

CONTRATO REALIDAD – Subordinación – Relación laboral – Prestaciones sociales – Base de liquidación

El artículo 53 de la Constitución Política que establece la prevalencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, que no puede ser escindido, sino concordado con la «irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales», por lo que una vez declarada la situación irregular del contrato de prestación de servicios, la lógica jurídica y la interpretación gramatical de la norma superior no debe ser otra que reconocer las garantías establecidas en las normas jurídicas. Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda de ordenar la indemnización reparatoria con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia.

CONTRATO REALIDAD – Efecto pensional – Seguridad social – Tiempo laborado – Utilidad

Esta Sección con el cambio Jurisprudencial prohíja la aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, respecto de una reparación integral de los daños causados por la Administración al momento de celebrar el contrato realidad, indicando que es apenas lógico que la condena ordene producir plenos efectos, ello es, que el tiempo laborado sea útil para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación. Así mismo, debe tenerse en cuenta el Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993, aplicable al sub-lite, el cual garantiza el cubrimiento de las contingencias, tales como Pensión y Salud; por su parte, el Decreto 1295 de 1994, dispuso la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Riesgos Profesionales y la Ley 21 de 1982 previó la afiliación a las Cajas de Compensación Familiar y el pago del subsidio familiar. Las prestaciones sociales han sido clasificadas, en general, dependiendo a cargo de quien está la obligación de efectuar el aporte, así, unas son a cargo del empleador [vr.gr. prestaciones comunes u ordinarias como primas, cesantías, riesgos profesionales, caja de compensación etc] y otras compartidas con el trabajador [vr.gr. pensión y salud]. Las vacaciones en cambio, no tienen la connotación de prestación salarial porque son un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Subordinación – Alcance

«Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.

Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.

En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.»

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00125-01(1851-12)

Actor: RUTH MARCELA MARTINEZ BENAVIDES

Demandado: LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO ESE EN LIQUIDACION

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 20 de octubre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró no probadas las excepciones y accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por Ruth Marcela Martínez Benavides contra la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad del Oficio LCGS-LIQ, sin número de 8 de octubre de 2007, por medio del cual el Agente Apoderado Liquidador de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, negó la petición de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y salarios; así mismo solicitó que los contratos celebrados entre la entidad demandada y la actora sean tenidos como prueba de una inequívoca situación legal y reglamentaria existente, no solo por la naturaleza de la labor encomendada, sino por haber presentado todos los elementos de una relación laboral.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó condenar a la entidad demandada al pago de las prestaciones sociales, teniendo en cuenta las funciones del cargo que ejercía contenidas en la Convención Colectiva del ISS vigente para los años 2001-2004 y por consiguiente se ordene a su favor el pago de: cesantías e intereses, vacaciones, primas de vacaciones, servicios, extralegal y navidad, horas extras,

incrementos de salario desde el 1º de enero de 2005 hasta el 30 de septiembre de 2007, el reintegro del valor de las pólizas, aportes a salud y pensión, retención en la fuente del 20 de octubre de 2004 al 30 de septiembre de 2007 y los valores dejados de percibir por concepto de auxilio de transporte, dotaciones e indemnización moratoria.

Solicitó el pago de 500 SMLMV originados en los perjuicios morales causados, junto con los intereses de mora si el pago no se hiciera efectivo dentro de la oportunidad señalada; y darle cumplimiento a la sentencia conforme lo prevén los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Como pretensiones subsidiarias, pidió que se declare la nulidad de los Contratos por haber sido expedidos de manera irregular y con desvío de poder y que la vinculación de la demandante fue como servidora pública y no como contratista de la Entidad.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

La demandante fue vinculada al cargo de Bacterióloga en el Centro de Atención Ambulatorio Carlos Echeverry Herrera (CAA-CEH) de Bogotá, mediante contratos de prestación de servicios hasta el 3 de septiembre de 2007, fecha en la que fue desvinculada.

Las funciones desempeñadas por la demandante eran iguales a las realizadas por los servidores públicos del Centro de Atención Ambulatorio Carlos Echeverry Herrera (CAA-CEH), pues, debía realizar las actividades asignadas en el programa de ETS - VIH/SIDA, esto es, tomar las muestras a pacientes portadores de VIH, las pruebas presuntivas para la detección del virus y las confirmatorias; apoyar a la recepción de pacientes de consulta externa, además de realizar las funciones de coordinadora encargada y bacterióloga cuando algún funcionario de planta salía de vacaciones; cumplía con las obligaciones descritas por su jefe inmediato, con el reglamento de trabajo y la jornada laboral.

Además de ejercer las mismas funciones que las bacteriólogas de planta de la Entidad, la demandante estaba sujeta al régimen de trabajo ya que cumplía un

horario, le eran aplicables las sanciones disciplinarias, y recibía órdenes de la Coordinadora del Laboratorio Clínico.

Las funciones que cumplía la actora como Bacterióloga no tuvieron solución de continuidad dado que, mediante el Decreto 1750 de 2003 se escindió por servicios el ISS y se crearon las Empresas Sociales del Estado, que pasaron a administrar las clínicas, por lo que el Centro de Atención Ambulatorio Carlos Echeverry Herrera (CCA), pasó a ser administrado por la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, y en tal sentido los servidores de las ESE se convirtieron en empleados públicos, salvo los que desempeñaban funciones de mantenimiento y de servicios generales quienes quedaron como trabajadores oficiales.

Una de las disposiciones del citado Decreto estableció que se respetarían los derechos adquiridos de los funcionarios de la entidad escindida y las situaciones jurídicas consolidadas.

Con la aplicación del Decreto 1750 de 26 de junio de 2003, se presentó el fenómeno de la sustitución patronal puesto que la identidad del Establecimiento se conservó y sus actividades cotidianas no sufrieron modificación alguna, por lo cual los Contratos de Trabajo se mantuvieron por el sustituto, de lo cual se deduce que la Convención Colectiva aplicable a los empleados del ISS se encontraba vigente en ese momento, tal como lo señala el artículo 53 del Decreto 2127 de 1945.

La demandante recibía únicamente su remuneración mensual a pesar de estar en condiciones de subordinación idénticas a las demás bacteriólogas que ocupaban el mismo cargo pero de planta, cumplía las mismas funciones y era programada en las mismas actividades, con la diferencia que cumplía una jornada laboral de 205 horas mensuales, mientras que las funcionarias de planta solo laboraban 176 horas en igual periodo y a ellas si se les pagaban recargos nocturnos, dominicales y horas extras. Tampoco la Institución le reconoció los incrementos salariales tal como lo señalaban los artículos 39 y 40 de la mencionada Convención Colectiva de Trabajo ni le otorgó la dotación necesaria para la prestación del servicio.

La demandante tenía derecho a percibir primas de vacaciones, servicios, extralegales, navidad y técnica, intereses a las cesantías, auxilios de transporte y médico y demás beneficios convencionales. Sin embargo, se le descontaba un

10% de lo percibido por el Contrato de Prestación de Servicios por concepto de Retención en la Fuente y el 15.5% para salud y pensión.

Fue despedida del cargo que desempeñaba el 3 de septiembre de 2007, razón por la cual el 1º de octubre de 2007 presentó derecho de petición en el que solicitó a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, el pago de las prestaciones sociales reclamadas en la presente demanda.

La Entidad demandada mediante Oficio N° LCGS - LIQ de 8 de octubre de 2007, contestó la anterior petición en forma negativa, aduciendo que entre la actora y la E.S.E. no existió una vinculación legal y reglamentaria o Contrato de Trabajo que le permitiera ostentar la calidad de empleada pública o trabajadora oficial.

Relacionó cada uno de los contratos suscritos con la entidad demandada e indicó que todos correspondieron a una vinculación de carácter laboral a término fijo, así:

1. Contrato N° 9804-04 de 21 de octubre al 6 de noviembre de 2004, por valor de \$821.995.

2. Contrato N° 11843-04 del 7 de noviembre de 2004 al 31 de enero de 2005, por valor de \$3.544.852, y adicional *“del 29 de diciembre de 2004”*, por valor de \$ 770.620.

3. Contrato N° 00099-05 de 1º de febrero al 31 de mayo de 2005, por valor de \$6.164.960.

4. Contrato N° 02931-05 de 1º de junio al 31 de agosto de 2005, por valor de \$4.623.720.

5. Contrato N° 06470-05 de 1º de septiembre al 10 de octubre de 2005, por valor de \$1.541.240.

6. Contrato N° 07221-05 del 11 de octubre de 2005 al 31 de enero de 2006 (No se especifica valor).

7. Contrato N° 09502-06 de 1º de febrero al 31 de mayo de 2006, por valor de \$4.854.906.

8. Contrato N° 12215-06 de 1º de junio al 10 de octubre de 2006, por valor de \$4.854.906.

9. Contrato N° 15238-06 de 11 de octubre al 30 de noviembre de 2006, por valor de \$2.697.170.

10. Contrato N° 017189-06 del 1º de diciembre de 2006 al 4 de enero de 2007, por valor de \$1.834.076.

11. Contrato N° 00099-07 de 5 de enero al 4 de julio de 2007 (No se especifica valor).

12. Contrato N° 03150-07 de 5 de julio al 3 de septiembre de 2007 (No se especifica valor), y los demás contratos o modificaciones en los cuales se estaba pagando mensualmente la suma de un \$1.541.240 hasta la fecha de su despido injusto, sumas mensuales inferiores a las que devengaban los funcionarios de planta que cumplían idénticas tareas.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas (fl. 16), se citan las siguientes:

Constitución Política, artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 125, 209 y 277; Leyes 4ª de 1990, artículo 8 y 790 de 2002; Decreto 1250 de 1970, artículos 5º y 71; “*art. (sic) 1660 (sic) de 1978*”; Decreto 2400 de 1968, artículos 26 inciso 2º, 40, 46 y 61; Decreto 1950 de 1973, artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242; Decreto 1333 de 1986 y Convención Colectiva de Trabajadores del ISS vigente para los años 2001 a 2004.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado judicial de la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones y propuso las excepciones

de improcedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Oficio LGCS - LIQ de 8 de octubre de 2007, Falta de Legitimación en la causa por pasiva, pago de las obligaciones contenidas en el Contrato de Prestación de Servicios, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia de la relación legal y reglamentaria de la accionante con la entidad, cobro de lo no debido y prescripción (fls. 35 a 44), con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación:

La actora pretende que surja a la vida jurídica una relación legal y reglamentaria a fin de obtener la calidad de empleada pública y generar obligaciones laborales inexistentes.

La E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento fue creada mediante el Decreto 1750 de 26 de junio de 2003 como una entidad pública, descentralizada del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Protección Social, cuyos servidores son empleados públicos vinculados por una relación legal y reglamentaria.

Se opuso a que la demandante se encontrara inmersa en una relación laboral, por las características del contrato de prestación de servicios en cuanto a la temporalidad del mismo y al cubrimiento de una necesidad concreta de la administración.

El ISS fue la Entidad que celebró la Convención Colectiva que la actora pretende que se le aplique, empero, como se trató de una persona jurídica diferente a la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, no está obligada a cumplir lo pactado pues nunca participó en el convenio laboral.

La accionante como contratista recibió las sumas de dinero pactadas como valor de los contratos de prestación de servicios personales, en cumplimiento del objeto contractual, adelantando actividades propias de su profesión, de manera coordinada con el personal de planta para lograr el buen funcionamiento de la unidad hospitalaria.

La señora Martínez Benavides no fue despedida, simplemente el Contrato de Prestación de Servicios terminó el 3 de septiembre de 2006.

En el contrato de prestación de servicios celebrado con la actora se pactó expresamente que la contratista era independiente y que no existía con ella relación laboral alguna.

El Decreto 1750 de 2003, por medio del cual creó, entre otras, la E.S.E Luís Carlos Galán Sarmiento, en el artículo 16 dispuso que *“para todos los efectos legales, los servidores de las Empresas Sociales del Estado creadas mediante este Decreto, serán empleados públicos.”*, declarado exequible mediante sentencia C-314 de 2004 de la Corte Constitucional.

La actora aceptó los Contratos de Prestación de Servicios de una manera libre y conciente, pues estos cumplían con los parámetros establecidos por la Ley 80 de 1993. Los Contratos de Prestación de Servicios suscritos con la accionante obedecían a que la planta de personal de la Entidad era insuficiente para la prestación de servicios especializados.

Por otra parte, no es posible reconocerle a la demandante la calidad de servidora pública porque la Entidad no profirió ningún acto administrativo de nombramiento mediante el cual se incorporara a la planta de personal.

En el presente asunto no se configuraron todos los elementos de la relación de trabajo lo cual hace que el vínculo entre la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento y la actora sea de naturaleza civil y comercial, por lo que no es posible confundir los criterios fijados por la Entidad demandada en materia de recursos de personal con los conceptos de subordinación, dependencia y horarios de trabajo.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de 20 de octubre de 2011, declaró no probadas las excepciones, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, anuló el acto administrativo acusado, condenó a la Entidad a pagarle a la actora las prestaciones sociales de carácter legal, teniendo como fundamento o base el monto de los honorarios mensuales pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios, en el periodo comprendido entre

el 20 de octubre de 2004 y el 3 de septiembre de 2007, dando cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A., y negó las demás pretensiones de la demanda (fls. 303-319) con fundamento en los siguientes argumentos:

El medio exceptivo de la improcedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no esta llamado a prosperar por cuanto el acto demandado negó los derechos laborales reclamados por la actora, independientemente de su vinculación laboral con la entidad demandada. La excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva tampoco se configura toda vez que el Oficio demandado fue expedido por la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento.

Las excepciones de cobro de lo no debido, ausencia de relación laboral, inexistencia del derecho reclamado, son alegaciones propias de la defensa y por tal razón serán resueltas con el fondo del asunto.

Como la excepción propuesta de pago de las obligaciones contractuales no es el objeto de la litis, no hay lugar a abordar su estudio, máxime si la controversia gira en torno a que se desvirtúe la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios.

Frente a la excepción de prescripción el A quo adopto la tesis trazada por el Consejo de Estado mediante sentencia N° 3074-2005 de 19 de febrero de 2009, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez e indicó que no hay lugar a declararla, toda vez que el fallo antes mencionado desvirtuó la existencia de los elementos constitutivos de un contrato de prestación de servicios y en su lugar reconoció la acreencias laborales reclamadas.

Abordó el estudio del Contrato de Prestación de Servicios establecido en el artículo 32 - 3 de la Ley 80 de 1993, el cual es procedente celebrarlo con entidades estatales, siempre y cuando las actividades contratadas a desarrollar no puedan ser ejecutadas por el personal de planta por ser ajenas al objeto social.

De las pruebas allegas al proceso se comprobó que la señora Ruth Marcela Martínez Benavides trabajó en el Laboratorio del Centro de Atención Ambulatorio Carlos Echeverry Herrera, desempeñando las mismas funciones de una bacterióloga vinculada a la planta de personal de la Entidad demandada.

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca como la del Consejo de Estado han sido congruentes en resolver que a esos “*contratistas de servicios*”, que como la demandante prestaron sus servicios en condiciones de igualdad a las personas vinculadas a la planta de personal de la respectiva entidad, se le debe reconocer, liquidar y pagar las prestaciones sociales, en razón a la desnaturalización del contrato de prestación de servicios, lo anterior de conformidad con lo establecido en los artículos 13, 25 y 228 de la Constitución Política.

Adicionalmente, los testimonios son uniformes en señalar que las actividades realizadas por la accionante eran las mismas que desempeñaba el personal de planta de la Entidad accionada, sometándose a turnos y cumpliendo horarios, de lo cual se concluye que se presentaron los 3 elementos de la relación laboral configurándose un contrato realidad.

En cuanto a la pensión y salud que asumió la actora, por tratarse presuntamente de un contrato de prestación de servicios, consideró que no hay lugar a ningún reconocimiento porque no se puede conferir la calidad de empleada pública, que le genera al empleador la obligación de aportar para tales conceptos.

Teniendo en cuenta que la demandante no probó la existencia de los perjuicios morales, no es posible reconocer el pago de 500 SMLMV solicitados por dicho concepto

EL RECURSO

La Entidad demandada interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia impugnada y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda (fls.321 -322), sustentó la alzada así:

La relación laboral de la actora se rigió bajo contratos de prestación de servicios, y por tanto no existió relación laboral alguna, pues no se configuraron los elementos para que se tipifique la misma.

La actora no estuvo sujeta a subordinación alguna ya que es totalmente distinto que en los contratos de prestación de servicios se haya designado un interventor del contrato y se haya establecido previamente una coordinación, cronograma o agenda de trabajo.

Lo anterior ha sido afirmado por El Consejo de Estado al señalar que *“...es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.”*

En el caso concreto, no existió una relación laboral, ya que a la demandante se le pagaron honorarios y no salarios como retribución del servicio. Además los contratos de prestación de servicios suscritos por la demandante y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento se rigieron por la Ley 80 de 1993.

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 1750 de 26 de junio de 2003, la naturaleza de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, es la de una entidad pública descentralizada del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de la Protección Social (sic).

No se demostró que la entidad demandada hubiese proferido un acto administrativo con el fin de vincular a la actora, en calidad de empleada pública a su planta de personal.

La demandante desarrolló las mismas funciones realizadas por otros bacteriólogos vinculados en forma legal y reglamentaria a la ESE demandada porque no existía personal de planta suficiente para satisfacer las obligaciones de la empresa, razón por la cual no es posible predicar la existencia de una relación laboral.

Como no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si la señora Ruth Marcela Martínez Benavides tiene derecho a que la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento - en Liquidación le pague las prestaciones legales y Convencionales que le adeuda como consecuencia del contrato realidad suscrito para el desempeño del cargo de Bacterióloga; o si por el contrario, los Contratos de Prestación de Servicios fueron celebrados conforme a la Ley 80 de 1993.

ACTO ACUSADO

Oficio No. LCGS-LIQ sin número de 8 de octubre de 2007, suscrito por el Liquidador de la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento - en Liquidación, a través del cual negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a la actora, en razón a que no existió Contrato Laboral alguno (fls. 4-7).

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

Vinculación con la Entidad demandada.

Entre la ESE demandada y la actora se suscribieron sucesivos Contratos de Prestación de Servicios Personales para desempeñar el cargo de bacterióloga, durante los siguientes periodos:

- Contrato de Prestación de Servicios Profesionales como Bacterióloga N° V.A. 019533 celebrado entre la actora y el ISS, el 12 de junio de 2003, por el término de cinco meses, por valor de \$7.706.200 (fls. 201-203).
- Contrato de Prestación de Servicios Profesionales como Bacterióloga N° 1737-04, suscrito entre la actora y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, el 16 de febrero de 2004, por el término de un mes, por valor de \$1.541.240 (fl. 207-208).

- Contrato de Prestación de Servicios Profesionales como Bacterióloga N° 2868-04, suscrito entre la actora y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, el 16 de marzo de 2004, por el término de un mes y quince días, por valor de \$2.311.860 (fl. 209-210).
- Contrato de Prestación de Servicios Profesionales como Bacterióloga N° 9804-04, suscrito entre la actora y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, por el término de 16 días, por valor de \$821.995 (fl. 211-213).
- Contrato de Prestación de Servicios Profesionales como Bacterióloga N° 11843-4, suscrito entre la demandante y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, el 11 de junio de 2004, por el término de dos meses y nueve días, por valor de 3.544.852 (fls. 216-218).
- Adición al Contrato de Prestación de Servicios N° 11843-4, se prorroga el contrato como Bacterióloga en 15 días (fl. 222).
- Contrato de Prestación de Servicios Profesionales como Bacterióloga N° 00099-05, suscrito entre la actora y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, el 1º de febrero de 2005, por el término de cuatro meses, por valor de \$6.164.960 (fls. 223 - 225).
- Contrato de Prestación de Servicios Profesionales como Bacterióloga N° 02931-05, suscrito entre la demandante y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, el 1º de junio de 2005, por el término de tres meses, por valor de \$4.623.720 (fls. 228 a 230).
- Contrato de Prestación de Servicios Profesionales como Bacterióloga N° 06470-05, suscrito entre la demandante y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, el 1º de septiembre de 2005, por el término de un mes, por valor de \$1.541.240 (fls.233-235).
- Adición al Contrato de Prestación de Servicios N° 06470-05, se prorroga el contrato como Bacterióloga en 10 días (fl. 236).
- Contrato de Prestación de Servicios Profesionales como Bacterióloga N° 07221-05, suscrito entre la actora y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, el

11 de octubre de 2005, por el término de tres meses y veinte días, por valor de \$5.651.213 (fls. 237 a 239).

- Contrato de Prestación de Servicios Profesionales como Bacterióloga N° 09502-06, suscrito entre la demandante y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, por el término de tres meses, por valor de \$4.854.906, a partir del 1° de febrero de 2006 (fls.244-246).
- Adición al Contrato de Prestación de Servicios N° 09502-06, se prorroga el contrato como Bacterióloga en 30 días (fl. 251).
- Contrato de Prestación de Servicios Profesionales como Bacterióloga N° 12215-06, suscrito entre la actora y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, por el término de tres meses, por valor de \$4.854.906, a partir del 1° de junio de 2006 (fls.254-256).
- Contrato de Prestación de Servicios Profesionales como Bacterióloga N° 15238-06, suscrito entre la demandante y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, por el término de un mes y veinte días, por valor de \$2.697.170, a partir del 11 de octubre de 2006 (fls. 263 a 265).
- Contrato de Prestación de Servicios Profesionales como Bacterióloga N° 17189-06, suscrito entre la actora y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, por el término de un mes y cuatro días, por valor de \$1.834.076, a partir del 01 de diciembre de 2006 (fls. 270-272).
- Contrato de Prestación de Servicios Profesionales como Bacterióloga N° 00099-07, suscrito entre la demandante y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, por el término de cuatro meses, por valor de \$6.473.208, a partir del 5 de enero de 2007 (fls. 273-275).
- Contrato de Prestación de Servicios Profesionales como Bacterióloga N° 03150-07, suscrito entre la demandante y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, por el término de dos meses y veintiséis días, por valor de \$4.639.132, a partir del 5 de julio de 2007 (fls. 280 a 282).

Póliza de Cumplimiento

La demandante adquirió diferentes Pólizas de Seguro de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales, cuyo beneficiario fue el ISS EICE -ESE Luís Carlos Galán Sarmiento el 1º de julio de 2003 al 30 de marzo de 2004, 19 de octubre de 2004 al 4 de marzo de 2005, 19 de octubre de 2004 al 4 de noviembre de 2007, 1º de noviembre de 2004 al 16 de mayo de 2005, 1º de noviembre de 2004 al 16 de enero de 2008, 1º de febrero de 2005 al 1º de octubre de 2005, 1º de febrero de 2005 al 1º de junio de 2008, 1º de junio de 2005 al 1º de enero de 2006, 1º de junio de 2005 al 1º de septiembre de 2008, 11 de octubre de 2005 al 1º de junio de 2006, 11 de octubre de 2005 al 1º de febrero de 2009, 1º de febrero de 2006 al 1º de septiembre de 2006, 1º de febrero de 2006 al 1º de mayo de 2009, del 1º de mayo de 2006 al 1º de octubre de 2006, 1º de mayo de 2006 al 1º de junio de 2009, 1º de junio de 2006 al 1º de enero de 2007, 1º de junio de 2006 al 1º de septiembre de 2009, 11 de octubre de 2006 al 1º de abril de 2007, 11 de octubre de 2006 al 1º de diciembre de 2009, 5 de enero de 2007 al 6 de septiembre de 2007, 5 de enero de 2007 al 5 de enero de 2008, 5 de julio de 2007 al 1º de febrero de 2008, 5 de julio de 2007 al 5 de julio de 2008(fls. 204, 214, 215, 219, 220, 226, 227, 231, 232, 240, 241, 247, 248, 252,253, 257,258, 266, 267, 276, 277, 283, 284).

Los Testimonios

A folios 164 a 165 fue incorporada la declaración de la señora Nidia Duran Melo, quien fue Secretaria de la Dirección del Centro de Atención Ambulatoria Carlos Echeverry Herrera; y compañera de la actora; sostuvo que trabajaba como bacterióloga de lunes a viernes de 7 de la mañana a 3 de la tarde y un sábado cada 15 días, cumplía sus labores como el resto del personal de planta, el horario de trabajo era establecido, con una agenda y unas funciones preestablecidas, por lo que no podía cambiarlo, no tenía la facultad de discutir las condiciones de cada uno de los contratos que suscribió con la entidad demandada; el Coordinador del área del Laboratorio era el encargado de imponer sanciones o hacer llamados de atención por llegar tarde; y el desarrollo de las funciones las realizó sin solución de continuidad.

A folios 171 a 172 obra el testimonio de la señora Ludmila Contreras Carvajal pensionada de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, quien fue compañera de

trabajo de la actora aproximadamente 8 años, afirmó que la demandante se desempeñaba como bacterióloga y hacía funciones del programa de V.I.H., trabajaba de lunes a viernes de seis a tres de la tarde y un sábado cada mes de siete de la mañana a una de la tarde, no podía cambiar el horario, pues, la Coordinadora del Laboratorio controlaba el horario y sus funciones, además le impartía ordenes o directrices sobre sus labores o directrices, la señora Martínez Benavides tenía que pagar sus aportes a salud, pensiones y riesgos como trabajadora independiente, y desempeñó sus funciones sin solución de continuidad. Además, la demandante cumplía iguales funciones que el personal de planta de la Institución, empero laboraba 48 horas a la semana para un promedio de 199 a 206 horas al mes, más que las demás empleadas de la Entidad.

A folios 173 a 175 obra la declaración de la señora Gloria Inés Ramírez Buitrago, quien fue compañera de trabajo de la demandante en la ESE Luis Carlo Galán Sarmiento en el programa V.I.H., en el Centro de Atención Ambulatorio Carlos Echeverry; afirmó que la actora desempeñaba las funciones de bacterióloga y trabajaba de lunes a viernes de seis a tres de la tarde y un sábado cada mes, tenía que cumplir con 48 horas a la semana para un total de 192 a 206 al mes, el horario no podía ser modificado, la Coordinadora del Laboratorio le impartía ordenes o directrices sobre sus labores o directrices, era obligatorio estar afiliado al Sistema de Seguridad Social en salud y pensiones como trabajadora independiente, y el desarrollo de las funciones las realizó sin solución de continuidad.

La E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento

A folio 65 el Coordinador del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio de la Protección Social certificó que, una vez revisado el Kárdex del Archivo Sindical aparece que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL tuvo vigencia desde el 1º de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2004.

A folios 68 a 109 se incorporó la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL vigencia 2001-2004.

La vía gubernativa

A folio 3 obra la petición de 1º de octubre de 2007 dirigida al Gerente de la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento, mediante la cual la actora solicitó el pago de los salarios y prestaciones sociales conforme a la Convención Colectiva 2001-2004 suscrita con el ISS, en razón a su vinculación como bacterióloga en el Centro de Atención Ambulatoria Carlos Echeverry Herrera a partir del 20 de octubre de 2004 hasta el 3 de septiembre de 2007.

La anterior petición fue atendida mediante el Oficio LCGS-LIQ, sin número de 8 de octubre de 2007, suscrito por el Liquidador de la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento - en Liquidación, que negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a la actora (acto acusado) (fls. 4-7).

ANÁLISIS DE LA SALA

JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La Corte Constitucional, en sentencia C- 154 de 1.997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y aquel de prestación de servicios, 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.

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.”

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

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

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”¹.

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: María Zulay Ramírez Orozco, manifestó:

“Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.

Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.

¹ Consejo de Estado, Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Consejero ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.”

En dicho fallo se concluyó lo siguiente:

1. El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.
2. No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el *status* de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.
3. No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, la cual se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestacional.
4. La situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo, que con la Administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.
5. Se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico.

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

Tal posición ha sido adoptada por la Sala en los siguientes términos²:

“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 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.
(...)

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los periodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.

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:

(...)

Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad.”

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

CASO CONCRETO

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Expedientes Nos. 0245 y 2161 de 2005, Consejero Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

A efectos de resolver el recurso planteado, la Sala se referirá inicialmente previo análisis del material probatorio, a determinar si se probaron los elementos de la relación laboral, para continuar con el estudio del recurso interpuesto por la demandante.

La Entidad demandada en el recurso de apelación manifestó que la actora se desempeñó con autonomía e independencia en el desarrollo de sus funciones como Bacterióloga, dado que su vinculación fue mediante Contrato de Prestación de Servicios.

De las pruebas que fueron arrimadas al plenario para determinar la existencia de una relación laboral entre la demandante y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento se destacan los Contratos de Prestación de Servicios, que se estudiarán a continuación:

El suscrito el 1º de julio de 2003 por las partes (fls. 201 a 203), con un plazo de ejecución de cinco meses, contado a partir del 1º de julio de 2003, por un valor total de \$7'706.200, pagaderos a mes vencido en cuantía de \$1.541.240, **“de acuerdo con las actas de cumplimiento a satisfacción firmadas por el INTERVENTOR y presentación de la constancia de pago al sistema de seguridad social en salud y pensión”**, cuyo objeto fue el siguiente:

EL CONTRATISTA se obliga para con el INSTITUTO a prestar los servicios requeridos por la Entidad y que se concretan en: Procesar la órdenes de apoyo diagnóstico de acuerdo a las normas del sistema y ejecución al POS EN LAS DIFERENTES FASES DEL PROCESO (pre analítica, analítica y postanalítica). Revisar, implementar y evaluar técnicas en el procesamiento de muestras en el laboratorio clínico. Informar en forma oportuna al profesional tratante, sobre los reportes de exámenes de laboratorio con resultados patológicos. Registrar las actividades de promoción y mantenimiento de la salud. Participar en comités técnicos de calidad. Participar como docente asistencial según los convenios respectivos con las Universidades que establezca el ISS. Participar en equipos interdisciplinarios a solicitud de la institución. Emitir conceptos técnicos sobre suministros y/o equipamiento. Diligenciar los diferentes formatos y registros del sistema de información de acuerdo con la normatividad legal vigente. Preparar y elaborar los informes analíticos para el manejo de insumos y administración del servicio. Responsabilizarse del inventario que le asigne **EL INSTITUTO** para el desarrollo de sus obligaciones; mantener en debida reserva y discreción de los asuntos que conozca en razón de sus actividades; manejar adecuadamente los elementos que el Instituto le entregue para el desarrollo de sus actividades y devolverlas a la terminación del contrato; cumplir oportunamente con los informes de

actividades ante el interventor del contrato, cumplir las obligaciones descritas en los numerales anteriores, de conformidad con la programación establecida por EL INSTITUTO - CAA CARLOS ECHEVERRY Seccional CUNDINAMARCA.”

En la Cláusula DECIMACUARTA se estableció: “**EXCLUSION DE LA RELACIÓN LABORAL: EL CONTRATISTA** ejecutará el objeto de este contrato con plena autonomía técnica y administrativa, sin relación de subordinación o dependencia, por lo cual no se generará ningún vínculo laboral entre **EL INSTITUTO y EL CONTRATISTA**, ni con el personal que este llegare a utilizar para el desarrollo del objeto contractual.”

Las cláusulas establecidas en cada uno de los contratos suscritos con la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento (fls. 211 a 282) relacionadas con el objeto de la relación laboral, valor (dependiendo el término), forma de pago, garantía y supervisión, entre otras, fueron descritas en idénticas condiciones así:

“(…)

PRIMERA. OBJETO: EL CONTRATISTA se obliga para con la Empresa a prestar los servicios requeridos por la Entidad y que se concretan en la carta de oferta presentada por el contratista además de responsabilizarse del inventario que le asigne La Empresa para el desarrollo de sus obligaciones; mantener la debida reserva y discreción de los asuntos que conozcan en razón de sus actividades; manejar adecuadamente los elementos que La Empresa, le entregue para el desarrollo de sus actividades y devolverlas a la terminación del contrato, cumplir oportunamente con los informes de actividades ante el supervisor del contrato; cumplir las obligaciones descritas en los numerales anteriores, de conformidad con la programación establecida por La Empresa....”

“**TERCERA. - VALOR.** - El valor del presente contrato es por la suma de OCHOCIENTOS VEINTIUN MIL NOVECIENTOS NOVELTA Y CINCO PESOS (\$821.995),

CUARTA.- FORMA DE PAGO.- La Empresa cancelará **AL CONTRATISTA** por concepto de honorarios pagos mensuales iguales vencidos o fracción de mes a razón de UN MILLON QUINIENTOS CUARENTA Y UN MIL DOCIENTOS CUARENTA PESOS (\$1.541.240), de acuerdo con las actas de cumplimiento a satisfacción firmadas por el **SUPERVISOR** y presentación de la constancia de pago al sistema de seguridad social en salud y pensión.

QUINTA: GARANTIA.- Con el fin de avalar el cumplimiento de las obligaciones conforme el presente contrato **EL CONTRATISTA** se compromete a constituir a su costa y a favor de **La Empresa**

garantía única consistente en póliza expedida por Compañía de Seguros legalmente autorizada para funcionar en Colombia, o garantía bancaria. Esta póliza deberá amparar el cumplimiento general del contrato, por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, por emplazo del mismo y cuatro (4) meses más. El contratista deberá constituir una póliza que garantice el amparo de responsabilidad civil extracontractual, equivalente al 10% del valor total del contrato con una vigencia igual al término de duración del mismo y tres años más. **PARAGRAFO:** la garantía estipulada en esta cláusula requerirá la aprobación por parte de la empresa. La póliza no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria de una las partes que en este acto intervienen....”

“...DECIMOCUARTA: EXCLUSION DE LA RELACION LABORAL.- EL CONTRATISTA ejecutará el objeto de este contrato con plena autonomía técnica y administrativa, sin relación de subordinación o dependencia, por lo cual no se generará ningún tipo de vínculo laboral entre **La Empresa y EL CONTRATISTA**, ni con el personal que este llegare a utilizar para el desarrollo del objeto contractual.

DECIMAQUINTA: SUPERVISION.- La labor de supervisión en la ejecución del presente contrato, estará a cargo del Director del CENTRO DE ATENCIÓN AMBULATORIA o quien haga sus veces. (...)”

Por lo anterior es necesario analizar los tres elementos existentes en la relación laboral, como ya se indicó, la prestación personal del servicio, remuneración y subordinación.

Sobre el primero y segundo, la Sala dirá que en efecto se presentaron, pues de los contratos, se concluye que el servicio fue efectivamente prestado y pagado exclusivamente a la actora, como se desprende de los precitados Contratos de Prestación de Servicios. A folios 164 a 165 fue incorporada la declaración de la señora Nidia Duran Melo, quien fue Secretaria de la Dirección del Centro de Atención Ambulatoria Carlos Echeverry Herrera, quien manifestó que fue compañera de la actora y que trabajaba como bacterióloga de lunes a viernes de siete de la mañana a tres de la tarde y un sábado cada 15 días, cumplía sus labores como el resto del personal de planta, el horario era establecido, por lo que no podía cambiarlo, no tenía la facultad de discutir las condiciones de cada uno de los contratos y recibía ordenes y llamados de atención verbales por parte del Coordinador de área del Laboratorio y el desarrollo de las funciones las realizó sin solución de continuidad.

Los testimonios rendidos por Ludmila Contreras Carvajal y Gloria Inés Ramírez Buitrago (fls. 171-172 y 173 a 175) coincidieron en afirmar que la actora se desempeñó como bacterióloga en el Centro de Atención Ambulatoria Carlos Echeverry Herrera en el programa de V.I.H., y trabajaba de lunes a viernes de seis a tres de la tarde y sábado cada mes, el horario no podía ser modificado, tenía que cumplir 48 horas a la semana para un total aproximado de 206 mensuales, tenía que pagar aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión como trabajadora independiente, la Coordinadora del Laboratorio le impartía ordenes o directrices sobre sus labores diarias y realizó sus funciones sin solución de continuidad.

En conclusión, durante toda su vinculación como contratista con la Entidad, la demandante realizó funciones similares a los demás Bacteriólogas de la E.S.E, pues se desempeñó en el Programa de V.I.H. en el Centro de Atención Ambulatoria Carlos Echeverry Herrera y el cumplimiento de turnos y horarios evidencian la relación de subordinación respecto de la Institución.

Si bien es cierto que dentro del plenario no existen pruebas documentales que demuestren claramente el elemento de subordinación, Vr.gr., llamados de atención, memorandos, sanciones, felicitaciones, investigaciones disciplinarias etcétera, que permitan afirmar que dependía del superior jerárquico, recibiendo órdenes continuas y realmente subordinadas, también lo es, que tal elemento debe ser apreciado con el conjunto de las pruebas obrantes (testimonios) como uno de los indicios que contribuyen a la convicción del Juez sobre la situación fáctica materia de conocimiento.

En el caso de autos, según obra en el plenario, se suscribieron con la demandante Contratos de Prestación de Servicios, de forma continua e ininterrumpida. No se trató, entonces, de una relación o vínculo de tipo esporádico u ocasional sino de una verdadera relación de trabajo que, por ello, requirió de la continuidad durante más de tres años, constituyéndose en un indicio claro de que bajo la figura del Contrato de Prestación de Servicios se dio en realidad una relación de tipo laboral, en idénticas condiciones a la de las Bacteriólogas de Planta.

Acerca de la vinculación bajo la aparente figura de un Contrato de Prestación de Servicios, esta Sala en sentencia de 22 de julio de 2010, Exp: 2785-2008, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, en un caso análogo, concluyó lo siguiente:

“2.4 Solución judicial a la utilización fraudulenta del contrato de prestación de servicios.

La jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de esta Corporación han acudido a principios constitucionales en la solución de controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

En la práctica, cuando el Legislador utilizó la expresión "En ningún caso... generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales" no consagró una presunción de iure o de derecho, que no admite prueba en contrario, puesto que el afectado, como ya se vio, podrá demandar por la vía judicial competente el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y, por consiguiente, el pago de las prestaciones sociales a que haya lugar.

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.^[3]

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. (...)”³

La Sección Segunda de esta Corporación ha reiterado la anterior tesis en providencias recientes de 18 de mayo de 2011, Exp: 0056-2010, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; y 19 de mayo de 2011, Exp: 1742-2010, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

^[3] *Ibídem.*

En este orden de ideas, no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la Entidad demandada, utilizando Contratos de Prestación de Servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas, pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a éste.

En conclusión, en el sub-lite quedó desvirtuada la vinculación como contratista para dar lugar a una de carácter laboral, que si bien no puede tener la misma connotación del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, no es menos cierto que este tipo de personas laboran en forma similar al empleado público con funciones administrativas.

La Condena en el Contrato Realidad

La tesis que manejaba esta Corporación al momento de indemnizar este tipo de controversias, se limitaba a condenar al pago de las prestaciones sociales ordinarias que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios. Dicho argumento es justificado, en que como quien pretende demostrar el contrato realidad, no ostenta la calidad legal de empleado público, carece del derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que tendría derecho un servidor en estas condiciones, tal como se desprende de la siguiente providencia:

“La condena al pago de prestaciones sociales en favor de la parte actora, en igualdad de condiciones a un educador oficial.

En la sentencia de nov. 30/00 se expresó que no es de recibo porque, como ya se dijo, el régimen prestacional tiene unos destinatarios que son los empleados públicos y trabajadores oficiales, calidad que en verdad la Parte demandante no tenía en el lapso discutido.

Agregó, que no obstante, en aras de preservar la equidad hasta donde es posible, la Jurisdicción ha accedido a reconocer a título de INDEMNIZACION, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los docentes oficiales (de la respectiva Entidad Contratante), tomando el valor de lo pactado en el contrato de prestación de servicios, como base

³ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 22 de julio de 2010, Exp: 2785-2008, actor: Esperanza Alarcón Rosas, demandado: E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento.

para la liquidación de la indemnización, tal como se expresó claramente en la Sentencia de marzo 18/98 del Exp. No. 11722 - 1198/98, de la Sección 2ª de esta Corporación, con ponencia del Dr. Flavio Rodríguez.

Y para tal efecto, se deben determinar inicialmente cuáles son esas prestaciones ordinarias a que tienen derecho los educadores oficiales (v.gr. prima de navidad, cesantía, etc.) y la forma de su liquidación (v.gr. número de días y valores, etc.), para después calcular, teniendo en cuenta esos parámetros y el valor de esas prestaciones que no pudieron devengar, conforme a los honorarios pactados.”⁴ (Negrilla del Texto)

No existe discusión en cuanto a que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Adicionalmente se deben cumplir los presupuestos de Ley: Nombramiento y Posesión.

El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho ordenando el reintegro y el pago de los emolumentos dejados de percibir, dada su inexistencia en la Planta de Personal imposibilitando retrotraer las cosas a su estado anterior, pero sí, el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.

El artículo 53 de la Constitución Política que establece la prevalencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, que no puede ser escindido, sino concordado con la *“irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”*, por lo que una vez declarada la situación irregular del contrato de prestación de servicios, la lógica jurídica y la interpretación gramatical de la norma superior no debe ser otra que reconocer las garantías establecidas en las normas jurídicas.⁵

⁴ Sentencia de 28 de junio de 2001, M.P. Tarsicio Cáceres Toro, Exp. 2324-00, Actora: María Bertha Díaz Correa.

⁵ Consejo De Estado, Sección Segunda, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez De Páez, sentencia de 19 de febrero de 2009, EXP. No. 730012331000200003449-01 (3074-2005), Actora: Ana Reinalda Triana Viuchi.

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda de ordenar la indemnización reparatoria con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia.

La Seguridad Social

Régimen Pensional y Sistema Integral de Salud

Esta Sección con el cambio Jurisprudencial⁶ prohíja la aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, respecto de una reparación integral de los daños causados por la Administración al momento de celebrar el contrato realidad, indicando que es apenas lógico que la condena ordene producir plenos efectos, ello es, que el tiempo laborado sea útil para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación.

Así mismo, debe tenerse en cuenta el Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993, aplicable al *sub-lite*, el cual garantiza el cubrimiento de las contingencias, tales como Pensión y Salud; por su parte, el Decreto 1295 de 1994, dispuso la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Riesgos Profesionales y la Ley 21 de 1982 previó la afiliación a las Cajas de Compensación Familiar y el pago del subsidio familiar.

Las prestaciones sociales han sido clasificadas, en general, dependiendo a cargo de quien está la obligación de efectuar el aporte, así, unas son a cargo del

⁶ Sentencia de 19 de febrero de 2009, Exp. No. 730012331000200003449-01 (3074-2005), Actora: Ana Reinalda Triana Viuchi.

empleador (vr.gr. prestaciones comunes u ordinarias como primas, cesantías, riesgos profesionales, caja de compensación etc) y otras compartidas con el trabajador (vr.gr. pensión y salud). Las vacaciones en cambio, no tienen la connotación de prestación salarial porque son un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios.

En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, esta 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.

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones sociales referentes a pensión y salud son cubiertas por las partes que integran la relación laboral, así por ejemplo, en materia pensional durante la ejecución de las órdenes de servicio de la actora, se destinaba el equivalente al 10% de la tasa de cotización, monto cubierto por el empleador con un 75% y el trabajador con un 25% (artículo 20 de Ley 100 de 1993 sin sus modificaciones posteriores), y en materia de salud la base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, es la misma contemplada en el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 (parágrafo primero art. 204).

Por tanto, la reparación del daño en determinado caso no podrá ser la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la Entidad demandada no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones o Empresa Prestadora de Salud, debiéndose pagar a la actora quien finalmente tenía la obligación de efectuar dichos aportes como contratista o trabajador independiente (Artículos 15 y 157 de la Ley 100 de 1993).

Sobre el tema pensional, la Sección Segunda de esta Corporación, ya había reconocido tal prestación ordenando computar el tiempo laborado para efectos pensionales, explicando que una vez demostrada la relación laboral, el verdadero principio de la realidad sobre las formalidades permite el otorgamiento de los derechos implícitos, con el siguiente tenor literal:

“Así las cosas, el Estado infractor no puede entonces beneficiarse de su conducta irregular y pretender trasladar la responsabilidad de su actuación a quien ha sido de esa manera contratado, pues el verdadero sentido del principio de la realidad sobre la formalidad lo que impone es que se le reconozca con certeza y efectivamente todo derecho que deviene del despliegue de su actividad laboral. (...)

Por lo anterior, los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación...”⁷

De la Convención Colectiva de Trabajo.

La Convención Colectiva celebrada entre el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social 2001-2004, beneficia a ***“(...) los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con lo establecido en las normas legales vigentes y los que por futuras modificaciones de estas normas asuman tal categoría (...)”***. (fl. 69).

En esas condiciones la actora no se encuentra dentro de la hipótesis descrita para efectos de establecer los beneficios de la Convención Colectiva, puesto que es claro que está dirigida a los trabajadores oficiales, y la demandante busca el reconocimiento como empleada pública, sin que tenga tal condición.

De acuerdo con el artículo 416 del C.S.T., los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar Pliegos de Peticiones ni celebrar Convenciones Colectivas. Igualmente, esta Corporación ha manifestado que los empleados públicos no pueden ser favorecidos por los beneficios pactados en las Convenciones Colectivas, bajo la premisa de que ello supone la existencia de un *“Contrato de Trabajo”*, circunstancia que se encuentra regulada por un régimen legal distinto al

⁷ El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, había ordenado el reconocimiento de estos efectos, en sentencia del 17 de abril de 2008, Radicación número: 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05), Actor: José Nelson Sandoval Cárdenas, Demandado: Instituto Financiero Para El Desarrollo De Norte De Santander – Ifinorte, Magistrado Ponente Dr. Jaime Moreno García.

aplicable a los empleados públicos, y cualquier manifestación que haga extensivos tales acuerdos a los empleados que ostenten aquella calidad, se tendrán como cláusulas ineficaces.

Si bien no se puede otorgar una calidad de empleada pública a la demandante mediante la acreditación del contrato realidad, no se puede tampoco tener su vinculación como de trabajadora oficial, pues fue vinculada mediante contratos de prestación de servicios, lo cual impide que sea beneficiaria de la Convención Colectiva celebrada.

De la Prescripción

La prescripción se encuentra regulada en el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público. El artículo 102, prescribe:

*“PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, **contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.***

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

Esta Sala en anteriores oportunidades, ha declarado la prescripción trienal de los derechos que surgen del contrato realidad, aceptando que dicho fenómeno se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la Entidad demandada. Sin embargo, mediante sentencia de 19 de febrero de 2009, expediente 3074-2005⁸, la Sala Plena de la Sección Segunda replanteó este criterio por las razones que a continuación se explican:

⁸ M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

“De conformidad con algunos estatutos que han regido esta materia, los derechos prescriben al cabo de determinado tiempo o plazo contado a partir de la fecha en que ellos se hacen exigibles, decisión que se adopta con base en el estatuto que consagra dicho fenómeno. (Vr. Gr. Dto. 3135/68 art. 41)

En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria. (...)

Por lo tanto, entendiendo que el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, es justamente a partir de este momento que se contarían los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacía el futuro, situación que operaría en caso de que continuara la relación laboral, empero como el sub-lite se contrae al reconocimiento de una situación anterior no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia, tesis que la Sala en esta oportunidad acoge en su integridad.”

Empero, como en el presente caso no fue declarada, este no será un punto de decisión.

En consecuencia la Sala sintetiza lo expuesto, acogiendo los planteamientos del A quo en el sentido de que el acervo probatorio evidenció que en el sub-lite se configuró un Contrato Realidad, es decir, que a pesar de la vinculación contractual, las actividades desarrolladas por la actora fueron similares a las de

otras Bacteriólogas de la Planta de la Entidad, bajo continuada subordinación, prestando personalmente el servicio y recibiendo a cambio una remuneración.

En ese orden de ideas, al no tener razón la Entidad apelante, la Sala confirmará el proveído impugnado que declaró no probadas las excepciones propuestas y accedió parcialmente las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad del acto demandado y ordenando a título de restablecimiento del derecho el pago de las prestaciones sociales por el lapso en que estuvo contratada, teniendo en cuenta los salarios y prestaciones devengados por los empleados de planta, tomando como base el monto de los honorarios mensuales pactados en los contratos de prestación de servicios, empero, no se hará ningún pronunciamiento respecto de los valores correspondientes a salud y pensión, a lo que se hizo referencia en las líneas anteriores, en razón a que estos aspectos no hicieron parte de la alzada.

En cuanto a la orden impartida por el Juzgador de Primera Instancia a la Fiduciaria la Previsora S.A., a efectos de que responda por el pago de las prestaciones sociales reclamadas por la demandante, esta Sala confirmara la condena señalada, teniendo en cuenta que es a la entidad liquidadora a quien le corresponde cumplir por la condena impartida, como ente administrador de los recursos de la desaparecida ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, de conformidad con el Contrato de Fiducia Mercantil No. 114 suscrito entre la Sociedad Fiduciaria FIDUAGRARIA S.A., actuando en su calidad de liquidador de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación y la Sociedad Fiduciaria FIDUPREVISOROA S.A.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 20 de octubre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró no probadas las excepciones propuestas y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por

Ruth Marcela Martínez Benavides contra la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento -
En Liquidación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE
ORIGEN.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

JORM/Lmr.