sus servicios.

CUARTO: DECLÁRASE que el tiempo laborado por el demandante a través de los contratos de prestación de servicios y sus adiciones o prórrogas, se deben computar para efectos pensionales.

QUINTO: La entidad debe pagar a la parte demandante los valores correspondientes de las prestaciones sociales de que tratan los numerales anteriores, actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE y

mediante la aplicación de la fórmula consignada en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda. No se condena en costas ni agencias en derecho a la entidad, por las razones expuestas.

SÉPTIMO: La entidad condenada dará cumplimiento al presente fallo, dentro de los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, sin necesidad de nuevo mandato judicial.

OCTAVO: En firme esta Sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE 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). Igualmente expídase a la parte demandante la primera copia íntegra y autentica de la misma, con constancia de ejecutoria, en los términos del numeral 2 del artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaria del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación y las anotaciones de ley, ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA TERESA LEYES BONILLA
JUEZ

PJA