***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 1 de septiembre de 2016.*

***Radicación No****:**66001-31-05-003-2014-00637-01*

***Proceso****:*  *Ordinario Laboral.*

***Demandante****: Luz del Rocío Contreras Pérez*

***Demandado:*** *ESE Salud Pereira*

***Juzgado de origen****: Tercero Laboral del Circuito de Pereira*

***Magistrado Ponente:*** *Francisco Javier Tamayo Tabares.*

***Tema a tratar: Primacía de la realidad. Subordinación.*** *Existe en materia laboral un principio esencial, como lo es el de la primacía de la realidad sobre las formalidades, el cual encuentra sustento en el artículo 53 de la Carta Política y en virtud del cual, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primara sobre las formas o denominaciones que se le hubieren dado. La razón de ser de tal principio, no es otra que la de evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio, que a lo plasmado en un papel. El contrato de trabajo, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 6 de 1945, consiste en la prestación de un servicio en favor de otra, con total dependencia y subordinación. Esta –la subordinación- es precisamente la esencial característica que diferencia el contrato de trabajo de cualquiera otro y consiste en la necesaria sujeción que existe entre quien presta el servicio personal y quien lo recibe, teniendo este último como empleador, la facultad de imponer qué hacer, cómo hacerlo y dónde hacerlo, además de la imposición de reglamentos y el ejercicio de facultades disciplinarias.* ***Primacía de la realidad frente al ingreso por carrera a los cargos públicos.*** *El anterior parangón, en el sector público, no pretende desconocer que, por regla general, el ingreso al servicio público se hace por medio de concurso de méritos (art. 125 C.P.), siempre que se trate de empleados públicos, salvo aquellos señalados por la ley como de libre nombramiento y remoción; pero cuando la misma entidad se encarga de pretermitir tal situación y desconociendo el ordenamiento jurídico, vincula a personal bajo la inadecuada aplicación de una figura contractual, esa regla general debe ceder ante el principio de la primacía de la realidad y darle a la situación el real efecto y alcance, como lo es tenerlo como una relación laboral y aplicar las consecuencias pecuniarias que ello acarrea. Valga, además precisar, que para los trabajadores oficiales, el mecanismo legal contemplado para su incorporación al servicio público, es el contrato de trabajo, que no requiere previa convocatoria a concurso..* ***Interpretación del principio de a trabajo de igual valor, salario igual.*** *el principio laboral de “a trabajo de igual valor corresponde un salario igual” (art. 143 C.L.), que es en el que al parecer se fundamenta el censor, no busca “nivelar por lo bajo” a los trabajadores que de manera injustificada reciban retribuciones diferentes a pesar de adelantar labores que tienen un igual valor o aporte para el empleador, sino que el entendimiento del mismo debe hacerse con fundamento en el principio de progresividad, que implica que en todos los casos se debe promover la mejoría en el disfrute de los derechos sociales de las personas, por lo que lo viable en estos casos, sería nivelar con la remuneración más alta a quienes hagan trabajos de igual valor.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy primero (1) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), siendo las nueve y cuarenta y cinco minutos de la mañana (09:45 a.m.) reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala de Decisión Laboral No. 03 del Tribunal de Pereira, presidido por el ponente, declaran formalmente abierto el acto, para decidir el recurso de apelación propuesto por el portavoz judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida el 27 de mayo de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Luz del Rocío Contreras Pérez*** contra la ***Empresa Social del Estado Salud Pereira – ESE SaludPereira.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

I- ***INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, dígase que se persigue la declaratoria de una relación laboral que ató a la actora, en calidad de trabajadora oficial, a la entidad demandada entre el 04 de mayo de 2009 y el 15 de julio de 2012, que el mismo se terminó sin juta causa y, en consecuencia, pide que condene a la demandada al reconocimiento y pago de las cesantías por todo el tiempo laborado, a la indemnización establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por su no consignación en un fondo, al pago de los intereses sobre las cesantías y la sanción por su no pago, las vacaciones, la prima de vacaciones, la prima de navidad, la indemnización por calzado y vestido de labor, el auxilio de transporte, los aportes a seguridad social y la indemnización moratoria por no pago de las prestaciones al finiquito de la relación laboral.

Para así pedir, indica que la demandante prestó sus servicios en la ESE Salud Pereira desde el 04 de mayo de 2009 y hasta el 15 de julio de 2012 por medio de ordenes previas de servicio, que percibió varios salarios en sus varios años de servicios, que entre una y otra orden de servicio trascurrían uno o dos días en lo que seguía laborando, que el cargo era el de operaria de servicios generales, que las funciones desarrolladas eran las de realizar aseo y limpieza en la planta física de los centros de salud a los que fuere asignada, que cumplía una jornada laboral de 8 horas, que cada mes variaba el lugar donde se prestaban los servicios entre urgencias, hospitalización, consulta externa, parte administrativa, entre otras, que se le desvinculó sin una justa causa el 15 de julio de 2012, que nunca se le reconocieron prestaciones sociales, que la demandante debía cancelar el 100% de los aportes a la seguridad social, que el 04 de octubre de 2013 se agotó la reclamación ante la entidad y que mediante oficio del 25 de octubre de la misma anualidad la entidad dio respuesta negativa a todas las peticiones.

Admitida la demanda, se trabó la Litis con la entidad pasiva de la acción, la que allegó respuesta extemporánea.

II-***SENTENCIA DEL JUZGADO***

La Jueza a-quo declaró la existencia de una única relación laboral, que se ejecutó en los extremos peticionados en la demanda. Tal conclusión se fundó en que la parte demandante no tenía ninguna independencia para realizar la labor, sino que estaba plenamente sujeta a la ESE, quien le fijaba horarios, le indicaba en qué lugar se prestaba el servicio, le fijaba las condiciones de realización del mismo y, en fin, ejercía actos propios de subordinación patronal, lo que sin duda mutó las relaciones planteadas inicialmente, convirtiéndola en una de carácter laboral. En cuanto a la calidad de trabajadora oficial de la demandante, encontró que por las labores desempeñadas, auxiliar de servicios generales, y atendiendo lo normado en la Ley 10 de 1990, sin duda que sí ostentaba tal calidad. Entró a liquidar las prestaciones debidas, tomando como base los salarios tasados en cada una de las órdenes de servicios. En cuanto a la sanción moratorio contenida en el Decreto 797 de 1949, encontró que la misma era procedente, pues la entidad pretendió evadir, por medio de las órdenes de servicio, el pago de obligaciones laborales, lo que se evidencia en que la planta de personal de la entidad cuenta con personas que cumplen idénticas funciones a las que desarrolló la demandante, siendo por tanto evidente la mala fe.

III- **APELACIÓN**

El portavoz judicial de la entidad demandada, de manera oportuna, interpuso y sustentó recurso de apelación contra la sentencia sintetizada, alegando que los medios de prueba existentes en el infolio, eran insuficientes para declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes. Advera que la a-quo desconoce que para arribar a los cargos de trabajadores oficiales, deben surtirse unas etapas de concurso, reguladas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, las cuales no fueron superadas por la actora. Destaca que el hecho de no haber llegado contestación oportuna, no puede implicar una confesión de los dichos de la demanda.

Critica el fallo por la imposición de una sanción moratoria, cuando es evidente la buena fe de la entidad que se vio en la obligación de contratar a la demandante por este medio, para prestar un adecuado servicio a la comunidad, dice que de haberse tenido en cuenta la contestación de la demanda, se debió declarar probada la excepción de cobro de lo no debido, pues en realidad la entidad nada debe, por no tratarse la relación de una laboral, lo que implica además, que estaba en imposibilidad jurídica de pagar prestaciones sociales o seguridad social. Insiste, para finalizar, en que la entidad nunca pretendió esconder una relación laboral, simplemente acudió a esta forma de contratación por la necesidad de prestar un adecuado servicio.

Hace como petición especial que se rehagan las liquidaciones efectuadas por la a quo, pero teniendo en cuenta el salario verdaderamente percibido por la demandante, pues el valor del contrato es más elevado.

IV- ***CONSIDERACIONES***

***Problema jurídico*.**

 La alzada propuesta por el portavoz judicial de la parte demandada, impone a esta Sala resolver las siguientes inquietudes:

*¿Se configuró una relación de naturaleza laboral entre las partes?*

*¿Se acreditó un actuar de buena fe por parte de la ESE salud Pereira, que la exonere de la sanción moratoria impuesta?*

*¿Se liquidaron adecuadamente las prestaciones sociales?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, con el propósito de desatar el recurso, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia,

***Solución al problema jurídico.***

1. Existencia de la relación laboral.

Existe en materia laboral un principio esencial, como lo es el de la primacía de la realidad sobre las formalidades, el cual encuentra sustento en el artículo 53 de la Carta Política y en virtud del cual, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primara sobre las formas o denominaciones que se le hubieren dado.

 La razón de ser de tal principio, no es otra que la de evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio, que a lo plasmado en un papel.

El contrato de trabajo, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 6 de 1945, consiste en la prestación de un servicio en favor de otra, con total dependencia y subordinación. Esta –la subordinación- es precisamente la esencial característica que diferencia el contrato de trabajo de cualquiera otro y consiste en la necesaria sujeción que existe entre quien presta el servicio personal y quien lo recibe, teniendo este último como empleador, la facultad de imponer qué hacer, cómo hacerlo y dónde hacerlo, además de la imposición de reglamentos y el ejercicio de facultades disciplinarias.

A contrario censu, una relación de trabajo, regida por un contrato de prestación de servicios o una orden previa o cualquier otra figura análoga, necesariamente implica la independencia del contratista en la ejecución del objeto, más allá de la facultad que tiene el contratante de supervisar la labor. Esta independencia, se evidencia en que aquel puede determinar la intensidad horaria con la que se dedica a la labor, las herramientas a usar, el lugar de ejecución, siendo únicamente relevante el cumplimiento del objeto contratado. En materia estatal, tal forma de vinculación se encuentra regulada por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que indica en su tenor literal: “*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 conocimiento especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”*. La norma es clara en establecer que la contratación por este medio, está supeditada a que la labor requerida por la entidad tenga una naturaleza especializada y que requiera un personal calificado o que no puede ejecutarse con las personas que ocupan los cargos de planta de la entidad. La consecuencia de no obedecer esta normatividad, es sin duda la configuración de una relación laboral, con las consecuentes cargas prestaciones y sancionatorias.

El anterior parangón, en el sector público, no pretende desconocer que, por regla general, el ingreso al servicio público se hace por medio de concurso de méritos (art. 125 C.P.), siempre que se trate de empleados públicos, salvo aquellos señalados por la ley como de libre nombramiento y remoción; pero cuando la misma entidad se encarga de pretermitir tal situación y desconociendo el ordenamiento jurídico, vincula a personal bajo la inadecuada aplicación de una figura contractual, esa regla general debe ceder ante el principio de la primacía de la realidad y darle a la situación el real efecto y alcance, como lo es tenerlo como una relación laboral y aplicar las consecuencias pecuniarias que ello acarrea. Valga, además precisar, que para los trabajadores oficiales, el mecanismo legal contemplado para su incorporación al servicio público, es el contrato de trabajo, que no requiere previa convocatoria a concurso.

En el caso puntual, se tiene que la señora Contreras Pérez prestó servicios en la ESE Salud Pereira, por medio de órdenes previas desde el 04 de mayo de 2009 hasta el 15 de julio de 2012 –fls. 40 a 113-, teniendo como objeto todas ellas, que se desempeñara como operaria de servicios generales en los varios puestos de salud que conforman la red de servicios de la entidad municipal. En la ejecución de la aludida función, según se relató por la única testigo Sonia Jaramillo, la actora estuvo atada a las órdenes dadas por los superiores, puntualmente la Jefe Lina Perdomo y el Dr. Castillo, ambos funcionarios de la entidad demandada. La sujeción a la que se refiere la testigo, no es más que el deber de cumplir horarios, ejecutar la labor en el lugar indicado por los funcionarios mencionados, acatar las instrucciones que le dieran estos, pedir autorización para retirarse del lugar de trabajo antes del cumplimiento de la jornada y, en fin, estar bajo el mando de los referidos funcionarios. Tal aspecto, es ratificado por la declaración de parte rendida por la representante legal de la entidad demandada, quien si bien trata de esconder tales aspectos bajo la denominación “coordinación en la ejecución del contrato”, da detalles bastante puntuales, que claramente desdice de esa coordinación y evidencian una verdadera sujeción y dependencia. Así, por ejemplo, la representante legal de la ESE admite que los horarios de trabajo eran fijados por los jefes de las dependencias de la entidad, quienes además establecían de manera autónoma, la rotación de las personas encargadas de las labores de aseo de la entidad, establecían y vigilaban el cumplimiento de los parámetros con los que debían cumplirse las tareas de aseo, esto es, frecuencia y lugares y, en fin, indicaban de manera impositiva todas las condiciones en que se debía cumplir la labor, lo que sin duda, conlleva a que se deshaga la naturaleza de prestación de servicios del convenio y se constituya una verdadera relación laboral entre las partes, conclusión que se afinca en las pruebas practicadas en el proceso que, si bien no son muchas como lo menciona el apelante, sí tienen la capacidad de convencimiento necesario para arribar a tal aserto.

Y de una vez deséchese el argumento del apelante, en el sentido de que la señora Luz del Rocío no puede obtener la declaratoria de un contrato de trabajo, por cuanto no superó las etapas de un concurso de méritos, porque como ya se vio ello no es una cortapisa para que en casos como el presente, en el que se esconde la realidad tras una aparente prestación de servicios, se pueda declarar que en verdad es una relación laboral. Además, aceptar tal argumento sería validar que para exonerarse de obligaciones, se alegue la propia desidia o negligencia de la entidad, desconociéndose uno de los principios basales del derecho, como es que nadie puede alegar a su favor su propio dolo o culpa. Finalmente, no puede perderse de vista que de conformidad con el parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, las personas que presten sus servicios a una Empresa Social del Estado en labores de mantenimiento y sostenimiento de planta hospitalaria o en servicios generales, ostentan la calidad de trabajadores oficiales, tal como se decantó en el presente asunto, en que la a-quo logró determinar, que las labores de la demandante corresponden a las propias de servicios generales, razón por la cual la relación se rige por un contrato de trabajo.

Así las cosas, ninguna duda queda respecto a que la relación que ató a las partes enfrentadas tiene el carácter de una laboral, tal como lo decantó la a quo.

1. Indemnización moratoria.

Se ha decantado pacíficamente, por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que la indemnización moratoria que trata el artículo 1o del Decreto 797 de 1949, tiene similar fundamento a la referida en el canon 65 del Código del Trabajo, es decir, que no solamente basta con la mora en el reconocimiento y pago de las prestaciones al finiquito del contrato, sino que debe verificarse si existe o no buena fe del empleador, lo que se traduce en que no opera de manera inexorable y automática, sino que requiere de un análisis de la actitud patronal con miras a determinar si existió, al momento del finiquito del contrato, una situación que validare su actuación.

Es del caso, además, anotar, que el solo hecho de que en virtud del principio de la primacía de la realidad se declare que una relación muta a una laboral, no quiere decir per se, que el empleador obró de mala fe, pues es perfectamente posible que hubiere considerado erradamente, que en verdad estaba bajo otra forma contractual, situación que se evidenciarse, eliminaría la sanción contenida en las normas mencionadas.

Sin embargo, en el caso puntual, la verdad es que no se observa actuar de buena fe en la ESE Salud Pereira, pues en puridad de verdad el finiquito del contrato no es más que el reflejo de una relación que inició de manera anómala al imponerse a una contratista cargas evidentemente laborales y ponerla a laborar en igualdad de condiciones con personal de planta, pero sin igualdad de beneficios y remuneración. Y esa situación se reflejó en el finiquito del convenio de trabajo, cuando sin tapujo alguno se culminó la vinculación de la demandante, sin aviso previo como lo relata la testigo traída al proceso.

Y se perpetua esa actuación que desborda la buena fe, en la respuesta brindada por la entidad ante la reclamación administrativa de la actora –fls. 138 y ss-, oportunidad en la que sostiene a rajatabla los argumentos de inexistencia del contrato de trabajo y niega todos los pedidos enarbolados en torno al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

La verdad es que ni llevando al extremo la interpretación del concepto de buena fe, la misma se observa en la actuación de la entidad demandada, antes bien, se puede observar sin ambages que la entidad, a sabiendas de que en su planta de personal cuenta con personas que adelantan funciones absolutamente iguales a la ejecutada por la demandante, decidió simplemente contratarla por una vía diferente a la laboral, contraviniendo el ordenamiento jurídico.

Mas deleznable aun, resulta el otro argumento del censor para atacar la sanción moratoria impuesta, en el sentido de que estaba en imposibilidad jurídica para pagar prestaciones o seguridad social, pues fue la misma entidad con su actuar avieso, la que se puso en tal “imposibilidad”.

Por lo tanto, la indemnización moratoria que impuso la a-quo es acertada y deberá mantenerse.

1. Liquidación de prestaciones sociales.

El fundamento para apelar y pedir la revisión de las liquidaciones de prestaciones lo constituye el que, en voces del recurrente, la remuneración percibida por la actora debió rebajarse a la percibida por los trabajadores de planta de la entidad que ejecutan similar labor.

Pues bien, dígase que tal petición no podrá atenderse, por cuanto no se tiene un parámetro de comparación para saber si el salario que se pactó con la demandante es mayor o menor que el del personal de planta, pero además, en caso de ser mayor, no podría accederse a la petición, por cuanto el principio laboral de “a trabajo de igual valor corresponde un salario igual” (art. 143 C.L.), que es en el que al parecer se fundamenta el censor, no busca “nivelar por lo bajo” a los trabajadores que de manera injustificada reciban retribuciones diferentes a pesar de adelantar labores que tienen un igual valor o aporte para el empleador, sino que el entendimiento del mismo debe hacerse con fundamento en el principio de progresividad, que implica que en todos los casos se debe promover la mejoría en el disfrute de los derechos sociales de las personas, por lo que lo viable en estos casos, sería nivelar con la remuneración más alta a quienes hagan trabajos de igual valor.

Por lo demás, dígase que analizadas las operaciones aritméticas adelantadas por la Juzgadora de primera instancia, las mismas se evidencian correctas y apoyadas en una base salarial correcta, conforme a las múltiples normas que regulan el tema prestacional de los servidores públicos. Por lo tanto, se confirmará también la sentencia en este aparte.

En cuanto a las costas de segunda instancia, las mismas correrán por cuenta de la parte demandada y a favor de la parte actora.

IV- ***DECISIÓN.***

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

***FALLA***

 ***Primero:* *Confirmar***la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el 27 de mayo de 2015, en el proceso de la referencia.

 ***Segundo:*** Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada y a favor de la parte demandante.

Notificación surtida ***en estrados.***

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPULVEDA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

 Magistrada Magistrada

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretaria