**El siguiente es el proyecto presentado por el magistrado ponente que sirvió de base para proferir en audiencia la sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso.**

**El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en secretaría.**

| | |
|---|---|
| Providencia: | Sentencia de 26 de junio de 2013 |
| Radicación Nro. | 66001-31-05-004-2011-01230-01 |
| Proceso | Ordinario Laboral |
| Demandante: | Consuelo Lloreda Rentería |
| Demandado: | EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO SALUD PEREIRA |
| Magistrado Ponente: | Julio César Salazar Muñoz |
| Juzgado de origen: | Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira |
| Tema: | **TRABAJADORA DE SERVICIOS GENERALES EN EL SECTOR SALUD**. Es preciso señalar que el artículo 195 de la ley 100 de 1993 sujetó el régimen de personal que labore en las Empresas Sociales de salud a las disposiciones de la ley 10 de 1990 dentro de las cuales el parágrafo del artículo 26 señala que son trabajadores oficiales, entre otros, aquellos que realicen labores destinadas al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales en la institución. |

**ORALIDAD**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, veintiséis de junio de dos mil trece

Acta número ____ de 26 de junio de 2013

**SALUDO. BUENOS DÍAS**

Hoy, veintiséis de junio de dos mil trece, siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, conformada por los Magistrados PEDRO GONZÁLEZ ESCOBAR y JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ, quien actúa como Ponente, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación interpuesto por la **ESE SALUD PEREIRA** contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, el día 13 de agosto 2012, dentro del proceso ordinario que le promueve la señora **CONSUELO LLOREDA RENTERÍA**, cuya radicación corresponde al No. 66001-31-05-004-2011-01230-01.

Se deja constancia que la doctora Ana Lucía Caicedo Calderón se encuentra en comisión de servicios.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 2013 de 2012, por medio del cual se suprimió y liquidó el ISS, el terminó de tres (3) meses allí establecido para que dicha entidad continuara atendiendo los procesos judiciales en curso, venció el pasado 28 de diciembre de 2012, por lo tanto, se tiene como sucesor procesal en el presente asunto a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-.

Decisión notificada en estrados.

Al acto comparecen las personas que a continuación se identifican:

Demandante y su apoderado:

Demandado y su apoderado:

En este estado de la diligencia, se le corre traslado a las partes empezando por **(la recurrente o la actora según sea el caso)** con el propósito de que si lo consideran necesario presenten sus alegatos de conclusión en un lapso de 8 minutos, término que considera la Sala prudente para el efecto de conformidad con lo previsto en el parágrafo 2º del artículo 42 del C.P.T.

Oídas las argumentaciones de las partes y como quiera que los aspectos propuestos por ellas fueron tenidos en cuenta al momento de discutir el proyecto presentado por el ponente, procede la Sala a resolver lo que es materia del recurso, teniendo en cuenta para ello los siguientes:

## ANTECEDENTES

Solicita la actora en su acción, que se declare la existencia de un contrato verbal

a término indefinido entre ella y la E.S.E. SALUD PEREIRA, a partir del 27 de enero de 2006 y hasta el 5 de julio de 2008 fecha en la cual fue despedida sin justa causa, producto del cual se le adeudan las cesantías, intereses a éstas, compensación en dinero por vacaciones, sanción moratoria por no consignación de cesantías y por falta de pago de las mismas, pago de aportes parafiscales, dotaciones, aportes para salud y pensiones, auxilio de transporte, indemnización por despido injusto, lo que extra y ultra petita aparezca probado, indexación y costas.

Fundamenta sus peticiones en que con la E.S.E. SALUD PEREIRA suscribió varias órdenes de servicio como operaria de servicios generales, de tiempo completo de lunes a viernes de 7:30 a.m. a 11:30 a.m y de 1 p.m. a 5 p.m. y los sábados de 7 a 11 a.m., bajo subordinación y dependencia, desde el 27 de enero de 2006 hasta el 5 de julio de 2008 cuando fue despedida sin justa causa.

La labor desempeñada era de carácter permanente hasta el punto que en la entidad existen 23 personas de planta vinculadas por medio de contrato de trabajo que desempeñan la misma actividad que ella realizó, por lo que no podía ser atribuida a una contratista, como se pretendió hacer con ella, dejando de pagarle las prestaciones sociales y omitiendo el pago de los aportes parafiscales y de seguridad social. En los años 2009 y 2010 presentó derechos de petición haciendo la reclamación de sus acreencias laborales, las cuales le fueron negadas el 10 de diciembre de 2010.

Al contestar la demanda, la demandada negó los hechos, pero reconoció la prestación personal del servicio y aceptó la reclamación administrativa y la respuesta que se le dio indicando que no se adeuda ningún concepto derivado de la vinculación. Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones previas la de prescripción, la que también presentó como de fondo así como la de inexistencia de nexo de continuidad, inexistencia de relación laboral entre las partes y cobro de lo no debido.

No habiendo triunfado la excepción previa propuesta, una vez recibidas las pruebas se profirió sentencia en audiencia que tuvo lugar el trece (13) de agosto de 2012, en ésta, luego de verificar la naturaleza jurídica y el régimen de personal

de la demandada con base en los artículos 194 y 195 de la ley 100 de 1993 y parágrafo del artículo 26 de la ley 10 de 1990, en concordancia con el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, encontró que las labores de servicios generales de la demandante eran propias de un trabajador oficial, en razón de lo cual declaró la existencia del contrato de trabajo entre el 27 de enero de 2006 y el 5 de julio de 2008, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción porque con el documento de folio 24 se acredita la reclamación hecha en el año 2010, en razón de lo cual tomó como fecha de interrupción el 10 de diciembre de ese año y declaró prescritos todos los derechos causados antes del 10 de diciembre de 2007, aunque sin incidencia en las condenas que posteriormente impuso. Absolvió de la indemnización por despido injusto, y con base en un salario mensual de $645.373, condenó al pago de $1.575.785 por cesantías, absolvió por intereses a la cesantía, por compensación de vacaciones ordenó el pago de $645.373; por prima de navidad, en virtud de las facultades extra y ultra petita, dispuso el pago de $1.559.651,40; sobre los aportes a la seguridad social condenó a la entidad a devolver a la trabajadora en el porcentaje que le correspondía como empleador, el valor de los aportes realizados durante la vigencia del contrato. Accedió a la sanción moratoria a partir del 12 de noviembre del 2008 a razón de $21.512 diarios. Absolvió por las demás pretensiones y condenó en costas en un 80%.

Inconforme con la decisión, la demandada presentó recurso de apelación, fundamentado en el hecho de que al no existir el empleo en la planta de personal no es posible darle a la demandante la categoría de trabajadora oficial, pues así lo dispone el artículo 122 de la Constitución Nacional, entre otras cosas porque faltaría la previsión de los recursos en el presupuesto necesario para cubrir la obligaciones laborales, tal como lo ha dicho el Consejo de Estado en sentencia de 6 de marzo de 2008, sección segunda, subsección A, radicado 23001-23-31-000-2002-00244-01-2152-06. Aduce que las labores permanentes exigen una relación legal y reglamentaria mientras que las ocasionales o transitorias se pueden desplegar mediante un contrato de prestación de servicios como se celebró con la demandante, quien era independiente y así figura en la DIAN y ante el régimen de Seguridad Social, por lo que no puede derivarse de su relación pagos que no corresponden al marco legal.

## CONSIDERACIONES

No observándose nulidad que afecte la actuación y satisfechos, como se encuentran, los presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad procesal y competencia, para resolver la instancia, en respeto del principio de consonancia, la Sala se plantea el siguiente:

## PROBLEMA JURÍDICO

> ***¿El hecho de que un determinado cargo no esté contemplado en la planta de personal y por ende no se encuentre presupuestado el valor de las prestaciones sociales que genera, impide que se declare la existencia de la relación laboral entre el servidor y la entidad?***

Con el propósito de dar solución a los interrogantes en el caso concreto, la Sala considera necesario precisar, los siguientes aspectos:

## ESPECIAL PROTECCIÓN AL TRABAJO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

El trabajo en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la Constitución, no sólo tiene el carácter de valor y principio en los términos del preámbulo y del artículo 1º, sino que de conformidad con el artículo 25, goza en todas sus modalidades de la **especial** protección del Estado.

A su vez, el artículo 53 de la Carta Política, aplicable tanto en el sector privado como en el público, determina los principios y garantías que fundamentan las relaciones laborales, estableciéndose dentro de ellos, el de “Primacía de la realidad sobre las formalidades”, según el cual, en el desarrollo de las prestaciones de servicios personales lo que debe tenerse en cuenta es el verdadero desarrollo práctico en el que se desenvuelve la labor, por encima de los fomalismos, denominaciones y condiciones con las que las partes hubieren decidido nominarlos.

## 1- EL CASO CONCRETO

En el caso concreto, la única inconformidad manifestada por el recurrente está dirigida a sostener que como de conformidad con la Constitución Colombiana en su artículo 122, "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.", **e**s dable concluir que, con base en la facultad de contratación que otorga la ley 80 de 1993, cuando una entidad no tiene creados los cargos en su planta de personal, puede celebrar contratos de prestación de servicios sin que los mismos puedan terminar derivándose en vinculaciones laborales.

Para mostrar la falta de fundamento de tal criterio, basta traer a colación la misma sentencia, referida por el recurrente, del Consejo de Estado de 6 de marzo de 2008, sección segunda, subsección A, radicado 23001-23-31-000-2002-00244-01-2152-06, en la que textualmente se dijo:

> "Sobre este punto debe aclarar la Sala que la simple existencia de los contratos de prestación de servicios docentes, permiten inferir que la administración pretendió evitar el pago de prestaciones sociales encubriendo la existencia de una verdadera relación laboral, por cuanto como se mencionó anteriormente, la subordinación y la dependencia se encuentran insitas en la labor que desarrollan los maestros; es decir, son consustanciales al ejercicio docente.
>
> Por ello, y conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, existía una relación laboral, creándose con el contrato administrativo una mera ficción, la cual impone la especial protección del Estado en igualdad de condiciones a la de los docentes de planta, según términos de los artículos 13, 25 y 53 de la Carta, razón por la cual el acto acusado resulta anulable."

Es que indistintamente del empleador, público o privado, el Estado Colombiano garantiza a sus ciudadanos el reconocimiento de sus derechos laborales cuando quiera que ellos presten servicios subordinados por una remuneración.

De manera tal, que en el presente caso, en el que el impugnante no controvierte la prestación del servicio remunerado de la demandante en labores de aseo, en

el lapso que ella refirió en su demanda, esto es, desde el 27 de enero de 2006 hasta el 5 de julio de 2008, en vista de la presunción de existencia de contrato de trabajo consagrada en el artículo 20 del decreto 2127 de 1945 que no de la contemplada en el artículo 24 del C.S.T. como equivocadamente adujo la *a-quo,* correspondía a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO SALUD PEREIRA, romper la presunción, si quería desconocer el vínculo laboral.

En este sentido la única prueba que trajo al proceso fue el testimonio del señor Gustavo Alberto Castillo Ramírez, prueba que como bien lo dijo la juez de primera instancia carece de peso probatorio, no sólo porque en la actualidad es dependiente de la demandada y se nota cierto ánimo de favorecimiento a su empleador, sino porque él mismo advierte que sólo vio a la demandante por una vez.

En este punto es preciso señalar que el artículo 195 de la ley 100 de 1993 sujetó el régimen de personal que labore en las Empresas Sociales de salud a las disposiciones de la ley 10 de 1990 dentro de las cuales el parágrafo del artículo 26 señala que son trabajadores oficiales, entre otros, aquellos que realicen labores destinadas al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales en la institución; de allí que teniendo en cuenta que entre las actividades de servicios generales se contemplan aquellas en que predomina el ejercicio de tareas manuales o de simple ejecución, tales como cocina, lavandería, transporte, aseo en general y las propias del servicio doméstico.

Así las cosas, no existiendo discusión en cuanto a que la señora Consuelo Lloreda Rentería, prestó servicios generales en el área de aseo y habiéndose reconocido al contestar la reclamación administrativa, como se ve a folio 25 del expediente, en el ordinal cuarto, que ella cumplía su jornada de trabajo en los horarios en que se brinda atención en la E.S.E. SALUD PEREIRA, lo cual resultó corroborado por los testimonios de las señoras Gladis Gil Castro y Norma Clemencia Nieto Hernández, frente a la ausencia de pruebas que desvirtuaran la presunción legal de existencia de un contrato de trabajo, la conclusión a la que llegó la juez de primera instancia habrá de avalarse.

Ahora bien, como el recurrente limitó su inconformidad al aspecto atrás señalado, pero ningún reparo ni discrepancia manifestó con relación a las condenas impuestas, no puede la Sala entrar a revisarlas, por lo que también en este aspecto se confirmará la providencia de primer grado.

Costas en la instancia a cargo de la parte recurrente. Como agencias en derecho se fija la suma de quinientos ochenta y nueve mil quinientos pesos ($589.500). Liquídense por secretaría.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.

**SEGUNDO. CONDENAR** en costas a la parte recurrente. Como agencias en derecho se fija la suma de quinientos ochenta y nueve mil quinientos pesos ($589.500). Liquídense por secretaría.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia se levanta y firma esta acta.

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**PEDRO GONZÁLEZ ESCOBAR**

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**
**Con permiso**

**MÓNICA ANDREA JARAMILLO ZULUAGA**

Secretaria