CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

Magistrado Ponente

Radicación No. 38536

Acta No.035

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil once (2011).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por **JOSÉ FERNANDO BANQUETT FLÓREZ** contra la sentencia dictada el 29 de julio de 2008 por el Tribunal Superior de Montería, en el proceso ordinario laboral que el actor promovió contra la **ESE CAMU EL PRADO DE CERETÉ.**

I. ANTECEDENTES

José Fernando Banquett Flórez demandó a la Empresa Social del Estado Camu El Prado de Cereté para que se declarara que entre el actor y la accionada existió un contrato de trabajo a término indefinido con una asignación básica mensual de $1.222.500 el cual fue terminado unilateralmente

por la demandada el 15 de julio de 2005; consecuencialmente, pretende que se sea condenada la accionada a pagar a su favor las sumas correspondientes por concepto de primas de navidad, primas de servicios, prima de vacaciones, vacaciones, auxilio de cesantía, sus intereses, reajuste salarial, diferencia salarial, salarios insolutos, sanción moratoria, indemnización moratoria y lo que se logre probar ultra y extra petita.

En sustento de sus pretensiones afirmó que prestó sus servicios personales mediante contratos de prestación de servicios desde 4 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2002; en el 2003, fue vinculado por medio de *"una bolsa de empleo temporal"* denominada SPI Internacional S.A.; en el 2004 continuó el vínculo contractual con base en el contrato de prestación de servicios de 2003, lo mismo sucedió en el 2005; la demandada le adeuda la suma de $40.469.081 por concepto de prima de navidad, de servicio, de vacaciones, vacaciones, auxilio de cesantía, sus intereses, reajuste salarial, diferencia salarial y salarios insolutos correspondientes a los años 2001 al 2005; además le adeuda la suma de $19.694.475 por concepto de indemnización moratoria por el no pago oportuno de prestaciones.

II. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La ESE Camu el Prado de Cereté se opuso a todas las pretensiones; adujo que la única relación contractual

que existió entre el actor y la accionada estaba amparada por la Ley 80 de 1993; respecto de los hechos, los negó o dijo atenerse a lo que se probara; propuso como excepciones la inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Finalizó con la sentencia del 22 de abril de 2008, mediante la cual el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cereté, absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra y condenó en costas al promotor de la litis.

IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL

La alzada se surtió por apelación de la parte demandante y concluyó con la sentencia acusada en casación, por medio de la cual el Tribunal confirmó el fallo apelado.

El juzgador luego de determinar la naturaleza jurídica de la entidad demandada y la clasificación de sus empleos, adujo que al no existir reglamentación que precise qué actividades comprenden el mantenimiento de planta física ni de los servicios generales, se debía acudir a la doctrina y a la jurisprudencia, según las cuales, *"mantenimiento es el conjunto de operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones, edificios, industrias,*

etc., puedan seguir funcionando adecuadamente", en otras palabras, *"mantenimiento de planta física; comprende las labores o actividades tendientes a la conservación y funcionalidad de los bienes que la integran"*; en esa dirección concluyó que de conformidad con el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, aplicable a las empresas sociales del Estado, *"la regla general en estas entidades es la de que sus servidores tienen la calidad de empleados públicos y sólo tendrán en (sic) carácter de trabajadores oficiales quienes realizan las actividades de mantenimiento de la planta hospitalaria o de los servicios generales"* (subrayas del original).

Posteriormente, aludió al artículo 123 para determinar la calidad de servidor público que ostentaba el actor, esto es, trabajador oficial o empleado público; en ese sentido hizo referencia a los criterios para determinar la naturaleza del vínculo, precisando que el orgánico enmarca la naturaleza de la relación laboral dependiendo de la entidad pública, órgano o ente a la que el servidor público pertenece, en tanto el funcional que establece conforme a la actividad u oficio desempeñado por el trabajador; agrega que conforme a lo anterior el criterio orgánico es el que da la regla general, en consecuencia, *"los trabajadores de las E.S.E. CAMU PRADO DE CERETÉ son empleados públicos, y, en relación con el factor material o funcional, que sería la excepción, aquellos trabajadores cuya actividad está destinada al mantenimiento de la planta física hospitalaria y por servicios generales son trabajadores oficiales"*.

Con fundamento en lo expuesto y en algunos pronunciamientos de esta Sala, expresó:

> *"En el caso sub exámine, teniendo en cuenta como parámetros la normatividad en referencia, encontramos que, en la actuación de primera instancia no aparece*

acreditada la calidad de trabajador oficial de JOSÉ FERNANDO BANQUETT FLÓREZ, pues si bien, de la información contenida en el libelo de la demanda, en los contratos u órdenes de prestación de servicios presentados, del certificado expedido por el contador de la ESE CAMU EL PRADO, las copias de los RIPS (REGISTRO) INDIVIDUAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN ESPECÍFICA Y RETENCIÓN TEMPRANA) diarios, las declaraciones de los señores JENNY RUÍZ GUZMÁN, SANDRA COGOLLO ASSIS, EUCARIS SALAS CANTERO y la declaración de JOSÉ FERNANDO BANQUETT FLOREZ, se haya establecido la relación laboral del señor con la demandada; también lo es, ello no pone de manifiesto que aquel se encontraba vinculado en forma directa o exclusiva al mantenimiento de la planta física hospitalaria, por lo que incumbía al demandante probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico perseguido, es decir, la naturaleza de la labor realizada para catalogarla como trabajador oficial de la E.S.E. CAMU EL PRADO DE CERETÉ y poder así obtener el reconocimiento de los derechos deprecados; teniendo en cuenta el régimen que le era aplicable, lo (sic) cual era, el establecido para los servidores del servicio nacional de salud, contemplado en la ley 10 de 1990".

(...)

La calidad de trabajador oficial de una persona que presta sus servicios a una entidad territorial, no basta sólo demostrarla con la naturaleza del acto jurídico por medio del cual se hizo la vinculación, sino también con la naturaleza de la respectiva entidad y que las labores

desempeñadas tengan directa relación con el mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales tal como lo consagra la ley 10 de 1990 normatividad aplicable en el caso sub examine, con lo cual se concluye que la actora (sic) no tiene la calidad de trabajador oficial.

La Sala muestra su conformidad con los razonamientos esgrimidos por el inferior en el fallo que hoy es materia de apelación, pues ya la reiterada jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia a través de su Sala de Casación, sobre el particular ha sostenido que cuando se discute el contrato de trabajo pero se demuestra que los servidios fueron en virtud de una relación de derecho público, lo procedente es absolver a la entidad demandada, ya que cualquier reclamo que se pretenda con base a esa relación no laboral puede buscarse por la vía civil o administrativa, según el caso".

V. EL RECURSO DE CASACIÓN

Fue interpuesto por la parte demandante, y según lo declaró en el alcance de la impugnación, pretende que se case la sentencia recurrida, para que en sede de instancia, se revoque la dictada por el Juzgado y en su lugar, acceda a las pretensiones de la demanda.

Con ese propósito, presentó dos cargos, no replicados, que se decidirán a continuación.

VI. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia impugnada de violar por infracción directa, *"los artículos 13, 23 de la Constitución Política de 1991, artículo 23, 24 del Código Sustantivo del Trabajo y seguridad social subrogado por la ley 50 de 1990, 193, 249, Ley 52 de 1975, Ley 15 de 1959, artículo 46, 306 y 186, y 65 del Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social por falta de aplicación, y la ley 10 de 1990 artículo 26 por indebida aplicación"*.

Al fundamentar la acusación cita los artículos 13 y 25 del Ordenamiento Superior, los cuales, según la censura, no fueron aplicados por el *ad quem* al endilgarle al actor la calidad de empleado público, cuando ni siquiera reunía las condiciones para el efecto, *"ya que para serlo era necesario que se profiriera un acto administrativo que ordene la respectiva designación, que se tome posesión del cargo, que la planta de personal contemple el empleo y que exista disponibilidad presupuestal, como tampoco ingresó por concurso"*, por lo cual afirma que la sentencia desconoció la protección del derecho al trabajo.

Aduce que los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo referentes a los elementos del contrato de trabajo y a la relación de trabajo *"que es la simple prestación del servicio"*, de la que surgen derechos y obligaciones, si hubieran sido aplicados por el juzgador de segundo grado habría encontrado que la labor del actor encuadraba en ellos, toda vez que la relación contractual no estaba regida por un contrato de prestación de servicios, puesto que la misma entidad demandada lo había desnaturalizado, en tanto el actor *"era un subordinado que prestaba sus servicios personales dentro de la misma, en sus*

aditamentos materiales", igualmente recibía órdenes de su Jefe inmediato.

Explica los elementos del contrato de prestación de servicio; luego señala que el actor *"no gozaba en ningún momento de autonomía e independencia"*, ya que se encontraba sujeto a un horario y a una continuada dependencia y subordinación, de donde, como consecuencia, debe surgir, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, el derecho al pago de prestaciones sociales.

Posteriormente se refiere a las restantes disposiciones denunciadas, para indicar que el Tribunal no las tuvo en cuenta, y que en cambio, aplicó indebidamente el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 diciendo que la relación laboral del demandante *"por aplicación de la teoría orgánica y funcional, no se ajustaban a las realizadas por un trabajador oficial sino más bien era del resorte de un empleado público, ocasionando un grave perjuicio particular a nuestro mandante, porque como se ha sostenido (...) nunca fue trabajador oficial y menos empleados público y nunca se debatió esta situación, sino que la misma fue creada en la mente del juzgador de segunda instancia, por que es una aberración jurídica endilgarle un etatus a un trabajador diferente al que se venía dando, con la única finalidad de desconocerle sus (sic) calidad de "contratista trabajador individual" y no marcado con un rótulo de funcionalidad"*.

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Aduce la censura que el demandante no puede ser considerado como *"empleado público"*, por cuanto no fue designado mediante acto administrativo, no se posesionó en el cargo, el empleo no está en la planta de personal, no existe disponibilidad presupuestal y su ingreso no fue por concurso; pero tampoco se le puede calificar de *"trabajador oficial"*, en tanto la entidad accionada no celebró un contrato de trabajo para vincularlo.

De la misma manera estima que el vínculo contractual del actor no está regido por un *"contrato de prestación de servicio"*, puesto que aquél fue desnaturalizado por la demandada para darle paso a una relación de trabajo, regida por los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que el demandante *"es un contratista trabajador individual"*.

Al respecto, es preciso recordar que la Ley 10 de 1990, por la cual se reorganizó el Sistema Nacional de Salud, al referirse a la estructura administrativa de la nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, en su artículo 26 clasificó los empleos en dos grandes grupos: a) empleados públicos, los cuales pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera y b) trabajadores oficiales; estos últimos corresponden a quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales en las mismas instituciones.

En esa misma dirección, el artículo 123 Constitucional precisa que son *"servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios"*. Es decir, que la propia Constitución Política al aludir a la función pública clasificó a sus servidores en tres subcategorías: miembros de las corporaciones públicas, empleados públicos y trabajadores oficiales.

Lo anterior significa que en nuestro ordenamiento jurídico no existe, como regla general, la categoría de trabajadores al servicio del Estado sometido al régimen laboral de los particulares, salvo precisas excepciones legales; en consecuencia, la pretensión de la censura de *"encuadrar jurídicamente"* al actor dentro de los lineamientos del Código Sustantivo del Trabajo resulta improcedente.

Sobre el tema debatido, en un caso de contornos similares, examinado en la sentencia del 23 de mayo de 2005, radicación 23738, esta Sala expresó:

> *"3. El constituyente de 1991 no mencionó expresamente la categoría que invoca la parte demandante: la de los trabajadores al servicio del Estado sometidos al régimen laboral de los particulares. Un tema de tanta importancia no podía quedar al arbitrio del intérprete, máxime que la normatividad del capítulo 2 del Título V de la Carta Política está destinada a reglar la función pública.*
>
> *Para confirmar lo anterior basta recordar el*

fundamento o razón de ser de cada una de las tres únicas sub categorías que se mencionan en el artículo 123 ibídem. Los miembros de las corporaciones públicas son servidores públicos porque primordialmente cumplen una función política, que es de la esencia del Estado democrático. Los empleados públicos desarrollan la función administrativa; por eso y porque los fines supremos del Estado están por encima del interés particular de los individuos, tienen una estabilidad relativa y muy restringido su derecho de asociación en el ámbito del derecho colectivo. Y la vinculación del trabajador oficial es contractual según la ley, porque su actividad, aunque estatal, se desarrolla en actividades similares que bien pudieran ser cumplidas por los particulares (de construcción y sostenimiento de obras públicas, industriales y comerciales); pero como de hecho no cumplen una función administrativa, su estabilidad laboral es más amplia (régimen legal de 1945), como también lo es el ejercicio de los derechos de asociación y huelga.

El trabajador particular, que se rige en sus relaciones por el derecho privado, tampoco tiene las limitaciones que informan la llamada situación legal y reglamentaria del empleado público. De hecho la Constitución Política únicamente les prohibe, a los trabajadores particulares, el ejercicio del derecho de huelga cuando comprometen los servicios públicos esenciales definidos por el legislador (artículo 56 de la Constitución Política).

Ahora bien, si el fundamento o razón de ser de cada una de las categorías de los servidores públicos muestra una clara y necesaria diferencia con la categoría de los trabajadores particulares, ¿podía el

constituyente de 1991 pasaría inadvertida y dejar tan importante tema al discrecional fuero del intérprete para invitarlo a decir que en el artículo 123 de la Carta Política se encuentra un criterio de clasificación de los trabajadores al servicio del Estado del cual se puede deducir que los servidores de las entidades atípicas son trabajadores particulares?.

Esa amplitud conceptual de la tesis del demandante induciría al propio legislador a permitir que la función pública fuese desarrollada por trabajadores particulares, con lo cual la función administrativa, que es de la esencia del Estado, quedaría vulnerable ante el ejercicio del derecho de huelga sin limitación alguna o vería la administración restringida la facultad de ejercicio del poder disciplinario que por mandato constitucional le corresponde, para citar sólo dos ejemplos de las consecuencias que traería aceptar el raciocinio del impugnante.

(...)

Dentro de la concepción del Tribunal, conforme a la cual el artículo 123 de la Constitución Política no consagra la categoría de los servidores particulares del Estado, correspondía utilizar en el caso el artículo 5° del Decreto Legislativo 3135 de 1968 para concluir que el demandante fue empleado público y no trabajador oficial y menos trabajador particular. En consecuencia, aplicó de manera pertinente ese precepto y no trasgredió ni por infracción directa ni por interpretación errónea las normas que denunció la censura".

Así las cosas, al encontrar demostrado el Tribunal que la demandada es una Empresa Social del Estado,

por lo que sus servidores, de conformidad con las previsiones de los artículos 26 de Ley 10 de 1990 y 195-5 de la Ley 100 de 1993, tendrían el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales; y además deducir que el actor en su condición de médico no tenía ninguna relación con el mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales en el Camu el Prado de Cereté, por lo que no se le podía considerar como trabajador oficial, no quebrantó las normas que denuncia la censura.

En consecuencia, el cargo no prospera.

VIII. SEGUNDO CARGO

Denuncia por la vía indirecta la indebida aplicación de las preceptivas enlistadas en la primera acusación *"debido a un error ostensible de hecho al no dar por demostrado estándolo, (a) la mala fe de la entidad demandada en negar el pago de salarios y prestaciones sociales y (b) la existencia del "contrato de trabajo realidad" fundada en una relación laboral"*.

Expresa que figuran en el expediente los diferentes contratos de prestación de servicios profesionales y órdenes de trabajo suscritas entre el actor y la demandada, elaborados por la empresa con el fin de eludir el pago de prestaciones, documental que el juzgador de alzada dejó de valorar.

Transcribe un fragmento de la sentencia de esta Sala del 18 de octubre de 2001, sin anotar radicado, alusivo a la prueba testimonial; luego indica que el Tribunal apreció erróneamente los testimonios de Eucaris Salas Cantero, Sandra Rosa Cogollo Assís y el interrogatorio del demandante; respecto del testimonio de Jenny Ruíz afirma que *"no aparece en el expediente"*.

Expresa que también aparecen en el expediente los documentos denominados RIPS elaborados en formato por la demandada.

Aduce que las mencionadas pruebas *"forman un todo, en donde se puede apreciar de que a través de la firma de las órdenes de servicio hacen firmar a los trabajadores de la medicina con el objeto de burlar las prestaciones sociales legales y además esta clase de contratación se ha convertido es una costumbre inveterada de todas las entidades estatales"*; agrega que el *ad quem* no le dio valor suficiente a todo ese conjunto de pruebas a fin de declarar la existencia del contrato de trabajo y la mala fe de la entidad demandada al negar el vínculo contractual, *"desconociendo de que nuestro mandante nunca fue empleado público ni trabajador oficial"*.

IX. SE CONSIDERA:

Estimó el Tribunal que no aparecía acreditada la calidad de trabajador oficial del actor, toda vez que si de las pruebas aportadas se encontraba establecido la relación laboral

del demandante con la accionada, ello no ponía de manifiesto que aquel se encontraba vinculado en forma directa al mantenimiento de la planta física hospitalaria que permitiera inferir que la naturaleza jurídica de la labor realizada permitiera catalogarlo como trabajador oficial.

En efecto, al examinar las pruebas recaudadas, el *ad quem* fue claro al concluir que "*de la información contenida en el libelo de la demanda, en los contratos u órdenes de prestación de servicios presentados, del certificado expedido por el contador de la ESE CAMU EL PRADO, las copias de los RIPS (REGISTRO) INDIVIDUAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN ESPECÍFICA Y RETENCIÓN TEMPRANA) diarios, las declaraciones de los señores JENNY RUÍZ GUZMÁN, SANDRA COGOLLO ASSIS, EUCARIS SALAS CANTERO y la declaración de JOSÉ FERNANDO BANQUETT FLOREZ, se haya establecido la relación laboral del señor con la demandada; también lo es, ello no pone de manifiesto que aquel se encontraba vinculado en forma directa o exclusiva al mantenimiento de la planta física hospitalaria*".

Aquella conclusión del *ad quem* no fue enervada por el recurrente, toda vez que orientó su ataque simplemente a señalar que el actor cumplía un horario y recibía ordenes del Gerente, por lo que su vinculación era la de *"contratista de trabajador privado"*, dejando de lado la crítica sobre lo que fue en realidad la verdadera motivación del Tribunal.

Más aún, al examinar los documentos que denuncia el recurrente encuentra la Corte que los contratos que suscribió el actor con la accionada tenían como objeto *"la prestación de servicios profesionales como MÉDICO en cualquiera de las instalaciones de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CAMU EL PRADO DE*

CERETÉ" lo cual confirma la inferencia del Tribunal respecto a las labores que realizaba el actor en el hospital; en cuanto a los formatos de *"REGISTRO INDIVIDUAL DE ASISTENCIA DE SERVICIOS DE PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN ESPECÍFICA Y DIRECCIÓN TEMPRENA"*, su contenido tampoco está en contraposición con lo definido por el juzgador de segundo grado y mucho menos logra desvirtuar sus conclusiones.

En virtud de que con los medios de pruebas examinados la censura no demostró ninguno de los yerros fácticos atribuidos a la sentencia impugnada, no es posible estudiar las testimoniales, toda vez que no tienen el carácter de calificadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969.

El cargo tampoco prospera.

No hay lugar costas por no haber sido replicada la demanda extraordinaria.

En mérito de lo expuesto, **LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Montería el 29 de julio de 2008, dentro del proceso adelantado por **JOSÉ FERNANDO BANQUETT FLÓREZ** contra la **E.S.E. CAMU EL PRADO DE CERETÉ.**

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ **ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN**

No firma por ausencia justificada
GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA **CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE**

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ **CAMILO TARQUINO GALLEGO**

SECRETARIA SALA DE CASACION LABORAL

Se deja constancia que en la fecha no edicto

Bogotá, D C 1- 9 NOV. 2011

Secretario

SECRETARIA SALA DE CASACION LABORAL

Se deja constancia que en la fecha y hora señaladas, quedo ejecutoriada la presente providencia.
Bogotá, D.C. 17 NOV. 2011 Hora

Secretario