

CONTRATO REALIDAD – Auxiliar de farmacia / CONTRATO DE PRESTACIONES DE SERVICIOS Y CONTRATO LABORAL – Diferencia / SUBORDINACION – Relación laboral / PRINCIPIO DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS – En relaciones de trabajo / CONTRATO LABORAL - Existencia

[L]os contratos de prestación de servicios se permiten en los casos en los cuales la función de la administración no puede ser realizada por personas pertenecientes a la planta de la entidad oficial contratante, o por la necesidad de conocimientos especializados. Además, en estas situaciones hay autonomía e independencia técnica y profesional por parte del contratista. Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación continuada, caso en el cual surge 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. (...) Se entiende de lo anterior que no necesariamente se está frente a un contrato laboral cuando se desempeñan funciones similares a las de los empleados de planta, dado que una relación legal y reglamentaria tiene requisitos especiales. Por otra parte, se debe resaltar que en el caso en que se labore en la sede de la entidad, ello por sí mismo, no da lugar a que se declare la existencia del contrato laboral. También se vislumbra de la jurisprudencia citada *ut supra* que el hecho de recibir instrucciones sobre la correcta prestación del servicio, cumplir determinados horarios, rendir informes sobre la prestación del mismo no constituyen elementos de una relación de subordinación continuada, si no que se enmarcan en una relación de coordinación que debe existir entre los contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios y la administración para la correcta ejecución de los recursos públicos en aras de prestar un mejor servicio.

RELACIÓN LABORAL – Existencia / AUXILIAR DE FACTURACIÓN – Subordinación / ESTADO DE EMBARAZO – Prueba

De lo esquematizado anteriormente de las órdenes de prestación de servicios se puede inferir que no existió una prestación continuada e ininterrumpida en los periodos comprendidos del 5 de enero de 2004 al 1 de diciembre de 2006, en donde se demuestra que el elemento sustancial de subordinación continuada no se cumplió a cabalidad, porque no se dio una continuidad en la prestación del servicio como quiera que hubo lapsos importantes sin ningún tipo de vínculo, y por ende, mucho menos existió una continuada y permanente subordinación. Caso contrario se dio frente a los contratos de prestación de servicios entre el Gerente de la entidad demandada y la señora Luz Miriam Cerón Rosero en los periodos comprendidos del 1 de febrero de 2007 al 2 de julio de 2008, en donde se aprecia que se desempeñó como auxiliar de facturación, ya que existió una continuidad e ininterrumpida prestación del servicio presentándose el elemento de subordinación en donde la accionante tenía que dar cuentas, preparar, organizar y entregar al ingeniero de sistemas los soportes en carpetas y verificar los requisitos necesarios para que todas las cuentas que se generaran pudieran ser cobradas y estén en orden, el recibir dinero por concepto de pago de prestaciones de salud de procedimientos no incluidos en el POS, insumos, copagos y cuotas moderadoras, realizar arqueo de caja de diario por venta de servicios de salud, elaborar comprobantes y entregar relación diaria a la subgerente administrativa y financiera para su respectiva consignación y ejercer las demás funciones afines con la naturaleza del cargo que le fueran asignadas. Adicionalmente se observa también que la señora Luz Miriam Cerón Rosero se encontraba efectivamente en estado de embarazo para esas fechas en que prestó sus servicios en la entidad demandada, de acuerdo con documento obrante en el expediente suscrito por ella dirigido a al Centro de Salud Consacá E.S.E., en donde contó que «Por medio de

la presente me dirijo a usted, con el fin de presentar a su despacho fotocopia de prueba de embarazo y ecografía, donde consta que me encuentro en gestación de siete semanas aproximadamente» (f. 202), también existen los documentos donde se respalda lo manifestado anteriormente a folios 203 a 205. En igual sentido existe fotocopia expedida por la Clínica de Palermo en donde se aprecia que la demandante ingresó a la misma por hospitalización el 6 de septiembre de 2008 y salió el 8 de septiembre de 2008, en donde se le realizó una cesárea. (...) Los citados medios probatorios dan cuenta que la demandante desempeñó sus funciones en un horario determinado y en la sede de la entidad demandada, elementos que por sí solos no son suficientes para demostrar el aspecto sustancial de la subordinación continuada, pero por la naturaleza de funciones que desempeñaba como auxiliar de facturación, funciones claramente operativas y que se ejecutaban de manera continua, funciones que adicionalmente no requerían un conocimiento especializado propio de los contratos de prestación de servicios, llevan a la Sala a vislumbrar que se está en presencia de una relación laboral, en el citado período comprendido entre el primero de febrero de 2007 y el 7 de septiembre de 2008, exceptuando los pequeños lapsos en que no hubo contrato. De lo expuesto en el presente acápite se desprende que la actora logró probar que la relación contractual entablada con el Municipio de Consacá – Centro de Salud Consacá E.S.E., se enmarcó en un contrato de trabajo.

PROTECCION A LA MUJER – Durante el embarazo y después del parto / MUJER EMBARAZADA – Especial asistencia y protección del Estado / PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD – Derecho de mujer embarazada y prohibición de despido por motivo de lactancia o embarazo / FUERO DE MATERNIDAD – Estabilidad laboral / ESTABILIDAD LABORAL DE MADRE GESTANTE O EN ESTADO DE LACTANCIA – Vulneración / INDEMNIZACIÓN POR MATERNIDAD – 60 días posteriores al parto y 14 semanas como licencia de maternidad

[S]e afirma que la Constitución Política da protección a la mujer durante el embarazo y después del parto, por cuanto ella goza de la especial asistencia y protección del Estado. Adicional a esta protección a la mujer en estado de embarazo y de lactancia, se encuentran los derechos de los niños, todos de linaje constitucional fundamental. Y qué decir del perentorio mandato constitucional, según el cual, el Estado reconoce sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad. (...) [E]l artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 y los artículos 38, 39, 40 y 41 del Decreto 1848 de 1969 establecen el régimen de protección a la maternidad. En ellos se plasman derechos para la mujer embarazada y la prohibición de despido de su trabajo por motivos de lactancia o embarazo, consagrando la presunción de que el acto de retiro, en estos casos, tiene como causa dicho estado. Igualmente, consagró el pago de la indemnización por despido. (...) Se tiene que de acuerdo con lo anterior que ese fuero de maternidad no sólo involucra prerrogativas de índole económico sino de estabilidad laboral, situación que fue vulnerada en este caso, además de que no existió una motivación para tal despido el cual fue realizado al día siguiente de que naciera el hijo de la demandante, además de que no importa el tipo de vinculación en el que se encontrara. Por lo anterior se puede concluir que existió una vulneración a la estabilidad reforzada de la madre gestante o en estado de lactancia. (...) [E]n este caso, si bien es cierto la desvinculación de la demandante es ineficaz, por lo expuesto anteriormente, se le deberá pagar, a título de indemnización por maternidad, el valor de la remuneración que dejó de percibir entre la fecha del retiro efectivo del cargo, así como la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en pensión que corresponde

asumir a la entidad pública en los términos de la ley, durante 60 días posteriores al parto, más 14 semanas de descanso remunerado a que tiene derecho como licencia de maternidad, porque en el presente caso no existe evidencia que la demandante haya disfrutado de la correspondiente licencia de maternidad. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la sentencia SU 070/13 de la Corte constitucional en la cual se determinó en lo relacionado a la protección de la mujer embarazada en los contrato de prestación de servicios

FUENTE FORMAL: DECRETO 3135 DE 1968 – ARTICULO 21 / DECRETO 1848 DE 1969 – ARTICULO 38 / DECRETO 1848 DE 1969 – ARTICULO 39 / DECRETO 1848 DE 1969 – ARTICULO 40 / DECRETO 1848 DE 1969 – ARTICULO 41 / CONSTITUCIÓN POLITICA – ARTICULO 53 / CONSTITUCIÓN POLITICA – ARTIUCLO 43 / CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO – ARTICULO 239

PRESCRIPCION – Análisis / PRESCRIPCIÓN - Reclamación dentro de los 3 años posteriores a la terminación de la última vinculación contractual / APORTES A PENSION – No aplica la prescripción / APORTES A SEGURIDAD SOCIAL – Pensión

Siguiendo esta línea jurisprudencial, aparece probado en el expediente que la demandante solicitó mediante derecho de petición formulado el 26 de marzo de 2009, a la entidad accionada, la copia de los contratos de prestación de servicios. Posteriormente, el 9 de junio de 2009, elevó otro derecho de petición en el cual deprecó de manera concreta, se le reconozca las prestaciones sociales por los períodos laborados, además solicitó la indemnización por despido en estado de maternidad y/o lactancia, aunado a la solicitud del pago de la mora correspondiente. Así las cosas se evidencia que la demandante, reclamó ante la entidad demandada sus pretensiones en torno al reconocimiento del contrato laboral, dentro del término de los tres años siguientes a la terminación de la última vinculación contractual, es decir, en el período comprendido entre el 7 de septiembre de 2008 y el 7 de septiembre de 2011, como quiera que se demostró en el párrafo anterior que su reclamo lo presentó ante la entidad accionada el 9 de junio de 2009. Se concluye que no existe en el presente caso prescripción de las prestaciones sociales reclamadas durante el período reconocido. De otra parte, sobre la prescripción de los aportes a pensiones, es preciso mencionar que la prescripción no aplica frente a los aportes para pensión, tal como fue señalado en la sentencia de unificación número 0088-2015 de 25 de agosto de 2016, por esta Corporación. Se tiene que estos deben ser estudiados en cada caso en concreto, por cuanto ellos tienen incidencia en el derecho pensional. Se aprecia, que dentro del expediente no aparece prueba que se hubiere realizado los correspondientes aportes, es por ello, que en caso de que la demandante los hubiere realizado como contratista debe acreditarlos ante la entidad contratante para efectos de ser tenidos en cuenta como tiempo computable para pensión. En caso que no se hubieren realizado los aportes a seguridad social en pensión, la entidad accionada queda autorizada para descontar del valor reconocido por el período aludido, el valor que le corresponde sufragar como empleada a la señora LUZ MIRIAM CERÓN ROSERO y pagará de sus propios recursos lo que debe suministrar como empleador al sistema pensional, por el pluricitado lapso reconocido.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., dos (02) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 52001-23-31-000-2010-00505-02(4066-14)

Actor: LUZ MIRIAM CERÓN ROSERO

Demandado: MUNICIPIO DE CONSACÁ – CENTRO DE SALUD CONSACÁ E.S.E.

Asunto: Fallo ordinario – CONTRATO REALIDAD

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de 2 de mayo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño – Sala Cuarta de Decisión del Sistema Escritural, que negó las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Luz Miriam Cerón Rosero, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Municipio de Consacá – Centro de Salud Consacá E.S.E.

ANTECEDENTES

La señora Luz Miriam Cerón Rosero por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., pidió la nulidad de los actos administrativos contenidos en el Oficio de 2 de julio de 2009, proferido por el Municipio de Consacá – Centro de Salud Consacá E.S.E., mediante el cual se le negó una solicitud de reconocimiento, liquidación y pago de unos salarios dejados de percibir y prestaciones sociales y demás emolumentos de esta naturaleza; el Acto ficto presunto, producto del silencio administrativo que negó el recurso reposición de fecha de 10 de julio de 2009, interpuesto contra el Oficio de 2 de julio de 2009, expedido por el Gerente del Centro de Salud Consacá E.S.E.; Oficio de 18 de septiembre de 2009, emitido por el Alcalde Municipal de Consacá, en el que se le negó solicitud de reconocimiento de liquidación y pago de salarios y prestaciones sociales y demás emolumentos, por el despido en estado de maternidad y/o lactancia.

A título de restablecimiento del derecho solicitó, que se condene a la Alcaldía Municipal de Consacá y al Centro de Salud Consacá E.S.E., para que indemnicen a la demandante, por los perjuicios materiales y morales ocasionados por su despido unilateral e injusto los cuales estimó en la suma de \$53.226.000.

Que la sentencia sea proferida de conformidad con los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

HECHOS

Señaló que la señora Luz Miriam Cerón Rosero fue vinculada al Centro de Salud Consacá E.S.E., mediante órdenes de prestación de servicios a partir del 1 de abril de 2003 hasta el 30 de junio de 2006, como Auxiliar de Farmacia, del 1 de julio de 2006 hasta el 25 de mayo de 2007 como Auxiliar de Facturación y del 1 de noviembre de 2007 hasta el 7 de septiembre de 2008 nuevamente como Auxiliar de Facturación.

Indicó que cuando laboró en el Centro de Salud de Consacá E.S.E., lo hizo de lunes a viernes en horarios de 8.00 a.m. a 12.00 m y de 2.00 p.m. a 6.00 p.m., que incluso cuando se desempeñó como auxiliar de farmacia, laboró un fin de semana los sábados de 2.00 p.m., teniendo que estar disponible el sábado las 24 horas del día.

Dijo que los cargos desempeñados siempre fueron bajo la continua dependencia y subordinación de los diferentes gerentes o directores de esa E.S.E., cumpliendo eficientemente con las funciones que le fueron asignadas.

Por otra parte señaló que para el 6 de septiembre de 2008 nació su hijo Juan José Estrella Cerón y que al día siguiente, o sea el 7 de septiembre de 2008 encontrándose en estado de maternidad y/o lactancia fue despedida.

Añadió que para esa fecha como última asignación básica mensual devengaba la suma de \$517.500, advirtiendo que durante el tiempo en que laboró nunca le reconocieron o pagaron alguna clase de prestación social.

Por lo anterior solicitó mediante derecho de petición dirigido al Gerente del Centro de Salud Consacá E.S.E., que se le reconocieran, liquidaran y pagaran unas

prestaciones sociales, derechos laborales y demás emolumentos legales a los que considera tener derecho por haber laborado en esa entidad dentro de los periodos comprendidos entre: el 1 de abril de 2003 al 30 de junio de 2006, desempeñándose como auxiliar de farmacia, del 1 de julio de 2006 hasta el 25 de mayo de 2007, laborando como auxiliar de facturación y del 1 de noviembre de 2007 hasta el 7 de septiembre de 2008 trabajando nuevamente como auxiliar de facturación.

Ante el anterior derecho de petición la entidad demandada profirió Oficio de 2 de julio de 2009, en el que se le negó, el reconocimiento de las sumas solicitadas, pese a que según ella, se afirmó que tenía una vinculación laboral.

Frente a esto la señora Luz Miriam Cerón Rosero presentó escrito de 10 de julio de 2009, mediante el cual interpuso un recurso, que en su parecer agotar la vía gubernativa (ff. 44 – 48), contra el Oficio de 2 de julio de 2009, sin que se le haya dado respuesta del mismo hasta la fecha de la interposición de esta demanda.

El apoderado de la parte actora comentó que la señora Luz Miriam Cerón Rosero presentó derecho de petición ante el Alcalde Municipal de Consacá, pidiendo que se le reconocieran, liquidaran y pagaran sus prestaciones sociales, laborales y demás emolumentos legales sobre los que considera que tiene derecho, por haber laborado en el Centro de Salud de Consacá E.S.E., y como consecuencia de ello se expidió el Oficio número. 181 de 18 de septiembre de 2009, proferido por el Alcalde Municipal de Consacá, en el que se le negó lo pretendido mediante su escrito de petición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invocó la parte demandante como normas violadas las siguientes disposiciones:

La Constitución Política en sus artículos: 25, 43, 44 y 53.

Las legales: Decreto No. 3135 de 1968, Decreto 2150 de 1995, Ley 995 de 2005, Decreto 404 de 2006, Decreto 451 de 1984, Ley 995 de 2005, Decreto 404 de 2006, Decreto 600 de 2007, Ley 6 de 1945, Ley 65 de 1946, Ley 50 de 1990, Decreto 1252 de 2000, Ley 1071 de 2006, Decreto 1848 de 1969, Ley 1042 de

1978, Ley 50 de 1990, Ley 100 de 1993, Ley 4ª de 1992, Decreto 600 de 2007, Ley 15 de 1959.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN DE LAS NORMAS INVOCADAS EXPRESA:

Despido unilateral injusto.

Dijo que los elementos esenciales del contrato realidad están enunciados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que él se puede dar de manera escrita o verbal. Aseveró que la demandante ejecutó una labor bajo la continua subordinación y dependencia del empleador y por ende en este caso se evidencia un contrato de trabajo y que por lo tanto ello conlleva a favor de la señora Luz Miriam Cerón Rocero el reconocimiento de los derechos que se demandan, debiendo además de acuerdo con el artículo 65 del C.S.T., y 8 del Decreto 2351 de 1965, pagar salarios dejados de percibir, auxilio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, remuneración de los festivos y dominicales, compensación en dinero de las vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, prima de antigüedad, también la multa establecida en el artículo 5 de la Ley 187 de 1959, el subsidio de transporte, la indemnización por despido unilateral y sin justa causa, indemnización por despido de maternidad y/o lactancia, indemnización por la mora en el pago de las prestaciones sociales, auxilios y demás emolumentos legales, derivados de la relación laboral desde el 1 de abril de 2003 hasta el 30 de junio de 2006 como Auxiliar de Farmacia, del 1 de julio de 2006 hasta el 25 de mayo de 2007 como Auxiliar de Facturación y del 1 de noviembre de 2007 hasta el 7 de septiembre de 2008 como Auxiliar de Facturación.

Señaló que se vulneró el derecho al trabajo consagrado en el artículo 25 de la Constitución, al igual que el 53, en donde se establecen unos principios fundamentales del derecho laboral, como el de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, la protección especial a la mujer y a la maternidad.

Falsa motivación.

Dijo que se presentó una falsa motivación de los actos demandados que negaron lo solicitado en la reclamación, ya que están desconociendo derechos y principios constitucionales y laborales, por cuanto se anteponen formalismos sobre la realidad, ya que se configuran todos y cada uno de los elementos esenciales de la relación de trabajo, pues se demuestra la existencia de una prestación del servicio

de forma personal, bajo la continua dependencia y subordinación del empleador, al igual que la contraprestación por el servicio prestado. Aunado a ello, resaltó que cumplió horarios de trabajo, teniendo incluso que estar disponible los fines de semana.

Violación al fuero de maternidad.

Señaló que el artículo 43 de la Constitución Política, establece que la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación, y que durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado. Razón por la cual en nuestro ordenamiento jurídico se ha establecido la prohibición de despido durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o al aborto. Generando para ella una estabilidad laboral reforzada. Lo anterior hace parte del desarrollo normativo que se le ha dado al fuero especial de maternidad, que consagra la presunción legal de que el retiro de la empleada se considera ocasionado por motivos del embarazo o lactancia, cuando se produce dentro de la época que en ellos se prevén y el empleador lo dispone sin haber obtenido la autorización del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, en el caso de servidoras vinculadas por contrato de trabajo o mediante resolución inmotivada, cuando se trate de empleada pública.

Violación al principio de la primacía de la realidad.

Dijo que: *«la entrega libre de la energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o la causa que le de origen tiene el carácter de relación de trabajo y a ella se aplican las normas del estatuto de trabajo, las disposiciones legales y los tratados que versen sobre la materia. La prestación efectiva del trabajo por si sola, es suficiente para derivar derechos a favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas nacionales e internacionales, están llamadas a prosperar cuando se configure una relación laboral, sin reparar en las partes o en la calificación o denominación que se le haya querido dar al contrato»* (ff. 7 y 8).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La contestación de la demanda fue presentada de manera extemporánea por

parte del apoderado del Centro de Salud Consacá E.S.S. (ff. 123 a 129), por lo tanto no se tendrá en cuenta.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Nariño – Sala Cuarta de Decisión del Sistema Escritural mediante providencia de 2 de mayo de 2014, negó las pretensiones de la demanda (ff. 306 a 325).

Como problema jurídico señaló que se debe determinar si son nulos los actos demandados, mediante los cuales el Centro de Salud de Consacá E.S.E., negó el pago de los salarios dejados de percibir, prestaciones sociales y otros emolumentos de esta naturaleza a la actora por haber laborado como auxiliar de farmacia y facturación desde el «*1º de enero de 2004 hasta el 7 de septiembre de 2008 (sic)*» (f. 310).

Como primera medida la Sala entró a determinar la legalidad del Oficio de 2 de julio de 2009 y del acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo a través del cual se desató desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra este por la demandante el 10 de julio de 2009.

Dijo que en el presente caso se configuró el silencio administrativo negativo, el cual está determinado en el artículo 40 del C.C.A., por cuanto transcurrieron 3 meses desde la presentación de la petición de la señora Luz Miriam Cerón Rosero de 10 de julio de 2009, sin que el Centro de Salud de Consacá se pronunciara al respecto, por ello la respuesta se entendió negativa.

Luego estudió la nulidad de los actos acusados, señalando previamente las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y la relación de un vínculo laboral, que se circunscribe a 3 elementos que caracterizan al contrato laboral, los cuales son: i) prestación personal del servicio, ii) la remuneración como contraprestación del mismo y iii) la subordinación continuada del trabajador.

Resaltó que los 2 primeros elementos son comunes entre las dos formas de vinculación y el tercer elemento es el que los diferencia, debido a que el contratista por prestación de servicios puede ejercer su labor con autonomía, en tanto que en el contrato laboral debe hacerse con total obediencia a las órdenes por los superiores impartidas. Frente a ello indica que una vez observadas las pruebas

recaudadas en el proceso las súplicas no tienen vocación de prosperidad. Toda vez que las obrantes en el expediente se encuentran 3 contratos de prestación de servicios, entre la demandante y el representante legal del Centro de Salud de Consacá E.S.E., de los periodos de «5 de enero a 5 de abril de 2004, 5 de abril a 5 de julio de 2004 y 14 de octubre a 31 de diciembre de 2004, relacionados con el despacho de medicamentos de la droguería de dicha institución» (f. 320).

También habían 3 contratos de admisión los cuales estaban suscritos por la demandante y la Cooperativa de Trabajo Asociado de Salud Consacá – CONSACOOOP, por términos (sic) de un año del «1º de septiembre de 2005 (fls. 16-17), 1º de octubre de 2006 (fls. 18-19) y 1º de diciembre de 2006 (fls. 20-21), sin que en ellos se especifiquen las funciones que ha de desarrollar y la entidad o el lugar en donde a (sic) de prestar sus servicios, es decir, de ellos no se desprende ningún tipo de vínculo con la entidad demandada» (f. 320).

De esos documentos concluyó, que no existió una prestación continua e ininterrumpida, por cuanto los contratos celebrados con la cooperativa de trabajo asociado no acreditan ningún tipo de vínculo con el centro hospitalario, o sea, no se desprende relación laboral con la entidad demandada cuando el contrato no fue suscrito por el Centro de Salud Consacá E.S.E.

Consideró que esa prueba por sí misma no significa que se configure un contrato realidad, ya que se deben demostrar los requisitos efectivos de la relación laboral esto es, haberse acreditado que la persona prestó el servicio personalmente y bajo continuada dependencia y subordinación.

Que de acuerdo con esos contratos de prestación de servicios es indudable que el objeto del mismo fue el suministro de medicamentos en la farmacia de la entidad y como auxiliar de facturación; y que en el desarrollo de él se tendría plena autonomía para cumplir las actividades encomendadas, sin embargo, esos documentos no permiten determinar que exista subordinación continuada y órdenes impartidas a la demandante.

Sobre algunos testimonios en los cuales se evidencia el cumplimiento de horario de 8 a 12 m y de 2 a 6 pm de lunes a viernes y los días sábados y domingos con disponibilidad de 24 horas, no se advierte la subordinación continuada, debido a que los declarantes coinciden al dar cuenta del vínculo contractual existente entre

la accionante y la entidad demandada, del horario de ingreso y el de salida del lugar de trabajo, del salario mínimo devengado y que el tipo de vinculación con la entidad fue por medio de contrato, más sin embargo ninguno de ellos indicó las actuaciones de subordinación a las que se refiere la demandante, pues a pesar de manifestar que el superior fue el Gerente o el Sub Gerente de la entidad demandada, no especificaron en qué consistieron tales órdenes por ellos impartidas, o si le hicieron llamados de atención que determinen una sumisión de estos funcionarios.

Que de acuerdo con lo analizado anteriormente se evidencia que la señora Luz Miriam Cerón Rosero, estaba vinculada con el Centro de Salud de Consacá E.S.E., no obstante, existe duda sobre el elemento de la subordinación continuada que implica una de las partes fundamentales de la relación laboral.

El contrato de prestación de servicios tiene el propósito de desarrollar actividades administrativas propias de la entidad estatal que contrata, para propugnar su adecuado funcionamiento. En suma, son las necesidades del servicio las que hacen imperiosa la celebración de este tipo de contratos con personas naturales, esto es: que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta y/o que se requiera de conocimientos especializados en la labor, esto según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

No existió en este caso demostración de ninguna índole frente a la subordinación o dependencia continuidad en relación a las labores desarrolladas.

Por todo lo anterior negó las súplicas de la demanda.

APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de alzada, señalando que el Tribunal Administrativo de Nariño realizó un análisis inadecuado de la normatividad y los pronunciamientos jurisprudenciales frente a lo atinente al contrato estatal de prestación de servicios, toda vez que argumentó su decisión en el hecho de que el documento contractual aludido es permitido por la ley, sin tener en cuenta que existen prohibiciones y límites para el ejercicio del mismo, entre ellas que no se puede realizar este contrato por la administración para labores de carácter permanente. Ello *«implica un requisito de temporalidad que impone el*

deber de crear los respectivos cargos de planta para atender los servicios de la entidad, lo contrario significa que la administración utiliza la modalidad de contratación aquí descrita para disfrazar una relación laboral y eximirse del pago de las prestaciones sociales a los trabajadores, aún más cuando como en el presente caso el despido se produjo como causa de su estado de embarazo» (f. 327).

Expresa el apelante que la señora Luz Miriam Cerón Rosero trabajó en el Centro de Salud de Consacá y la E.S.E., realizando funciones que por su naturaleza deben ser incluidas dentro de la planta de personal, ya que no se puede pensar que los cargos de auxiliar de farmacia y de auxiliar de facturación sean actividades transitorias porque en su sentir esos servicios son esenciales para el buen funcionamiento de la entidad demandada.

Trae a colación unos apartes de la sentencia C-171 de 2012 expedida por la Corte Constitucional, relacionada con el contrato de prestación de servicios y sus limitaciones.

Asevera que la entidad demandada ha encubierto una relación laboral con la demandante, lo cual está probado con los aportes al expediente de los diversos contratos de prestación de servicios, los que demuestran que el servicio se prestó de manera permanente y de manera ininterrumpida, situación que hubiera permanecido en el tiempo si no hubiese sido por el parto de la accionante.

Señala que uno de los argumentos que empleó el Tribunal de Nariño para denegar las pretensiones de la demanda, es que las relaciones de trabajo entre la señora Luz Miriam Cerón Rosero y la entidad demandada fueron realizadas dentro del marco de coordinación, más sin embargo en el expediente está más que probado el elemento de subordinación y dependencia hacia el patrono, enfatizó en ello por cuanto se emitieron órdenes y bajo estos presupuestos se desempeñó la demandante en los cargos que ocupó. De acuerdo con ese análisis se entiende que el tipo de vinculación de la actora con la E.S.E. Consacá no era acorde con la naturaleza del contrato de prestación de servicios. Ella no contaba con autonomía ni independencia para el desarrollo de las funciones que realizaba, además debía hacerlo en un horario específico de lunes a viernes de 8:00 am a 12 m y de 2:00 pm a 6:00 pm, hasta los fines de semana y festivos.

Dice que para realizar las funciones de auxiliar tanto de farmacia como de facturación no se le exigió experiencia, capacitación y formación profesional, propias del contrato de prestación de servicios, por tanto esta forma de contratación encubrió una relación de índole laboral, cuya implicación principal fue que no se le reconocieran a la demandante los salarios, prestaciones sociales ni la afiliación a la seguridad social.

Establece como crucial para revocar la decisión de primera instancia la prueba consistente en las declaraciones obrantes en el expediente, mediante las cuales se puede constatar que la señora Luz Miriam Cerón Rosero cumplía un horario en la entidad demandada lo cual le quita el elemento de autonomía e independencia configurándose la subordinación.

Para finalizar manifiesta que el Municipio de Consacá – Centro de Salud Consacá E.S.E., contestó la demanda de manera extemporánea y que esto debe tomarse como indicio grave en su contra, cuestión que el Tribunal Administrativo de Nariño no tomó en cuenta.

Por todo lo anterior solicita que se revoque la providencia apelada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no hicieron uso del término para presentar sus alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

1. El problema jurídico.

El problema jurídico se contrae a establecer si en el presente asunto entre la señora Luz Miriam Cerón Rocero y el Municipio de Consacá – Centro de Salud Consacá se configuró una relación laboral, legal o reglamentaria a pesar de su vinculación mediante contratos de prestación de servicios y en caso afirmativo, si tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones solicitadas.

a. La diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral.

Para efectos de determinar el tipo de vinculación de la demandante con el Municipio de Consacá – Centro de Salud Consacá E.S.E., resulta pertinente recordar las diferencias entre las tipologías contractuales de prestación de servicios y de contrato laboral. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997 estableció:

«El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que **la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante** o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...*Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.*”.

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.

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

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

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

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

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

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo¹». (Negrilla fuera de texto)

De lo anterior se desprende que los contratos de prestación de servicios se permiten en los casos en los cuales la función de la administración no puede ser realizada por personas pertenecientes a la planta de la entidad oficial contratante, o por la necesidad de conocimientos especializados. Además, en estas situaciones hay autonomía e independencia técnica y profesional por parte del contratista.

Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación continuada, caso en el cual surge 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.

Sin embargo, las diferencias entre las mencionadas tipologías contractuales no se agotan con lo previamente enunciado. En efecto, esta Corporación en sentencia de Sala Plena del 18 de noviembre de 2003 señaló:

¹Corte Constitucional, Sentencia C – 174 de 19 de marzo de 1997, Magistrado Ponente: HERNANDO HERRERA VERGARA.

«En sentencia C-154 de 1.997 por la cual se declaró la exequibilidad del art. 32, numeral 3 ley 80 de 1.993, se expresó que en el evento de que la administración deforme la esencia y contenido natural del contrato de prestación de servicios y se dé paso al nacimiento disfrazado de una relación laboral en una especie de transformación sin sustento jurídico con interpretaciones y aplicaciones erradas, y con lo cual se vulneren derechos de los particulares “se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del contratista convertido en trabajador en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”.

5. Pero, por si lo anterior fuese poco, desde ningún punto de vista puede sostenerse que el contrato de prestación de servicios celebrado por la parte actora con la administración se oponga a derecho, es decir, que se encuentre prohibido por la ley. En efecto, el art. 32 de la L. 80 de 1.993 prescribe:

“ART. 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

.....

3º. Contrato de prestación de servicios.- Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

En el aparte transcrito la norma **señala el propósito de dicho vínculo contractual, cual es el de que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa; además, que dicha relación jurídica se establezca con personas naturales, bien sea cuando lo contratado no pueda realizarse con personal de planta, lo que a juicio de la Sala acontece, por ejemplo, cuando el número de empleados no sea suficiente para ello; bien sea cuando la actividad por desarrollarse requiera de conocimientos especializados.**

Resulta, por consiguiente, inadmisibles las tesis según las cuales tal vínculo contractual sea contrario al orden legal, pues como se ha visto, éste lo autoriza de manera expresa.

En el caso sub-examine se demostró que la actora se vinculó a la Dirección Seccional de la Administración Judicial de Caldas a través de contratos de prestación de servicios (folios 47 a 55 C.2) con el objeto de desarrollar las actividades que se consignaron en las cláusulas primera y segunda. Y es patente que no resulta contrario al ordenamiento jurídico el cumplimiento de funciones administrativas mediante la celebración y ejecución de tales convenciones.

Las personas que rindieron declaraciones testimoniales en el proceso dan cuenta de la actividad desplegada por la actora y el cumplimiento de labores específicas, las cuales pueden materializarse a través del contrato de prestación de servicios, entre los cuales pueden figurar, entre otros, como lo ha enseñado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, **los de asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de conceptos, vigilancia y aseo** (sent 14 de noviembre/96 Epx 12541). Y “dicha realidad no configuraría un motivo falso que afectara el acto cuestionado, pues se limita a constatar que objetivamente hubo un contrato de prestación de servicios y que la consecuencia legal de esta relación jurídica es la señalada por el artículo 164 del Decreto 222 de 1..983, reiterado por la nueva ley de contratación estatal (artículo 32, ley 80 de 1.993), que implica la inaplicabilidad de las normas que regulan la situación legal y reglamentaria de los empleados públicos en materia de prestaciones sociales, porque la demandante no lo fue” (sent 14 de noviembre/96 exp. 12541).

6. Es inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la litis, consistente en la prestación de servicios bajo la forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad desplegada por empleados públicos, dado que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen ordenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada.

Y lo es, en primer término, **porque por mandato legal, tal convención no tiene otro propósito que el desarrollo de labores “relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”;** lo que significa que la circunstancia de lugar en que se apoya la pretendida identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, carece de fundamento válido. Son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b.) que requiera de conocimientos especializados la labor (art. 32 L. 80/93).

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.**

Y es, finalmente, inaceptable, que se sostenga que no existe diferencia entre los efectos de un contrato de prestación de servicios como el del sub-lite y los de una situación legal y reglamentaria con base en que tanto los contratistas como quienes se encuentran incorporados a la planta de personal se hallan en las mismas condiciones. **Y a este yerro se llega porque no se tiene en cuenta cabalmente que 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: El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal” (sent C-555/94).**

Como lo ha explicado la H. Corte Constitucional son los que se acaban de señalar elementos esenciales o sustanciales sin los cuales no es posible que se dé la situación legal y reglamentaria, ni es factible que se puedan pagar prestaciones sociales a quienes desarrollan la labor ni tampoco sumas equivalentes a ellas, porque, como se indicó, no se reúnen las exigencias ad-sustantiam para que se adquiriera la condición de empleado público²». (Negrilla fuera de texto).

Se entiende de lo anterior que no necesariamente se está frente a un contrato laboral cuando se desempeñan funciones similares a las de los empleados de planta, dado que una relación legal y reglamentaria tiene requisitos especiales.

² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 18 de noviembre de 2003, Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0039-01(IJ), Magistrado Ponente: NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA.

Por otra parte, se debe resaltar que en el caso en que se labore en la sede de la entidad, ello por sí mismo, no da lugar a que se declare la existencia del contrato laboral.

También se vislumbra de la jurisprudencia citada *ut supra* que el hecho de recibir instrucciones sobre la correcta prestación del servicio, cumplir determinados horarios, rendir informes sobre la prestación del mismo no constituyen elementos de una relación de subordinación continuada, si no que se enmarcan en una relación de coordinación que debe existir entre los contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios y la administración para la correcta ejecución de los recursos públicos en aras de prestar un mejor servicio.

b. Análisis de la relación contractual en el caso concreto.

Con el fin de determinar lo entablado entre la demandante y la entidad demandada si se enmarcó en una relación laboral, habrá de analizarse cómo se desarrolló la misma en el caso concreto.

En el expediente consta que entre el representante legal del Centro de Salud Consacá y la demandante, se suscribieron las siguientes órdenes de servicio u órdenes de prestación de servicios:

Fecha de suscripción	Plazo del contrato	Valor total del Contrato
5 de enero de 2004 ³	Tres meses, desde el 5 de enero de 2004 hasta el 5 de abril de 2005.	\$ 1.200.000
5 de abril de 2004 ⁴	Tres meses, desde el 5 de abril de 2004 hasta el 5 de julio de 2004	\$ 1.200.000
14 de octubre de 2004 ⁵	Dos meses y diecisiete días, desde el 14 de octubre hasta el 31 de diciembre de 2004	\$ 1.026.667

También se observa que entre el Gerente de la Cooperativa de Trabajo Asociado en Salud de Consacá – CONSACCOOP y la accionante, se suscribieron los siguientes contratos de admisión:

Fecha de suscripción	Plazo del contrato	Valor total del Contrato
----------------------	--------------------	--------------------------

³ Folio 56.

⁴ Folio 14.

⁵ Folio 15.

1 de septiembre de 2005 ⁶	Tres meses desde el 1 de septiembre de 2005 hasta el 30 de noviembre de 2005.	\$ 1.200.000
1 de octubre de 2006 ⁷	Un mes desde el 1 de octubre de 2006 hasta el 31 de octubre de 2006	\$ 480.000
1 de diciembre de 2006 ⁸	Un mes desde el 1 de diciembre de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2006	\$ 480.000

También existen otros contratos de prestación de servicios así entre el Gerente de la entidad demandada y la señora Luz Miriam Cerón Rosero así:

Fecha de suscripción	Plazo del contrato	Valor total del Contrato
1 de febrero de 2007 ⁹	Dos meses, desde el 1 de febrero de 2007 hasta el 31 de marzo de 2007. (Como auxiliar de facturación).	\$ 971.4888
2 de abril de 2007 ¹⁰	Nueve meses, desde el 2 de abril de 2007 hasta 31 de diciembre de 2007. (Como auxiliar de facturación).	\$ 4.348.833
1 de enero de 2008 ¹¹	Tres meses, desde 1 de enero de 2008 hasta el 31 de marzo de 2008. (Como auxiliar de facturación).	\$ 1.551.951
2 de abril de 2008 ¹²	Dos meses y veintinueve días, a partir del 2 de abril de 2008. (Como auxiliar de facturación)	\$ 1.535.250
2 de julio de 2008 ¹³	Sesenta y seis días, desde el 2 de julio hasta el 7 de septiembre de 2008. (Como auxiliar de facturación).	\$ 1.138.500

De lo esquematizado anteriormente de las órdenes de prestación de servicios se puede inferir que no existió una prestación continuada e ininterrumpida en los periodos comprendidos del 5 de enero de 2004 al 1 de diciembre de 2006, en donde se demuestra que el elemento sustancial de subordinación continuada no se cumplió a cabalidad, porque no se dio una continuidad en la prestación del servicio como quiera que hubo lapsos importantes sin ningún tipo de vínculo, y por ende, mucho menos existió una continuada y permanente subordinación.

Caso contrario se dio frente a los contratos de prestación de servicios entre el Gerente de la entidad demandada y la señora Luz Miriam Cerón Rosero en los periodos comprendidos del 1 de febrero de 2007 al 2 de julio de 2008, en donde se aprecia que se desempeñó como auxiliar de facturación, ya que existió una continuidad e ininterrumpida prestación del servicio presentándose el elemento de subordinación en donde la accionante tenía que dar cuentas, preparar, organizar y entregar al ingeniero de sistemas los soportes en carpetas y verificar los requisitos

⁶ Folios 16 y 17.

⁷ Folios 18 y 19.

⁸ Folios 20 y 21.

⁹Folios 22 y 23. En este contrato no hay firma de la demandante.

¹⁰Folios 24 y 25. En este contrato no hay firma de la demandante.

¹¹Folios 29 y 30.

¹²Folios 54 y 55.

¹³Folios 57 y 58.

necesarios para que todas las cuentas que se generaran pudieran ser cobradas y estén en orden, el recibir dinero por concepto de pago de prestaciones de salud de procedimientos no incluidos en el POS, insumos, copagos y cuotas moderadoras, realizar arqueo de caja de diario por venta de servicios de salud, elaborar comprobantes y entregar relación diaria a la subgerente administrativa y financiera para su respectiva consignación y ejercer las demás funciones afines con la naturaleza del cargo que le fueran asignadas.

Adicionalmente se observa también que la señora Luz Miriam Cerón Rosero se encontraba efectivamente en estado de embarazo para esas fechas en que prestó sus servicios en la entidad demandada, de acuerdo con documento obrante en el expediente suscrito por ella dirigido a al Centro de Salud Consacá E.S.E., en donde contó que *«Por medio de la presente me dirijo a usted, con el fin de presentar a su despacho fotocopia de prueba de embarazo y ecografía, **donde consta que me encuentro en gestación de siete semanas aproximadamente**»* (f. 202), también existen los documentos donde se respalda lo manifestado anteriormente a folios 203 a 205. En igual sentido existe fotocopia expedida por la Clínica de Palermo en donde se aprecia que la demandante ingresó a la misma por hospitalización el 6 de septiembre de 2008 y salió el 8 de septiembre de 2008, en donde se le realizó una cesárea (f. 217).

Ahora es necesario analizar la prueba testimonial aducida por la demandante para tener aún más claridad sobre el asunto. En el proceso se practicaron los testimonios de María Mariela Rosero Benavides, José Vicente Benavides, Ana Dolores Leyton Caicedo y Marcela Detyanira Legarda Ortega, que en lo pertinente señalaron:

1. Testimonio de María Marcela Rosero Benavides¹⁴:

«A Luz Miryam la conozco porque ella trabaja en la ESE de Consacá, cuando yo entre (sic) a laborar en la ESE en el 2005 ella ya estaba trabajando allá, ella se desempeñaba en el cargo de Auxiliar de Farmacia y tuvo otro cargo de auxiliar de facturación en otro periodo, ella cumplía el horario de 8:00 a 12 y de 2:00 a 6:00, de lunes a viernes y sábado y domingos ellos tenían turnos, yo sé que ella se vinculó por contratos. El que nos daba las órdenes ahí era el Gerente y el Subgerente, primero que todo en cumplimiento de horario, ella debía rendir informe de inventarios de farmacia y también despachaba medicamentos, las otras funciones las relacionadas con el cargo de auxiliar de farmacia. Nosotros estuvimos en estado de embarazo, y el retiro de ella fue por los dolores de parto y desde eses momento fue desvinculada de la ESE, como lo hicieron conmigo».

¹⁴ Folios 227 y 228.

2. Testimonio de José Vicente Benavides¹⁵:

«... fuimos compañeros de trabajo en el Centro de Salud de Consacá, ella desempeñaba el cargo de auxiliar de farmacia, yo entré en el año 2004 y ella ya estaba laborando ahí, en el Centro de Salud, como yo soy de aquí de Consacá, yo vivo en la vereda El Tejar y Luz Miriam vive en el barrio Libertad en el casco urbano de Consacá. Como somos residentes en este Municipio, recibimos el servicio de salud en el Centro de Salud, anteriormente a lo que yo entré a trabajar, al tiempo que yo entré a trabajar en el 2004 y yo estuve hasta el año 2008 y Luz Miriam también estaba trabajando y ella siguió trabajando ahí, yo me desempeñaba como almacenista. ... Yo entré en el año 2004 a laborar y Luz Miriam estaba laborando, salí en el año 2008 y ella siguió laborando, a ella le cancelaron el contrato, después de que ella tuvo el bebé, yo estuve hasta Marzo de 2008, ella cuando estaba en embarazo estuvo trabajando, yo salí y ella siguió laborando.

...

Ella estuvo como auxiliar de farmacia y en el año 2007 la pasaron a auxiliar de facturación. Yo salí en el año 2008, ella siguió laborando, ella me comentó solo que a ella le cancelaron el contrato.

...

Ella trabajaba de lunes a viernes de 8:00 a 12:00 a.m. y de 2:00 a 6:pm. pero tenía disponibilidad sábados, domingos, festivos y en horas de la noche, cuando la llamaban tenía que hacer presencia allá».

3. Testimonio de Ana Dolores Leyton Caicedo¹⁶:

«Yo a ella la conozco desde el bachillerato e inicié (sic) en el año 2005 hasta el 2007 a trabajar como auxiliar de farmacia y ella también, ella estaba antes, ella estaba laborando antes de que yo entrara a laborar. El horario era de 8:00 a 12:00 a.m. y de 2:00 a 6:00 p.m. y los sábados y domingos y las noches, hacíamos turnos de disponibilidad, una semana yo y otra ella. A mi (sic) me hicieron firmar una o dos veces, pero no firme (sic) qué tipo de contrato era el que firme (sic), y el salario era salario mínimo y de ahí nos descontaban para salud y pensión.

... ella en el 2008 tuvo su bebé, yo le pregunté si estaba trabajando en el Centro de Salud y me dijo que no, y después me dijo que le habían cancelado el contrato, pero no se (sic) la razón de porque(sic) le cancelaron el contrato.

... entramos a las 8:00 de la mañana y firmábamos (sic) un ungreso (sic), teníamos un contrl interno y salíamos (sic) a las 12:00 a.m. y regresábamos (sic) a las 2:00 hasta las 6:00 p.m y los sábados y domingos de disponibilidad, nos turnábamos (sic) una semana ella y otra semana yo, nos entregaban un radio, por lo que nos llamaban cuando necesitaban algo ... por medio del cual nos llamaban cuando nos necesitaban, para la entrega de medicamento».

4. Testimonio de Marcela Detyanira Legarda Ortega¹⁷.

«ella la conozco desde hace veinte o veinticinco años, es que yo soy de Consaca (sic) y ella también es de Consacá, ella vive allá a una cuadra de mi casa, trabajamos juntas en el Centro de Salud de Consacá, en el año 2004 al 2006, ella como auxiliar de regencia de farmacia y yo como auxiliar de farmacia, ella era mi jefe, yo salí antes que ella mi periodo del 2004 al 2006 (sic), y ella se quedó trabajando en la farmacia, no se(sic) cuándo se retiró ella».

...

«Ella desempeño (sic) el cargo de facturación en el 2010, no se las fechas exactas, en el tiempo nuestro cuando trabajábamos recibíamos el mínimo y de ahí para acá si no se(sic), no se (sic) hasta cuando trabajo (sic) en facturación».

¹⁵ Folios 239 a 241.

¹⁶ Folios 242 y 243.

¹⁷ Folios 265 a 267.

«PREGUNTADA.- Sírvase manifestar al despacho el horario que ustedes cumplían cuando (sic) trabajando en el centro de Salud Consaca (sic)?»

CONTESTO.- Mas que todo era disponibilidad las veinticuatro horas, pero el horario ere de ocho (8) a doce (12) y de dos a seis de la tarde. De lunes a Viernes, sábado y domingos y festivos disponibles, que a la hora llegaba una urgencia necesitaban medicamentos teníamos que estar entregando medicamentos sea cual fuere la hora, de 8 a 12 y de 2 a 6 en el Centro de Salud y posteriormente manejábamos un radio y nos hacían un llamado la enfermera de turno o el vigilante.

PREGUNTADA.- Sírvase manifestar al despacho quien(sic)contrató a la señora LUZ MIRIAM CERON para que trabaje en el Centro de Salud Consaca (sic) ESE?

CONTESTO.- En ese tiempo era el gerente el doctor EDGAR GURBANO.

PREGUNTADA.- Sírvase manifestar al despacho si su empleador les daba órdenes?

CONTESTO.- Ordenes (sic) para pedidos de medicamentos, cumplimiento al horario, la disponibilidad, entrega mensualmente un inventario de los medicamentos que existen, de los que se vencían o estaban por terminarse.

PREGUNTADA.- Sírvase manifestar al despacho si durante la vigencia de la relación laboral el centro de Salud Consaca (sic) ESE le pagó o le canceló a la señora LUZ MIRIAM horas extras, y prestaciones sociales?

CONTESTO.- No, no nos pagaron».

Los citados medios probatorios dan cuenta que la demandante desempeñó sus funciones en un horario determinado y en la sede de la entidad demandada, elementos que por sí solos no son suficientes para demostrar el aspecto sustancial de la subordinación continuada, pero por la naturaleza de funciones que desempeñaba como auxiliar de facturación, funciones claramente operativas y que se ejecutaban de manera continua, funciones que adicionalmente no requerían un conocimiento especializado propio de los contratos de prestación de servicios, llevan a la Sala a vislumbrar que se está en presencia de una relación laboral, en el citado período comprendido entre el primero de febrero de 2007 y el 7 de septiembre de 2008, exceptuando los pequeños lapsos en que no hubo contrato.

De lo expuesto en el presente acápite se desprende que la actora logró probar que la relación contractual entablada con el Municipio de Consacá – Centro de Salud Consacá E.S.E., se enmarcó en un contrato de trabajo.

c. Respetto de la estabilidad reforzada de la madre gestante.

Hasta este punto sería suficiente para la Sala el análisis para demostrar la relación laboral deprecada, sin embargo y para abundar en razones, se entrará a analizar otro aspecto sustancial que refuerza, aún más, la tesis de la Sala.

En efecto, en relación con lo manifestado por la demandante, que fue despedida por estar en estado de lactancia, se puede apreciar en el fallo apelado de 2 de mayo de 2014 proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño – Sala Cuarta de Decisión del sistema escritural, que en él no hizo alusión a este asunto.

Ahora bien, se afirma que la Constitución Política da protección a la mujer durante el embarazo y después del parto, por cuanto ella goza de la especial asistencia y protección del Estado. Adicional a esta protección a la mujer en estado de embarazo y de lactancia, se encuentran los derechos de los niños, todos de linaje constitucional fundamental. Y qué decir del perentorio mandato constitucional, según el cual, el Estado reconoce sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

Tal como está en el artículo 43 de la Constitución Política que dice:

«Art. 43.- La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.»

Estos no son conceptos muertos, constituyen los principios o dogmas sobre los cuales se edifica el Estado Social de Derecho que nos rige.

En el mismo sentido se tiene que el artículo 53 de la Constitución Política establece que:

«El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La Ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcionalidad a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; **protección especial a la mujer, a la maternidad** y al trabajador menor de edad.»(Negrilla fuera del texto).*

A su vez, el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 y los artículos 38, 39, 40 y 41 del Decreto 1848 de 1969 establecen el régimen de protección a la maternidad. En ellos se plasman derechos para la mujer embarazada y la prohibición de despido de su trabajo por motivos de lactancia o embarazo, consagrando la presunción de que el acto de retiro, en estos casos, tiene como causa dicho estado. Igualmente, consagró el pago de la indemnización por despido.

Los artículos precitados disponen lo siguiente:

«ARTÍCULO 38. EFECTOS JURÍDICOS DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD. La licencia por maternidad no interrumpe el tiempo de servicios para computar las prestaciones que la Ley establece en atención a dicho factor, como vacaciones remuneradas, prima de navidad, cesantía y pensión de jubilación.

ARTÍCULO 39. PROHIBICIÓN DE DESPIDO. 1. Ninguna empleada oficial podrá ser despedida por motivos de embarazo o lactancia. 2. Durante el embarazo y los (3) meses subsiguientes a la fecha del parto o aborto, solamente podrá efectuarse el retiro de la empresa por justa causa comprobada y mediante autorización expresa que al efecto deberá solicitarse del respectivo inspector del trabajo, cuando se trate de trabajadoras vinculadas por contrato de trabajo. Si la empleada oficial estuviere por una relación de derecho público, se requerirá para tal efecto resolución motivada de la correspondiente entidad nominadora.

ARTÍCULO 40. PRESUNCIÓN DE DESPIDO POR EMBARAZO. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando tiene lugar dentro de los periodos señalados en el Artículo anterior y sin la observancia de los requisitos exigidos en dicha norma legal.

*ARTÍCULO 41. INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO. 1. En el caso de despido sin el lleno de los requisitos exigidos en el inciso 2 del Artículo 39. De este Decreto, la empleado oficial tiene derecho a que la entidad, establecimiento o empresa donde prestaba sus servicios, le pague lo siguiente: a. **Una indemnización equivalente al salario de sesenta (60) días, que se liquidarán con base en el último salario devengado por la empleada; y b. La suma de dinero correspondiente a la licencia remunerada de ocho (8) semanas, si el despido impide el goce de dicha licencia.** 2. Lo dispuesto en los literales anteriores sin perjuicio de las demás indemnizaciones y prestaciones que hubiera lugar, conforme al vínculo jurídico existente con la empleada oficial al tiempo de su despido, y a lo que dispone el Artículo 8º. De la Ley 73 de 1966.»*

Se tiene que según los hechos de la demanda la señora Luz Miriam Cerón Rosero dio a luz el 6 de septiembre de 2008 (ya que nació su hijo Juan José Estrella Cerón) y que el día 7 de septiembre de 2008 encontrándose en estado de maternidad y/o lactancia fue despedida, se aprecia que tal circunstancia fue probada de acuerdo con lo analizado con el material acreditativo que reposa en el expediente tal como fue descrito anteriormente.

Esta Corporación ha manifestado mediante providencia que:

«como principio de igualdad, la mujer embarazada goza de derecho a no ser desvinculada de su empleo, a menos que exista una razón suficiente y admisible que permita su desvinculación.

Bajo este contexto se ha señalado que el fuero de maternidad no sólo involucra prerrogativas económicas en favor de la trabajadora embarazada, sino también garantías de estabilidad en el empleo, por lo que los despidos en ese periodo se presumen, que son consecuencia de la discriminación que el ordenamiento jurídico reprocha. De esta forma, le corresponde al empleador desvirtuar tal presunción, explicando de manera suficiente y razonable que el despido o la desvinculación del cargo no se produjo por causa del embarazo, sino que se presentó una razón objetiva que lo habilitó para efectuar la desvinculación.

Lo anterior, aplicando al caso, permite establecer que la especial protección constitucional de la servidora pública durante el periodo de gestación ó dentro de los tres meses siguientes al parto, cualquiera que sea el tipo de su vinculación, impone una carga argumentativa específica del acto administrativo que la retira del servicio»¹⁸

Se tiene que de acuerdo con lo anterior que ese fuero de maternidad no sólo involucra prerrogativas de índole económico sino de estabilidad laboral, situación que fue vulnerada en este caso, además de que no existió una motivación para tal despido el cual fue realizado al día siguiente de que naciera el hijo de la demandante, además de que no importa el tipo de vinculación en el que se encontrara.

Por lo anterior se puede concluir que existió una vulneración a la estabilidad reforzada de la madre gestante o en estado de lactancia.

Por otro lado, en cuanto a lo alegado por la demandante en el sentido que el Municipio de Consacá – Centro de Salud Cosacá E.S.E., contestó la demanda de manera extemporánea y que esto debe tomarse como indicio grave en su contra, cuestión que el Tribunal Administrativo de Nariño no tomó en cuenta, se observa claramente que el Tribunal sí tuvo presente esta acontecimiento dentro del procedimiento que adelantó, ya que mediante providencia de 4 de abril de 2011 (ff. 134 y 135), señaló lo siguiente: «*Sin lugar a considerar el escrito de contestación a la demanda suscrito por el apoderado del Centro de Salud Consacá ESE., por haber sido presentado extemporáneamente*».

Adicionalmente la entidad demandada dio cumplimiento a los requerimientos de documentos solicitados por el tribunal en mención, haciendo el aporte de lo solicitado.

Para finalizar, en este caso, si bien es cierto la desvinculación de la demandante es ineficaz, por lo expuesto anteriormente, se le deberá pagar, a título de indemnización por maternidad, el valor de la remuneración que dejó de percibir entre la fecha del retiro efectivo del cargo, así como la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en pensión que corresponde asumir a la entidad pública en los términos de la ley, durante 60 días posteriores al parto, más 14 semanas de descanso remunerado a que tiene derecho como licencia de maternidad, porque en el presente caso no existe evidencia que la demandante

¹⁸Sentencia de 26 de junio de 2008, M.P., Jaime Moreno García. Proceso número. 70001-23-31-000-2001-01614-01 (2998-2005).

haya disfrutado de la correspondiente licencia de maternidad. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la sentencia SU 070/13 de la Corte constitucional en la cual se determinó en lo relacionado a la protección de la mujer embarazada en los contrato de prestación de servicios lo siguiente:

*«En el supuesto de vinculación de la mujer gestante o lactante mediante contrato de prestación de servicios, el juez de tutela deberá analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral. Si bien la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la configuración de un "contrato realidad", pues "existen las vías procesales ordinarias laborales o las contencioso administrativas, a través de las cuales [se] puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral", en los casos donde se encuentre en inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho constitucional fundamental, este estudio deberá ser realizado por el juez de tutela. En el caso de contratos de prestación de servicios celebrados por el Estado con personas naturales, debe advertirse que éste únicamente opera cuando "para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden". Por esta razón, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que si en el contrato de prestación de servicios, privado o estatal, se llegare a demostrar la existencia de una relación laboral, "ello conllevaría a su desnaturalización y a la vulneración del derecho al trabajo reconocido en el preámbulo; a los artículos 1, 2 y 25 de la Carta; además a los principios de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, al de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y al de la estabilidad en el empleo." Con todo, en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato realidad, la Sala ha dispuesto que **se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro las característica del contrato de prestación de servicios, según lo ha entendido esta Corporación, se encuentran que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.**» (Negrilla fuera del texto).*

Siguiendo la línea del texto anterior se debe aplicar lo establecido para los contratos a término fijo lo cual está analizado en esa sentencia reseñada, la Corte Constitucional estableció lo siguiente:

*«Cuando el empleador conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan dos situaciones: 1 Si la desvincula antes del vencimiento del contrato sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo: **En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación.** Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando como una justa causa el vencimiento del plazo pactado: En este caso el empleador debe acudir antes del vencimiento del plazo pactado ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación;*

y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C. S. T. Cuando el empleador NO conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan tres alternativas: Si la desvincula antes del vencimiento del contrato, sin alegar justa causa: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Adicionalmente se puede ordenar por el juez de tutela que se paguen las indemnizaciones por despido sin justa causa. Si la desvincula antes del vencimiento del contrato PERO alega justa causa distinta a la modalidad del contrato: En este caso sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa casusa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral. Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando esto como una justa causa: En este caso la protección consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. En este caso no procede el pago de los salarios dejados de percibir, porque se entiende que el contrato inicialmente pactado ya había terminado.» (Negrilla fuera del texto).

De acuerdo con lo expuesto se tiene que la normativa aplicable es el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo el cual fue modificado por el artículo 2 de la Ley 1468 de 2011, que expresa lo siguiente:

- «1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.
2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia cuando ha tendido lugar dentro del periodo del embarazo dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.
3. **Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.**
4. **En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de las catorce (14) semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; en caso de parto múltiple tendrá derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término»** (Negrilla fuera del texto).

ANALISIS DE LA PRESCRIPCIÓN

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

«la imprescriptibilidad ... no opera frente a la devolución de los dineros

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

Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiere hecho o existiese diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o complementar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador»¹⁹. (Negrilla fuera del texto).

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

Siguiendo esta línea jurisprudencial, aparece probado en el expediente que la demandante solicitó mediante derecho de petición formulado el 26 de marzo de 2009 (f. 31), a la entidad accionada, la copia de los contratos de prestación de servicios. Posteriormente, el 9 de junio de 2009, elevó otro derecho de petición (ff. 35-37) en el cual deprecó de manera concreta, se le reconozca las prestaciones sociales por los períodos laborados, además solicitó la indemnización por despido en estado de maternidad y/o lactancia, aunado a la solicitud del pago de la mora correspondiente.

Así las cosas se evidencia que la demandante, reclamó ante la entidad demandada sus pretensiones en torno al reconocimiento del contrato laboral, dentro del término de los tres años siguientes a la terminación de la última vinculación contractual, es decir, en el período comprendido entre el 7 de septiembre de 2008 y el 7 de septiembre de 2011, como quiera que se demostró en el párrafo anterior que su reclamo lo presentó ante la entidad accionada el 9 de junio de 2009.

Se concluye que no existe en el presente caso prescripción de las prestaciones sociales reclamadas durante el período reconocido.

De otra parte, sobre la prescripción de los aportes a pensiones, es preciso

¹⁹Sentencia CE-SUJ2 de 25 de agosto de 2016, M.P., Carmelo Perdomo Cuéter. Proceso número. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015). Demandante Lucinda María Cordero Causil. Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba).

mencionar que la prescripción no aplica frente a los aportes para pensión, tal como fue señalado en la sentencia de unificación número 0088-2015 de 25 de agosto de 2016, por esta Corporación. Se tiene que estos deben ser estudiados en cada caso en concreto, por cuanto ellos tienen incidencia en el derecho pensional. Se aprecia, que dentro del expediente no aparece prueba que se hubiere realizado los correspondientes aportes, es por ello, que en caso de que la demandante los hubiere realizado como contratista debe acreditarlos ante la entidad contratante para efectos de ser tenidos en cuenta como tiempo computable para pensión.

En caso que no se hubieren realizado los aportes a seguridad social en pensión, la entidad accionada queda autorizada para descontar del valor reconocido por el período aludido, el valor que le corresponde sufragar como empleada a la señora LUZ MIRIAM CERÓN ROSERO y pagará de sus propios recursos lo que debe suministrar como empleador al sistema pensional, por el pluricitado lapso reconocido.

Por otro lado. No habrá lugar al pago de perjuicios morales, por cuanto los mismos no fueron probados en el proceso por la señora Luz Miriam Cerón Rosero.

En cuanto a las costas, tampoco se decretarán, toda vez que no existe evidencia de mala fe o temeridad en la actuación por parte de la parte accionada, además de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso.

En consecuencia como restablecimiento del derecho a la entidad accionada se le ordenará lo siguiente:

- a. **PAGAR** el valor correspondiente a las prestaciones sociales, derivadas de la relación laboral reconocida en esta sentencia por el período comprendido entre el primero de febrero de 2007 hasta el 7 de septiembre de 2008, salvo los cortos periodos de interrupciones, tomando como base para liquidar las citadas prestaciones el valor de los honorarios percibidos en el último contrato de prestación de servicios, es decir, teniendo en cuenta la suma de **un millón ciento treinta y ocho mil quinientos pesos (\$1.138.500.00)** mcte (ff. 57-58). Esto de acuerdo con el del Decreto 1848 de 1969 antes aludido, toda vez que así lo señaló, ya que estableció lo siguiente: «...*Una indemnización equivalente al salario de sesenta (60) días, que se*

liquidarán con base en el último salario devengado por la empleada...»

y el último salario fue el valor de ese último contrato.

- **PAGAR** una indemnización por maternidad que deberá cubrir el valor de la remuneración que dejó de percibir la actora entre la fecha del retiro efectivo del cargo (el 7 de septiembre de 2008), y los 60 días de salario posteriores al parto, es decir, hasta el 6 de noviembre de 2008. Más las 14 semanas de descanso remunerado que contempla la Ley 1468 de 2011.
- **CALCULAR** el ingreso base de cotización pensional (IBC) (los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios) de la señora **LUZ MIRIAM CERÓN ROSERO**, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones las sumas faltantes por concepto de **aportes a pensión** solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la demandante deberá probar a la entidad contratante, las cotizaciones que realizó al sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le atañe como trabajadora.

Se dará aplicación a los ajustes de valor contenidos en el artículo 178 del C.C.A. (indexación), para conservar la capacidad adquisitiva de las sumas reconocidas.

En consecuencia, la sentencia apelada debe ser revocada, para que en su lugar, se accedan a las pretensiones de la demanda.

DECISIÓN

Por todo lo anteriormente expuesto y una vez analizadas las pruebas en conjunto como lo establece la sana crítica, esta Sala de Subsección procederá a **REVOCAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño de 2 de mayo de 2014 y en su lugar declarar la nulidad de los actos demandados y accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por

autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 2 mayo de 2014, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del Oficio de 2 de julio de 2009, proferido por el Municipio de Consacá – Centro de Salud Consacá ESE, mediante el cual se le negó la solicitud presentada por la señora Luz Miriam Cerón Rosero, consistente en que se le reconociera y pagara unos salarios dejados de percibir y prestaciones sociales; al igual que el acto presunto ficto negativo, producto del silencio administrativo, que negó recurso de reposición de fecha 10 de julio de 2009, interpuesto contra el Oficio de 2 de julio aludido.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho a la entidad accionada se le **ORDENARÁ** lo siguiente:

- **PAGAR** el valor correspondiente a las prestaciones sociales, derivadas de la relación laboral reconocida en esta sentencia por el período comprendido entre el primero de febrero de 2007 hasta el 7 de septiembre de 2008, tomando como base para liquidar las citadas prestaciones el valor de los honorarios percibidos en el último contrato de prestación de servicios, es decir, teniendo en cuenta la suma de **un millón ciento treinta y ocho mil quinientos pesos (\$1.138.500.00)** mcte.
- **PAGAR** una indemnización por maternidad que deberá cubrir el valor de la remuneración que dejó de percibir la actora entre la fecha del retiro efectivo del cargo (el 7 de septiembre de 2008), y los 60 días de salario posteriores al parto, es decir, hasta el 6 de noviembre de 2008. Más las 14 semanas de descanso remunerado que contempla la Ley 1468 de 2011.
- **CALCULAR** el ingreso base de cotización pensional (IBC) pensional (los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios) de la señora **LUZ MIRIAM CERÓN ROSERO**, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones las sumas faltantes por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la demandante deberá probar las cotizaciones que realizó al sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le atañe como trabajadora.

Las anteriores condenas económicas serán reajustadas y actualizadas en los términos del artículo 178 del C.C.A., para lo cual el E.S.E., demandada deberá aplicar la siguiente fórmula:

$$R=R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de indemnización especial desde la fecha de su desvinculación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente en la fecha de desvinculación, por el índice vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, teniendo en cuenta lo aumentos salariales producidos o decretados durante dicho periodo.

La demandada dará aplicación al artículo 176 del C.C.A., para lo relacionado con el cumplimiento de esta sentencia.

CUARTO: No hay lugar a los perjuicios morales reclamados por la demandante.

QUINTO: Sin costas.

SEXTO: En firme esta decisión, envíese al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS