

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Relación laboral / RELACION LABORAL - Elementos que la configuran / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Actividad independiente donde el elemento de la subordinación no existe / SUBORDINACION - Requisitos indispensable para demostrar la existencia de una relación laboral / CONTRATO REALIDAD - Existencia

Cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente conduce al reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados. La viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante según el aforismo "onus probandi incumbit actori", dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta. Por ende, aún cuando el objeto del contrato haya sido la prestación de servicios en el área de trabajo social, no puede utilizarse la preceptiva arriba señalada como argumento in limine para descartar la posible existencia de una relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, pues descartadas la autonomía e independencia características del mismo, desvirtuada su temporalidad -es decir, demostrada la permanencia y continuidad del servicio- y probados los elementos de una relación laboral en los términos inicialmente esbozados, se posibilita el reconocimiento del contrato realidad. Debe precisar la Sala además, que la autonomía e independencia que ostentan los profesionales en Trabajo Social para aplicar sus conocimientos profesionales específicamente a cada caso, no descarta la existencia de una relación de subordinación y dependencia, en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, como el cumplimiento de horario, la recepción de órdenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, el cumplimiento de las labores bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta etcétera, lo que a su vez supone que tratándose de un verdadero contrato de prestación de servicios, la autonomía e independencia deba abarcar aun los aspectos anteriormente referidos.

SUBORDINACION - Relación dependiente sin autonomía del contratista / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Demostrados y probados los elementos de la relación laboral / CONTRATO REALIDAD - Prestación del servicio de manera subordinada

Los testimonios coinciden en afirmar, que en la planta de personal de la entidad demandada existía el respectivo cargo cuya naturaleza correspondía a las mismas funciones desempeñadas por la actora durante su permanencia en la institución; que la demandante no contaba con la posibilidad de discutir las condiciones de cada uno de los contratos que suscribió, so pena de que no le fueran renovados y afirmaron; que las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la prestación del servicio le eran fijados a la actora, de antemano por el Hospital. Estas declaraciones que no fueron controvertidas por la institución demandada, demuestran que la prestación personal del servicio por parte de la demandante, se dio en las mismas condiciones del resto del personal asistencial de planta del

hospital, esto es, con sujeción absoluta a las directrices impartidas por funcionarios ubicados en cargos jerárquicamente superiores, a la prestación personal del servicio a cambio de una remuneración, al cumplimiento de un horario y a la realización de las mismas funciones del personal de trabajo social, lo cual desde luego devela el verdadero vínculo que existió entre las partes. En tales condiciones, es decir, desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio, como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios, y probados los elementos de la relación laboral en el sub examine concluye la Sala, que la administración utilizó equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configura en este caso, el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en el artículo 13 y 53 de la Carta Política, en tanto la demandante prestó el servicio público de salud en la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento de manera subordinada en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades al interior de la entidad.

CONTRATO REALIDAD - Sumas reconocidas a título de restablecimiento del derecho / COTIZACION SALUD Y PENSION - Prestación compartida / PRESTACION COMPARTIDA - Porcentaje de cotización / TIEMPO LABORADO - Se computa para efectos pensionales

Se confirmará la sentencia del a quo, que declaró la nulidad del Oficio LCGS-LIQ No. 2534-2007 de 13 de noviembre de 2007, pero se modificará la decisión, en el sentido de precisar que las sumas a reconocer no son a título de indemnización sino a título de restablecimiento del derecho y que éstas se reconocerán no con base en los honorarios pactados, sino en las sumas devengadas por los servidores de planta que desempeñaban las mismas funciones del cargo de trabajador social, es decir, tomando como base para la liquidación respectiva, el salario legalmente establecido para éstos. En lo referente a las prestaciones compartidas (vr. gr. pensión y salud), se ordenará a la demandada el pago a favor de la demandante, de los porcentajes de cotización que le correspondían de conformidad con la Ley 100 de 1993, pagos que en virtud de las órdenes de prestación de servicios debieron ser asumidos totalmente por el presunto contratista (artículos 15 y 157 ibídem). No obstante, en caso de que éstos no se hayan efectuado en razón de lo dispuesto en el artículo 282 de la citada Ley 100 de 1993 atendiendo a la suscripción mensual de los contratos, la demandada deberá efectuar las cotizaciones respectivas a los dos sistemas, descontando de las sumas que se adeudan a la demandante, el porcentaje que a ésta corresponde. En todo caso, el tiempo efectivamente laborado se computará para efectos pensionales.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., primero (1º) de marzo de dos mil doce (2012).

Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00270-01(0350-10)

Actor: DIANA ELVIA CUELLAR TOVAR

Demandado: E.S.E. LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO EN LIQUIDACION

Conoce la Sala, de los recursos de apelación interpuestos por la partes, contra la sentencia del 24 de septiembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D" que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda presentada por la señora Diana Elvia Cuellar Tovar contra la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Diana Elvia Cuellar Tovar presentó demanda ante el *a quo* a través de apoderado judicial, para obtener la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio No. LCGS – LIQ No. 2534-2007 de 13 de noviembre de 2007**, que dio respuesta negativa al derecho de petición elevado por la hoy demandante, tendiente a obtener el reconocimiento de una relación legal y reglamentaria originada en virtud de los contratos de prestación de servicios celebrados entre la actora y la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, por el periodo comprendido entre el 31 de agosto de 1994 hasta el 30 de septiembre de 2007, con el consecuente pago de las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios, prima extralegal, prima de navidad, auxilio de transporte, dotaciones, indemnización moratoria; el pago de horas extras, incrementos de salario, pólizas, aportes a salud y pensión; los valores descontados por retención en la fuente; el pago de 500 salarios mínimos legales mensuales por los perjuicios morales causados; la estimación y fijación de la condena económica que podrá coincidir con el valor estimado razonadamente en la cuantía, prefiriéndose la primera si fuere mayor, y su importe total a la demandada para que lo haga efectivo dentro de la oportunidad legal o antes; el pago de intereses de mora si el pago no se hace efectivo en la oportunidad señalada; y el cumplimiento de la decisión en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Como pretensiones subsidiarias, reclamó: i) la nulidad de los contratos de prestación de servicios y sus adiciones por haber sido expedidos de manera irregular y con desviación de poder y ii) la declaración de que estuvo vinculada a la administración demandada, como servidora pública, no como contratista, con los efectos jurídicos que aluden las pretensiones principales.

Los hechos que fundamentan las pretensiones, consisten en que la actora fue vinculada al cargo de Trabajadora Social en la Clínica San Pedro Claver en Bogotá, perteneciente al entonces Instituto de los Seguros Sociales desde el día 31 de agosto de 1994, por medio de contratos ficticios de prestación de servicios personales.

La vinculación con el I.S.S. tuvo vigencia hasta el 30 de junio de 2003, pasando a laborar desde el 1° de julio del mismo año sin solución continuidad y por sustitución patronal (en virtud del Decreto 1750 del 26 de junio de 2003 que escindió el I.S.S.) a la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento hasta el 31 (sic) de septiembre de 2007.

Las labores que hubo de cumplir la demandante no diferían en lo absoluto de las efectuadas por las personas vinculadas laboralmente, pues adelantaba sus tareas en las dependencias de la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, concretamente la Clínica San Pedro Claver, que consistían en recepcionar y dar trámite a las quejas y reclamos dadas por los usuarios; dar información y orientación a los usuarios; realizar encuestas de satisfacción del servicio; realizar tabulaciones e informes mensuales; manejar adecuadamente los elementos que utilizaba para el desarrollo de sus actividades y presentar informes a su jefe inmediato.

La actora como contratista, se sometía a un reglamento interno de trabajo, a una misma jornada laboral, a un sistema disciplinario común y recibía órdenes tanto verbales como escritas del Coordinador de Trabajo Social, Carlos Alberto Cortes Vargas, con la única diferencia de que recibía una contraprestación menor, no se le pagaban prestaciones sociales y el número de horas laboradas al mes era superior.

Las funciones que cumplió al servicio del I.S.S. nunca tuvieron solución de continuidad, a pesar de que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1750 de 26 de junio de 2003, que escindió los servicios del I.S.S y creó varias Empresas Sociales del Estado, entre ellas la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento.

Para la fecha de la escisión, se encontraba rigiendo la Convención Colectiva de Trabajadores del I.S.S. 2001-2004, que le concedía a la demandante derecho a los incrementos salariales, primas de vacaciones, primas de servicios, primas extralegales, primas de navidad, primas técnicas, intereses de cesantías, auxilio de transporte, auxilios médicos y demás beneficios consagrados en el acto jurídico.

El último contrato de prestación de servicios distinguido con la nomenclatura V.A. 015098, fue cedido por el I.S.S., a la ESE, Luis Carlos Galán Sarmiento mediante escrito de 1° de julio de 2003.

Mediante oficio radicado el 11 de noviembre de 2007, la actora presentó derecho de petición en el que solicitó a la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, el cual le fue resuelto en los siguientes términos: *“Revisada la base de datos de personal de prestación de servicios personales de la Oficina de Contratación de esta Entidad, (ESE Luis Carlos Galán Sarmiento hoy en Liquidación), se logró establecer que con usted, no existió vinculación legal y reglamentaria o contrato de trabajo que le permitiera ostentar la naturaleza jurídica de empleado público o trabajador oficial”*.

La E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento le descontaba el 10% del valor mensual del contrato por concepto de retención en la fuente, sin tener en cuenta que realmente se estaba llevando a cabo una relación laboral; así mismo, la actora debió pagar por su propia cuenta la totalidad de los aportes a salud y pensión.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Invoca como normas violadas los artículos 1°, 2°, 4°, 6°, 13, 14, 25, 29, 125, 209 y 277 de la Constitución Política; artículo 8° de la Ley 4ta de 1990; artículos

5° y 71 del Decreto 1250 de 1970; artículo 26 inciso 2°, 40, 46 y 61 del Decreto 2400 de 1968; artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242 del Decreto 1950 de 1973; la Ley 790 de 2002 y el Decreto 1333 de 1986.

Indicó, que se presenta una violación de norma superior, la cual puede ocurrir por: i) falta de aplicación de norma obligatoria, toda vez que los actos acusados, esto es, la supuesta vinculación a través de los contratos de prestación de servicios no debieron existir, sino, el acto administrativo de vinculación –acto condición- ya que resulta manifiesta la intención de la entidad demandada de no reconocerle sus prestaciones laborales; ii) aplicación indebida, cuando el acto acusado se funda en norma no reguladora de situaciones jurídicas, como la que constituye el antecedente fáctico de la demanda e iii) interpretación errónea, a la norma aplicable, toda vez que el servidor público que expidió el acto acusado desconoció las reglas de interpretación legal.

Sostuvo, que el acto administrativo controvertido está falsamente motivado, en la medida en que negó el pago de las prestaciones sociales adeudadas, argumentando la existencia de los contratos de prestación de servicios, cuando se configuraban los elementos de una relación laboral.

Afirmó, que en el caso sub examine, resulta evidente que para la ESE Luís Carlos Galán Sarmiento, sus trabajadores tenían la categoría de empleados públicos y con la actora se dieron todos los elementos esenciales, básicos y comunes a trabajadores particulares, trabajadores oficiales y empleados públicos, que son independientes del beneficiario del trabajo y del vínculo contractual o legal y reglamentario, dado que corresponden a la naturaleza y esencia del trabajo subordinado como fenómeno.

Indicó, que siendo el cargo desempeñado por la actora con funciones permanentes en la entidad demandada, era imperativo para ésta vincularla directamente y no a través de contratos de prestación de servicios; práctica torticera contra los intereses de los trabajadores, cuyo fin no es otro, que el de apropiarse de las prestaciones sociales y cesantías de éstos, como producto de las políticas de deslaboralización de la relación de trabajo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada de la iniciación del proceso, la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento en liquidación dio respuesta oportuna a la demanda a través de abogado constituido para tal propósito, aceptando algunos hechos, negando otros, proponiendo excepciones y en general oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

Manifestó, que no es viable la declaratoria de nulidad del oficio LGCS LIQ N° 2534 del 13 de noviembre de 2007, por cuanto la accionante pretende hacer que surja a la vida jurídica una relación legal y reglamentaria, generando de esta manera obligaciones laborales inexistentes. Sostiene, que en el contrato de prestación de servicios celebrado con la accionante de manera consciente y voluntaria, se acordó expresamente que la contratista era independiente y no existía relación laboral alguna; por lo que la demandante tenía pleno conocimiento sobre la clase de contrato que estaba celebrando.

Propuso las siguientes excepciones: *“improcedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Oficio LGCS LIQ N° 2534 de 13 de noviembre de 2007”*, porque la acción presentada desborda la competencia del Tribunal Contencioso Administrativo para declarar la existencia de una relación legal y reglamentaria entre la accionante y la E.S.E, elevándola a categoría de empleado público; *“Falta de legitimación de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento en la causa por pasiva”* porque la argumentación expuesta en la demanda, parte de unos supuestos fácticos ocurridos en el I.S.S. que no son imputables a la nueva entidad; sobre estas mismas razones alegó la excepción de *“falta de legitimación en la causa por activa y ausencia de los fundamentos fácticos y jurídicos”*; *“pago de las obligaciones contenidas en el contrato de prestación de servicios”*, en tanto que la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento cumplió con todas las obligaciones pactadas en el contrato de prestación de servicios celebrado con la contratista, es decir, con el pago de honorarios pactados; *“inexistencia del derecho y la obligación”* porque la E.S.E de muy buena fe, contando con la disponibilidad presupuestal y con las ofertas previas presentadas por la accionante, quien de manera libre optó por esta modalidad de contratación, celebró los contratos de prestación de servicios en

donde quedó consignado de manera expresa la inexistencia de la relación laboral; *“ausencia del vínculo de carácter laboral”*, porque la actora fue una contratista independiente y no una servidora pública de la E.S.E, así como lo ofreció y lo aceptó; *“cobro de lo no debido”*, como contratista independiente, habida cuenta que se inscribió y aportó para el Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensiones, a los cuales se afilió como independiente, y mal podría pretender que la misma E.S.E que no fue su empleador realice el pago de los aportes en materia de salud y pensiones; *“prescripción”*, de cualquier derecho que eventualmente se hubiese causado a favor de la demandante y que de conformidad con las normas legales y con las probanzas del juicio, queda cobijado por este fenómeno.

II. LA SENTENCIA APELADA

La Subsección “D” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declaró no probadas las excepciones propuestas y la nulidad del Oficio LCGS-LIQ No. 2534-2007 de 13 de noviembre de 2007, que le negó a la actora el reconocimiento de la existencia de una relación laboral entre ésta y la entidad demandada, así como las prestaciones sociales derivadas de aquella relación; y negó las demás pretensiones de la demanda.

Consideró, que la excepción denominada *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”* no tiene vocación de prosperidad, por cuanto el oficio demandado fue suscrito por el Agente Apoderado Liquidador de la entidad accionada, razón suficiente para que ésta acuda al plenario por ser la entidad que emitió el acto administrativo objeto de debate jurídico.

Respecto de la excepción denominada *“falta de legitimación en la causa por activa y ausencia de fundamentos fácticos y jurídicos”* afirmó, que resulta claro que la señora Diana Elvia Cuellar Tovar, sí se encontraba legitimada en la causa por activa para demandar a la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, en razón a que estima que dicha entidad debe cancelarle las prestaciones sociales reclamadas y los perjuicios generados con su no pago.

Respecto de la excepción denominada *“improcedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”* adujo, que si bien es cierto se invoca la existencia de contratos de prestación de servicios, que en principio otorgarían la competencia a la jurisdicción ordinaria, el objeto de la demanda no es debatir el

cumplimiento de los mismos como tal, sino obtener la declaratoria de existencia de una relación legal y reglamentaria , así como el reconocimiento y pago de prestaciones sociales que fueron negadas en un acto administrativo, supuestos estos, que sí corresponden a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Ya sobre el fondo del asunto, luego de hacer un breve recuento de las normas relativas a la vinculación de los servidores a la administración pública y destacar algunos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, el *a quo* sostuvo que para demostrar la existencia de una relación de carácter laboral, es indispensable que quien demanda pruebe fehacientemente la existencia de los siguientes elementos: i. la prestación personal del servicio, ii. la remuneración y iii. la subordinación y dependencia respecto del contratante; de tal manera, que sin la menor duda se pueda establecer que se realizaron funciones públicas en las mismas condiciones de los servidores públicos adscritos a la entidad, siempre y cuando no se trate de una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo de la labor contratada.

De acuerdo con las pruebas que militan en el expediente, el Tribunal concluyó, que la demandante trabajó para la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, en donde cumplió un horario de trabajo, recibió órdenes, desarrolló labores ordinarias, observó determinados métodos en su realización y estuvo ceñida a directrices precisas que sólo un empleado de planta podía cumplir; circunstancia que desvirtuó por completo la autonomía de la que goza el contratista para la ejecución de la obra contratada.

Manifestó, que quedó demostrada la existencia de un vínculo laboral entre la demandante y la entidad accionada, aduciendo que si bien es cierto dicha vinculación no puede tener la misma connotación del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, no lo es menos, que la labor de la actora fue similar a la de un empleado público con funciones administrativas.

En cuanto a la Convención Colectiva de Trabajo, el *a quo* concluyó, que esta sólo es aplicable a las partes que la celebraron, por lo que no puede hacerse extensiva a la E.S.E. demandada. Además, que este acuerdo rige para los contratos de trabajo suscritos en la entidad y no a los empleados públicos, por ende, la actora estaba imposibilitada para suscribir convenciones colectivas o solicitar la aplicación de algún beneficio proveniente de éstas.

Sostuvo, que no había lugar al pago de perjuicios morales, por no haberse probado que la negativa de la administración en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, le hubieran acarreado el padecimiento de los mismos.

En la medida en que no le es aplicable a la actora los beneficios de la Convención Colectiva, y teniendo en cuenta que pese a lo manifestado por los testigos, se constató la inexistencia del cargo de trabajadora social en la planta de personal, el *a quo* ordenó el pago de una indemnización reparatoria con base en los honorarios pactados en los diferentes contratos, por ser la única forma de tasar en forma objetiva dicha compensación.

III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión adoptada, las partes demandada y demandante interpusieron oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fls. 435 a 436 y 445 a 454, respectivamente).

La entidad demandada arguyó, que la señora Diana Elvia Cuellar Tovar no se encontraba sujeta a subordinación laboral alguna, sino que entre los contratos de prestación de servicios celebrados, se estableció un interventor del contrato, además para el desarrollo de las labores contratadas, debía existir previamente entre las partes, una coordinación, cronograma y/o agenda de trabajo.

Adujo, que a la demandante se le cancelaron por los servicios prestados unos honorarios y no un salario como retribución del servicio, por lo que en los contratos celebrados entre las partes, se estipuló el valor del contrato y que el pago de los honorarios se haría en forma mensual.

Manifestó, que no se encuentra dentro del plenario prueba alguna de que en su planta de personal se hubiera proferido resolución o acto administrativo tendiente a vincular legal y reglamentariamente en calidad de empleado público a la demandante.

Alegó, que no puede el a quo afirmar que las labores desarrolladas por la demandante fueron de carácter administrativo, pues las funciones de una trabajadora social tienen que ver con el desarrollo del objeto social de la demandada, es decir, el servicio de salud, las cuales no guardan relación con las del mantenimiento de la planta física hospitalaria, ni con los servicios generales.

Por su lado, la **parte demandante** aseveró que la Convención Colectiva de Trabajadores del ISS aún se encuentra vigente y de conformidad con el artículo 5 de dicho estatuto, es beneficiaria del mismo, en razón a que no renunció expresamente a recibir los beneficios allí contemplados.

Manifestó, que el Decreto No. 1750 de 2003, no extinguió las relaciones laborales de los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales pues estos pasaron automáticamente a las Empresas Sociales del Estado.

Citó la sentencia C-314 proferida por la Corte Constitucional el 1° de abril de 2004 y señaló que dicha Corporación dejó en plena vigencia el derecho de ser beneficiarios de la Convención Colectiva, a todos los trabajadores que del Instituto de Seguros Sociales pasaron a las Empresas Sociales del Estado en virtud del Decreto 1750 de 2003.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandada presentó escrito de alegaciones finales dentro del término correspondiente, en los siguientes términos:

Expresó, que celebró contratos de prestación de servicios con la la señora Diana Elvia Cuellar Tovar, para la ejecución de actividades ofertadas por ella misma. Dichos contratos se encontraban sujetos a lo estipulado en la Ley 80 de 1993 y fueron asumidos con autonomía y capacidad por las partes.

Aseveró, que en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la demandante suscribió con la entidad contratos de prestación de servicios, dentro

de los cuales se comprometió a ejecutar un objeto social con absoluta autonomía y en razón de ello, no puede existir subordinación jerárquica.

Reiteró, que la actora era concedora de las obligaciones que le imponía la suscripción de los contratos de prestación de servicios, por tal motivo, no le es dable imponer a la entidad demandada obligaciones que no se encontraban pactadas.

Agotado el trámite procesal y al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

V. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO:

El problema jurídico a resolver en esta instancia, se contrae a determinar si la señora Diana Elvia Cuellar Tovar tiene derecho al reconocimiento del “contrato realidad” durante los periodos en que estuvo vinculada bajo órdenes de prestación de servicios al Instituto de Seguros Sociales y a la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento como Trabajadora Social, con los consecuentes pagos salariales y prestacionales que se derivan de una relación laboral.

Para desatar la cuestión litigiosa y en razón a que las dos partes apelaron, es preciso revisar: i) el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a la figura en comento, ii) el acervo probatorio para establecer los presupuestos fundantes de la relación laboral y iii) el caso concreto.

2. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL CONTRATO REALIDAD.

El tema del contrato realidad ha generado importantes debates judiciales. Uno de ellos se dio con ocasión del examen de exequibilidad que realizó la Corte Constitucional al numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público. Después de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de establecer las diferencias con el contrato de trabajo, la Corte estableció que el ejercicio de tal potestad es ajustada a la Carta Política, siempre y cuando la administración no la utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal subordinada y dependiente¹.

Esta Corporación en fallos como el del 23 de junio de 2005 proferido dentro del expediente No. 0245 C.P. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

Tal consideración se contrapone a la Jurisprudencia anterior, en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada en sus actividades para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento de subordinación².

Así las cosas, se concluye que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-154-97 M.P. Hernando Herrera Vergara.

² Sala Plena del Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Por el contrario, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993, cuando: a) se pacte la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, b) el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, c) se le paguen honorarios por los servicios prestados y d) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar que debe ser entendida a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los demás servidores públicos.

Cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente conduce al reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.³

De otra parte, en aquellos casos en que se accede a las pretensiones de la demanda, esta Sección ha concluido la no prescripción de las prestaciones causadas con ocasión del contrato realidad, en tanto la exigibilidad de los

³ Consejo de Estado. Sección Segunda-Subsección "A". Sentencia 17 de abril de 2008. Rad No. 2776-05. C.P. Jaime Moreno García; Sentencia del 17 de abril de 2008. Rad. No. 1694-07. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; sentencia del 31 de Julio de 2008. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 14 de agosto de 2008. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

derechos prestacionales en discusión, es literalmente imposible con anterioridad a la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo, de manera pues, que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo.⁴

Bajo las anteriores precisiones se ha concretado el tratamiento jurisprudencial de los contratos realidad, de donde se concluye en cuanto a su configuración, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito⁵.

La viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante según el aforismo "*onus probandi incumbit actori*", dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta.

2.1 DEL CONTRATO REALIDAD EN MATERIA DE SALUD.

⁴ Sentencia del 6 de marzo de 2008. Rad. No. 2152-06. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁵ Consejo de Estado Sección Segunda. Sentencia del 19 de febrero de 2009. Rad. No. 3074-2005. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

En reiteradas ocasiones se ha afirmado jurisprudencialmente que en el caso de quienes prestan servicios de salud es válida la suscripción de Ordenes de Prestación de Servicios, en tanto sus servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993,⁶ 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 de los servicios en salud 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.⁷ Igual conclusión se extrae del parágrafo del artículo 6° de la Ley 10 de 1990⁸ y del artículo 2° del Decreto 2309 de 2002⁹, que

⁶ Ley 80 de 1993. Artículo 32: (Apartes subrayados, condicionalmente Exequibles)

(...)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.

⁷ Sentencia del 17 de julio de 2003. Rad. No. 5685-02. Sentencia del 7 de abril de 2005. Rad. No. 5552-03. C. P. Jesús María Lemos Bustamante.

⁸ El artículo 6o. Responsabilidades en la dirección y prestación de servicios de salud.

(...)

PARÁGRAFO. Todas las entidades públicas a que se refiere el presente artículo, concurrirán a la financiación de los servicios de salud con sus recursos propios y con los recursos fiscales de que trata el Capítulo V de esta Ley, pudiendo prestar los servicios de salud mediante contratos celebrados para el efecto, con funciones o instituciones de utilidad común, corporaciones o asociaciones, sin ánimo de lucro, las entidades de que trata el artículo 22 de la Ley 11 de 1986 o, en general, con otras entidades públicas o personas privadas jurídicas o naturales que presten servicios de salud, en los términos del Capítulo III de la presente Ley.

⁹ Artículo 2°. De los prestadores de servicios de salud. Defínanse como prestadores de servicios de salud a las instituciones prestadoras de servicios de salud, los profesionales independientes de salud y los servicios de transporte especial de pacientes.

Se consideran, para los efectos del presente decreto como instituciones prestadoras del servicio de salud a los grupos de práctica profesional que cuentan con infraestructura.

expresamente autorizan la suscripción de contratos de prestación de servicios profesionales en salud con personas naturales.

Ahora bien, es necesario señalar 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 –en 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 admitirse de forma absoluta que en cuanto a tales servicios no quepa la figura del contrato realidad, desde luego, cuando a ello haya lugar, 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.

Respecto del Trabajo Social en las instituciones hospitalarias, debe precisarse que dicha profesión fue concebida a grandes rasgos para brindar una atención integral en salud, abordando los factores que inciden en la problemática social de los usuarios a nivel individual, familiar y comunitario. Se encuentra regulada en la Ley 53 de 1977 -que a su vez fue objeto de reglamentación por el Decreto 2833 de 1981-, en la que se establece como **obligatorio** la contratación de trabajadores sociales en las empresas que tengan un número elevado de empleados¹⁰, con el objeto de que colaboren con ellos para el desarrollo de políticas de empleo, salario e inversión de los mismos.

Por ende, aún cuando el objeto del contrato haya sido la prestación de servicios en el área de trabajo social, no puede utilizarse la preceptiva arriba señalada como argumento *in limine* para descartar la posible existencia de una relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, pues descartadas la autonomía e independencia características del mismo, desvirtuada su temporalidad -es decir, demostrada la permanencia y continuidad del servicio- y

¹⁰ Un trabajador social (1) por cada quinientos (500) empleados permanentes y uno (1) por fracción superior a doscientos (200) empleados permanentes, según señala el Art. 9 del Decreto 2833 de 1981.

probados los elementos de una relación laboral en los términos inicialmente esbozados, se posibilita el reconocimiento del contrato realidad.

Debe precisar la Sala además, que la autonomía e independencia que ostentan los profesionales en Trabajo Social para aplicar sus conocimientos profesionales específicamente a cada caso, no descarta la existencia de una relación de subordinación y dependencia, en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, como el cumplimiento de horario, la recepción de órdenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, el cumplimiento de las labores bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta etcétera, lo que a su vez supone que tratándose de un verdadero contrato de prestación de servicios, la autonomía e independencia deba abarcar aun los aspectos anteriormente referidos.

Así las cosas, debe revisarse en cada caso las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva homogenicen las causas propuestas ante esta Jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso.

Bajo las anteriores consideraciones preliminares que admiten la configuración del contrato realidad en cuanto a la profesión de la demandante, se efectuará el examen probatorio pertinente en aras de resolver el asunto demandado.

3. EL ACERVO PROBATORIO OBRANTE EN EL PROCESO.

Reposa la certificación de 9 de mayo de 2007, expedida por el Subgerente Administrativo y Financiero de la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, donde consta que entre la empresa y la señora Diana Elvia Cuellar Tovar, se suscribieron los siguientes contratos de prestación de servicios profesionales en el

ejercicio de la profesión de Trabajador Social: Contrato No. 15098 del 01/07/03 al 15/02/04; Contrato No. 0971-04 del 16/02/04 al 15/03/04; Contrato No. 4508-04 del 16/03/04 al 30/04/04; Contrato No. 6730-04 del 01/05/04 al 30/06/04; Contrato No. 9114-04 del 01/07/04 al 31/10/04; Contrato No. 10576-04 del 01/11/04 al 31/01/05; Contrato No. 0685-05 del 01/02/05 al 31/05/05; Contrato No. 4858-05 del 01/06/05 al 31/08/05; Contrato No. 5930-05 del 01/09/05 al 10/10/05; Contrato No. 8361-05 del 11/10/05 al 31/01/06; Contrato No. 10829-06 del 01/02/06 al 31/05/06; Contrato No. 13680-06 del 01/06/06 al 10/10/06; Contrato No. 15755-06 del 11/10/06 al 30/11/06; Contrato No. 18681-06 del 01/12/06 al 04/01/07 y Contrato No. 01547-07 del 05/01/07 al 04/07/07 (folio 8).

Obran copias de los contratos de prestación de servicios suscritos por la actora, que abarcan el periodo comprendido entre el 14 de junio de 2003 al 9 de septiembre de 2007 (folios 242 a 289).

4. CASO CONCRETO

Con fundamento en los elementos de prueba obrantes en el plenario confrontados con la doctrina del contrato realidad, la Sala llega a las siguientes conclusiones que permiten sostener la configuración de una verdadera relación laboral entre la señora Diana Elvia Cuellar Tovar y la administración, que fue encubierta bajo el ropaje de contrato de prestación de servicios.

4.1) La intemporalidad de los contratos celebrados entre la actora y la entidad demandada.

Merece especial atención la intemporalidad de la relación supuestamente contractual entre el hospital y la demandante, que desborda abiertamente los límites impuestos por la ley y la jurisprudencia para distinguir el contrato de prestación de servicios de la relación laboral. Las pruebas obrantes en el proceso demuestran, que las funciones desempeñadas por la accionante no fueron de carácter transitorio o esporádico, característica propia del contrato de

prestación de servicios, sino que por el contrario se trató de una relación prolongada en el tiempo como lo demuestran los contratos celebrados entre la demandante y el hospital, prácticamente sin solución de continuidad, desde el mes de junio de 2003 hasta el 9 de septiembre de 2007, allegados en el plenario de folios 242 a 289 del expediente y a los que igualmente se hace alusión en la certificación que se encuentra a folio 8 del expediente, que además da cuenta que a la fecha de expedición de la referida constancia, la actora recibía como honorarios mensuales la suma de \$1.618.302 pesos M/cte.

Esta desproporción en la utilización de la figura prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, evidencia la necesidad del Hospital en contar con personal de planta adicional para las labores asistenciales en las distintas especialidades de la medicina, y a su vez demuestra indiscutiblemente que la contratación de la actora se dio con el ánimo de emplearla de modo permanente en la entidad, pero en franco desconocimiento de sus derechos salariales y prestacionales de carácter irrenunciable y en abierta pugna con el principio constitucional de igualdad.

4.2) Sobre la subordinación.

Observa la Sala, que la relación contractual entre la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento con la señora Diana Elvia Cuellar Tovar, se vio rodeada de unas condiciones bastante particulares que permiten sostener que no se trató de un vínculo meramente coordinado y con plena autonomía del contratista, sino que se trató de una relación dependiente o subordinada entre las partes. Al respecto se pronunciaron los testigos Luz Cielo Rodríguez Parga (fls. 225 a 229), Anadid Cancino Díaz (fls. 230 a 233) y Marina Villate Castillo (fls. 234 a 238)¹¹ en los siguientes términos:

Testimonio de la señora Luz Cielo Rodríguez Parga:

¹¹ Quienes manifestaron haber sido compañeras de trabajo de la señora Elvia Cuellar Tovar, durante el tiempo que ésta estuvo vinculada en la Clínica San Pedro Claver perteneciente al Instituto de los Seguros Sociales y luego en la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento.

“...PREGUNTADA: Desde el punto de vista laboral cuáles eran sus relaciones concretas con la señora DIANA ELVIA CUELLAR? CONTESTO: “Compañeras de trabajo, trabajamos en la misma oficina, ejecutábamos las mismas funciones, resolver quejas y conflictos de la entidad, derechos de petición, quejas, reclamos, hacíamos el trámite de todos estos procesos en iguales funciones”. PREGUNTADA: En algún momento la señora DIANA ELVIA le hizo comentarios acerca de su relación laboral en la entidad? CONTESTO: “Simplemente que tenía su contrato integral de trabajo, que no habían posibilidades de ser nombrada y llevaba mucho tiempo en estas condiciones”... Dígame al despacho si usted sabe si al demandante tenía la facultad de discutir las condiciones de cada uno de los contratos que suscribió con la demandada? CONTESTO: “No tenía la capacidad de discutir el contrato. Ya venían diseñados, si no firmaba no había contrato... cumplía un horario de trabajo de 8 de la mañana a 5 de la tarde de lunes a viernes... trabajaba 210 horas al mes, más que el personal de planta... sí existía el cargo de Trabajadora Social... PREGUNTADA: En cuanto a las labores realizadas, díganos si había alguna diferencia entre la demandante y las trabajadoras sociales de planta de la ESE Luis Carlos Galán? CONTESTO: “No había ninguna diferencia en cuanto a las funciones asignadas y realizadas, las funciones eran iguales para todas... había diferencia en el salario, las personas de planta ganaban más que las de contrato civil o integral, tenían más sueldo... el horario de trabajo era igual, pero las personas de contratación civil trabajaban más horas al mes. Las de planta 44 horas semanales o sea 176 horas al mes”... PREGUNTADA: Díganos si usted sabe si al demandante tenía la facultad de cambiar el horario de trabajo que le establecía la demandada, por otro que fuera de su conveniencia o parecer personal? CONTESTO: “No tenía la capacidad de cambiar el horario, tenía que ajustarse a la norma de la Institución”... “No tenía autonomía para retirarse del trabajo, debía solicitar un permiso al responsable de la oficina y devolver el tiempo o las horas de trabajo del permiso dado... PREGUNTADA: Dígame al despacho si había algún funcionario de la demandada que le impartiera a la demandante órdenes o directrices sobre las labores a realizar en la jornada de trabajo? CONTESTO: “Lo hacían permanentemente, el responsable de la oficina Doctor CARLOS ALBERTO VARGAS y el Director de la Clínica Doctor PEDRO DÁVALAS... órdenes relacionada con la atención del paciente, con las respuestas que debían darse en algunos casos para los derechos de petición, el desplazamiento hacía sitios para dar atención a pacientes de forma personalizada, atención a pacientes en el sitio de hospitalización, desplazamiento a la sala de urgencias para resolver conflictos que se presentaban frecuentemente y en el servicio de central de citas...””.

Testimonio de la señora Anadid Cancino Díaz:

“...las funciones de ella recibimiento, direccionamiento de las quejas que recibía de los usuarios...el coordinador directo de ella era un gineco obstetra que no recuerdo el nombre en este momento...éramos colegas y compañera de trabajo, por lo que era el trabajo social muy ligado con la oficina de atención al

usuario... Dígale al despacho si usted sabe si la demandante tenía la facultad de discutir cada uno de los contratos que suscribió con la demandada? CONTESTO: "no, porque ya llegaban hechos" PREGUNTADA: Dígale al despacho si usted sabe que la demandante para el ejercicio de sus labores cumpliera un horario de trabajo? CONTESTO: "Sí, el horario era de 206 horas mensuales y de 8 a 6 de la tarde diarios" PREGUNTADA: Dígale el despacho si para la época en que laboró la demandante para la demandada, existía en la planta de personal de esa entidad el cargo de Trabajadora Social? CONTESTO: "Sí" PREGUNTADA: En cuanto a las labores realizadas, díganos si había alguna diferencia entre la demandante y las trabajadoras sociales de planta de la ESE Luis Carlos Galán? CONTESTO: "No, ninguna"... PREGUNTADO: Díganos si usted sabe si la demandante tenía la facultad de cambiar el horario de trabajo que le establecía la demandada, por otro que fuera de su conveniencia o parecer personal? CONTESTO: "No se podía, era el horario establecido por la Dirección de Recursos Humanos". PREGUNTADO: dígale al despacho si usted sabe si durante las jornadas de trabajo que le establecía la ESE, la demandante tenía autonomía para retirarse de sus labores cuando ella quisiera o si para ello tenía que pedirle permiso a alguien... CONTESTO: "No se podía retirar, tenía que pedir permiso al Coordinador o en su defecto al jefe superior de donde dependía la gerencia" PREGUNTADA: Dígale al Despacho si había algún funcionario de la demandada que le impartiera a la demandante órdenes o directrices sobre las labores a realizar en la jornada de trabajo? CONTESTO: "El Coordinador impartía las órdenes, es el gineco obstetra pero no me acuerdo el nombre... todas las órdenes sobre las funciones laborales y el cumplimiento de horario, una función establecida por ejemplo era la redistribución de las funciones en cuanto a lo que eran las encuestas de satisfacción aplicadas a los pacientes y de atención al público en ventanilla... en toda la vinculación, siempre hubo una subordinación y un horario que cumplir..."

Testimonio de la señora Marina Villate Castillo:

"(...) PREGUNTADA: Sabe usted cuáles eran las funciones que desempeñaba la señora DIANA ELVIA CUELLAR TOVAR y de quien dependía ella? CONTESTO: "Ella dependía del Doctor CARLOS CORTÉS que era el jefe de atención al usuario. Las funciones que ella tenía era de atención al público, solución de problemas, quejas, reclamos, solucionar todos los problemas que llegaban ahí, tenía que responder y pasarle al jefe para que él firmara"... "ella tenía un contrato diferente a nosotros que éramos de planta, no era un contrato como nosotros los trabajadores de planta, a ella se le renovaba cada tres meses, cada seis meses, cada año, cada vez que querían, pero era continuo, era seguido, nunca tenía vacaciones, nunca le daban descanso de nada... yo siempre me enteraba de los contratos que le hacían, de lo mal pagos que eran esos contratos, las horas eran mucho más, nosotros los de planta trabajábamos 180 horas al mes y ellos los de contratos civil trabajaban 206 horas al mes, nosotros teníamos vacaciones, ellos no tenían vacaciones, a nosotros nos pagaban dominicales y festivos y a ella no les pagaban dominicales... ella tenía un horario y tenía que

cumplir las 206 horas al mes..” PREGUNTADA: Dígale al despacho si para la época en que laboró la demandante para la demandada, existía en la planta de personal de esa entidad el cargo de trabajadora social? “Sí, claro.”... PREGUNTADA: Díganos si usted sabe si la demandante tenía la facultad de cambiar el horarios (sic) de trabajo que le establecía la demandada, por otro que fuera de su conveniencia o parecer personal? CONTESTO: “No” PREGUNTADA: Dígale al despacho si usted sabe si había algún funcionario de la demandada que le controlara a la demandante el cumplimiento del horario de trabajo, y que eventualmente le hiciera llamados de atención por llegar tarde... CONTESTO: “El jefe el doctor CARLOS CORTÉS era el que el vigilaba el horario y le hacía llamados de atención verbales, no tengo presentes que le haya hecho llamadas de atención escritos.” PREGUNTADA: Dígale al despacho si había algún funcionario de la demandada que le impartiera a la demandante órdenes o directrices sobre las labores a realizar en la jornada de trabajo? Sí, el jefe CARLOS CORTÉS y había a nivel de la gerencia de la clínica, el director de la clínica y más arriba también porque esa oficina dependía de otro nivel superior.” PREGUNTADA: Sírvase adicionarnos su respuesta anterior, en el sentido de decirnos qué clase de órdenes o directrices le daban a la demandante? CONTESTO: “En cuanto a las funciones, al manejo de cómo se debían dar las respuestas de las quejas y todos (sic) el manejo y proceso de las quejas que se recibían”... PREGUNTADA: Dígale al despacho si usted sabe si las labores que cumplió la señora DIANA CUELLAR en la Clínica San Pedro fueron continuas o se presentó alguna interrupción por vacaciones o alguna otra razón que usted conozca? CONTESTO: “Ella nunca tuvo ningún descanso, ella siempre trabajó durante todo el tiempo... Quiero agregar que a nosotras las Trabajadoras Sociales de planta cada año nos daban uniformes, yo tenía derecho a 7 blusas y 7 pares de zapatos al año y ellas a nada...”.

Los testimonios transcritos coinciden en afirmar, que en la planta de personal de la entidad demandada existía el respectivo cargo cuya naturaleza correspondía a las mismas funciones desempeñadas por la actora durante su permanencia en la institución; que la demandante no contaba con la posibilidad de discutir las condiciones de cada uno de los contratos que suscribió, so pena de que no le fueran renovados y afirmaron; que las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la prestación del servicio le eran fijados a la actora, de antemano por el Hospital.

Estas declaraciones que no fueron controvertidas por la institución demandada, demuestran que la prestación personal del servicio por parte de la demandante, se dio en las mismas condiciones del resto del personal asistencial de planta del hospital, esto es, con sujeción absoluta a las directrices impartidas

por funcionarios ubicados en cargos jerárquicamente superiores, a la prestación personal del servicio a cambio de una remuneración, al cumplimiento de un horario y a la realización de las mismas funciones del personal de trabajo social, lo cual desde luego devela el verdadero vínculo que existió entre las partes.

En tales condiciones, es decir, desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio, como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios, y probados los elementos de la relación laboral en el sub examine concluye la Sala, que la administración utilizó equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configura en este caso, el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en el artículo 13 y 53 de la Carta Política, en tanto la demandante prestó el servicio público de salud en la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento de manera subordinada en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades al interior de la entidad.

Debe advertirse, que las diferentes situaciones administrativas y necesidades del servicio, no pueden convertirse en evasivas para vincular precaria e ilegalmente personal para el desempeño permanente de funciones públicas en este caso -el servicio de salud-, desconociendo las formas sustanciales de derecho público, las modalidades previstas en la Constitución y la ley para el ingreso al servicio público y aún las garantías laborales y derechos fundamentales de quienes así resultan vinculados; en conclusión, la administración pública no está legitimada en ninguna circunstancia para deslaborizar las relaciones laborales.

4.3) Sobre la condena en el caso concreto.

Advierte la Sala, que no hay lugar a aplicar la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores, como lo pretende la actora, por cuanto la declaración del contrato realidad y la ficción jurídica que crea, no retrotrae las cosas a su estado anterior, frente a situaciones ya consumadas, sino que actualiza una situación y reivindica la desigualdad que

generó esa modalidad de contratación ficticia; razón por la que no se puede emitir pronunciamiento acerca de los efectos de la escisión del Instituto de Seguros Sociales y la posibilidad de aplicar la aludida convención, pues la tesis del contrato realidad no tiene tales alcances.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia del a quo, que declaró la nulidad del Oficio LCGS-LIQ No. 2534-2007 de 13 de noviembre de 2007¹², pero se modificará la decisión, en el sentido de precisar que las sumas a reconocer no son a título de indemnización sino a título de restablecimiento del derecho y que éstas se reconocerán no con base en los honorarios pactados, sino en las sumas devengadas por los servidores de planta que desempeñaban las mismas funciones del cargo de trabajador social, es decir, tomando como base para la liquidación respectiva, el salario legalmente establecido para éstos.

En lo referente a las prestaciones compartidas (vr. gr. pensión y salud), se ordenará a la demandada el pago a favor de la demandante, de los **porcentajes de cotización que le correspondían** de conformidad con la Ley 100 de 1993, pagos que en virtud de las órdenes de prestación de servicios debieron ser asumidos totalmente por el presunto contratista (artículos 15 y 157 ibídem). No obstante, en caso de que éstos no se hayan efectuado en razón de lo dispuesto en el artículo 282 de la citada Ley 100 de 1993 atendiendo a la suscripción mensual de los contratos, la demandada deberá efectuar las cotizaciones respectivas a los dos sistemas, descontando de las sumas que se adeudan a la demandante, el porcentaje que a ésta corresponde. En todo caso, el tiempo efectivamente laborado se computará para efectos pensionales.

La anterior no es una decisión extra petita, pues se trata de derechos inherentes a la relación laboral, consecuencia obligada de la declaración de su existencia.

¹² Mediante el cual el Agente Apoderado Liquidador d la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento negó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral entre la señora Diana Elvia Cuellar y la entidad demandada, así como las prestaciones sociales de aquella relación.

Ahora, sobre las sumas causadas, debe precisarse que, como inicialmente se indicó, no opera el fenómeno prescriptivo por tratarse ésta de una sentencia de carácter constitutivo, a partir de la cual nace el derecho a favor de la peticionaria; razón por la que sobre las cesantías reconocidas, no hay lugar a la aplicación de la Ley 244 de 1995, pues la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

Primero: MODIFÍQUESE la sentencia del 24 de Septiembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D" que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, en el sentido de precisar que las sumas a reconocer no son a título de indemnización sino a título de restablecimiento del derecho y que éstas se reconocerán no con base en los honorarios pactados, sino en las sumas devengadas por los servidores de planta que desempeñaban las mismas funciones del cargo de trabajador social, es decir, tomando como base para la liquidación respectiva, el salario legalmente establecido para éstos.

Segunda: ADICIÓNENSE la sentencia, en el sentido de ordenar a la entidad demandada, pagar a la demandante los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar a los fondos respectivos, durante el periodo acreditado en que prestó sus servicios, en el porcentaje que le correspondía. En su defecto, la entidad efectuará las cotizaciones a que haya lugar, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia. **DECLÁRASE**

que el tiempo laborado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, se debe computar para efectos pensionales.

Tercera: En lo demás, **CONFÍRMASE** la decisión del a quo.

Cuarta: Una vez ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO