

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, once (11) de junio de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente:	FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente:	No. 11001-33-34-002-2014-00087-01
Actor:	SINDICATO DE EMPLEADOS DISTRITALES DE BOGOTÁ - SINDISTRITALES
Demandado:	HOSPITAL DE ENGATIVÁ ESE II NIVEL Y OTROS
Medio de control:	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS - APELACIÓN DE SENTENCIA
Asunto:	MORALIDAD ADMINISTRATIVA – SUCRIPCIÓN DE OPS Y CONTRATOS DE SERVICIOS EN EL HOSPITAL DE ENGATIVÁ ESE NIVEL II

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 7 de marzo de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Bogotá (fls. 403 a 434 cdno. ppal. no 1.) en la que se dispuso lo siguiente:

“F A L L A

PRIMERO. Declarar no probadas, las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y falta de jurisdicción y competencia planteadas por el apoderado del Distrito Capital de Bogotá – Departamento Administrativo de Servicio Civil y Secretaría Distrital de Salud.

SEGUNDO. NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. No se condena en costas.

CUARTO En caso de no ser apelada, remítase copia de esta sentencia alaDefensoría delPueblo(artículo 80 Ley 472 de 1998)

QUINTO. En firme esta providencia archívese el expediente.” (fl. 434 cdno. ppal. no. 1 – mayúsculas sostenidas y negrillas del texto original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1) Mediante escrito radicado en la oficina de apoyo para los juzgados administrativos del circuito de Bogotá DC el Sindicato de Empleados Distritales de Bogotá (SINDISTRITALES) mediante apoderado demandó en ejercicio del medio de control jurisdiccional de protección de los derechos e intereses colectivos contra el hospital de Engativá II nivel ESE (fls. 108 a 118 cdno. ppal. no. 1), posteriormente por auto de 2 de octubre de 2014 se vinculó al Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital y a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá (fls. 204 y 205 *ibidem*).

Las súplicas de la demanda son las siguientes:

“E) Enunciación de las pretensiones:

Solicito que mediante Sentencia:

1. **Se ampare** el derecho e interés colectivo a la “moralidad administrativa” violando por la actuación y omisión administrativa de la Junta Directiva y del Gerente del HOSPITAL DE ENGATIVÁ II NIVEL E.S.E.
2. **Se ordene** al Gerente del HOSPITAL DE ENGATIVÁ II NIVEL E.S.E **cese inmediatamente en la celebración de nuevas OPS o contratos** administrativos de prestación de servicios para la ejecución de labores de carácter habitual y permanente, propias del objeto social y estructura básica del Hospital, respetando la vinculación de los actuales y su prórroga automática de continuidad,
3. **Se ordene** al Gerente y a la Junta Directiva del HOSPITAL DE ENGATIVÁ II NIVEL E.S.E que dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia, **inicie los trámites** administrativos previstos en la Ley y el reglamento, para en cumplimiento de orden judicial que obliga también al Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital, al Concejo Distrital de Bogotá como autoridad presupuestal y al responsable del presupuesto de la entidad, sea expedido en un plazo máximo e improrrogable de seis -6- meses, el acuerdo de junta directiva por el cual **se reforme la planta de personal** con el objeto de aumentar progresivamente el número de empleos, hasta culminar durante la ejecución presupuestal de 2015, por lo menos en el mismo número de empleos existentes en planta, adicionado en el número de las actuales OPS o contratos

administrativos de prestación de servicios, quienes deben ser incorporados sin solución de continuidad., y

4. **Se conforme** según en inciso final del artículo 34 de la Ley 472/98, **“un comité para la verificación del cumplimiento de la Sentencia, en el cual participarán el juez, las partes”, el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SERVICIO CIVIL DISTRITAL, la presidencia de la CONSEJO DISTRITAL DE BOGOTÁ DC y el SECRETARIO DISTRITAL DE HACIENDA como entidades y autoridades públicas vinculadas a la Reforma de la Planta de Personal, la PROCURADORA Delegada para los asuntos del trabajo y la CENTRAL UNITARIAS DE TRABAJADORES, CUT, responsable de trabajadores Estatales.**” (fl. 115 cdno. ppal. no. 1 – mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

2. Hechos

Como fundamento fáctico la parte demandante expuso en el escrito contentivo de la demanda, en síntesis, lo siguiente:

- 1) El Hospital de Engativá es una empresa social del Estado del orden distrital de nivel II la cual está organizada en 3 áreas, la dirección conformada por la junta directiva y el gerente, la atención al usuario, prestación de servicios de salud incluyendo la atención administrativa y, el área de logística que comprende las unidades funcionales encargadas del manejo y utilización de los recursos necesarios para alcanzar y desarrollar los objetivos de la ESE y realizar el mantenimiento de la planta física y su dotación.
- 2) En el año 2008 adoptó su última planta de personal con un número de 531 empleados según certificación expedida por el gerente de la entidad el 17 de octubre de 2013, de los cuales 343 empleos están provistos lo que evidencia una diferencia de 188 de empleos sin cubrir, en tanto que el número de contratistas o vinculados por órdenes de prestación de servicios asistenciales fue de 696 en el año 2012 y de 443 a la fecha de expedición de la certificación.
- 3) Las actividades ejecutadas por las personas vinculas por órdenes de prestación de servicios asistenciales según afirmación del gerente de la entidad corresponden a las de médico general, anestesiólogo, ortopedista, pediatra, cirujano general nutricionista, fisioterapeuta y auxiliar de facturación, funciones estas que corresponden al objeto social de la ESE y que son permanentes por su propia naturaleza, se ejecutan bajo subordinación según la programación, jornadas y horarios determinados por el hospital, se trata

entonces de funciones iguales o similares a las que cumplen los empleados de planta y que se desarrollan de manera habitual.

4) Esta práctica administrativa de tener una “nómina paralela” a la planta de personal en número superior invierte los valores jurídicos dado que la regla general de empleo público es postrada como excepción y la excepción son las órdenes de prestación de servicios, es convertida en regla general cuando lo procedente según el orden jurídico es aumentar el número de empleos previstos en planta en el mismo número de contratos administrativos de prestación de servicios, para así regularizar la planta de acuerdo con las necesidades reales del hospital.

5) Esa forma de proceder administrativo constituye una violación del artículo 2 del Decreto Ley 2400 de 1968, de la sentencia C-614 de 2009 de la Corte Constitucional y desacata la Circular 008 de mayo de 2013 expedida por el Procurador General de la Nación.

6) El 28 de enero de 2014 SINDISTRITALES radicó ante el Hospital de Engativá una solicitud para que adoptara las medidas necesarias para la protección de los derechos e intereses colectivos amenazados o violados, en cuya respuesta el 18 de febrero del mismo año el gerente afirmó que con el fin de dar cumplimiento a la sentencia C-614 de 2009 se adelantó con el acompañamiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Secretaría Distrital de Salud en estudio de cargas y labores con el fin de cuantificar y determinar las reales necesidades de la entidad, sin embargo debe advertirse que en el programa de saneamiento fiscal al que sometieron a las ESE del distrito capital no se incorporaron recursos para proveer cargos requeridos mediante nombramiento.

3. Contestación de la demanda

La demanda en ejercicio del medio de control jurisdiccional de protección de los derechos e intereses colectivos de la referencia fue admitida por auto de 8 de abril de 2014 (fls. 119 y 120 cdno. ppal. no. 1), providencia en la cual el juez de primera instancia ordenó la notificación del inicio del proceso al representante legal del Hospital de Engativá, posteriormente en auto de 2 de octubre de 2014 que vinculó al Departamento Administrativo del Servicio Civil

del Distrito y a la Secretaría Distrital de Salud se ordenó su notificación (fls. 204 y 205 *ibidem*).

3.1 Hospital de Engativá ESE

La mencionada entidad distrital mediante escrito presentado en la oficina de apoyo para los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá DC (fls. 172 a 178 cdno. ppal. no. 1) contestó la demanda con el siguiente razonamiento:

- 1) Es cierto que en la planta de personal del Hospital de Engativá están previstos los distintos empleos cuyas funciones son necesariamente para el cumplimiento del objeto social, en el año 2008 se adoptó su última planta de personal con un número total de 531 empleos de los cuales 343 están cubiertos y 188 no provistos.
- 2) No es cierto que la gerencia certificara que para el 17 de octubre de 2013 tuviese 443 contratistas cuyas actividades corresponden funcionalmente al objeto social y a la estructura básica de la entidad, como tampoco que exista una nómina paralela a la planta de personal de ley.
- 3) No existe transgresión del principio de moralidad contemplado en el artículo 209 de la Constitución Política y por ello mal podría ordenarse al gerente de la entidad cesar de inmediato la celebración de órdenes de prestación de servicios “pero respetando la vinculación de los actuales y su prórroga automática” como pretende el actor, hasta tanto sean incorporados en la planta de personal sin solución de continuidad y de inicio a los trámites administrativos previstos en la ley y el reglamento para que un término no superior de 6 meses, con el concurso del Departamento Administrativo Distrital del Servicio Civil y el concejo de Bogotá, se reforme la planta de personal con el objeto de aumentar progresivamente el número de empleos actualmente existente en la planta adicionando el número de las actuales órdenes de prestación de servicios.
- 4) Las órdenes de prestación de servicios (OPS) son permitidas, como en el caso del Hospital de Engativá II nivel II ESE, cuando las actividades de la administración no pueden realizarse con personal de planta y/o requieren conocimientos especializados, de tal manera que mal podría advertirse *a priori*

y de modo categórico que las OPS suscritas se encuentran encubriendo contratos de trabajo debido a que aquellas están reguladas por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y contienen características propias que las diferencian de otro tipo de formas jurídicas en materia laboral.

3.2 Distrito Capital – Departamento Administrativo Distrital de Servicio Civil y Secretaría Distrital de Salud

A través de escrito radicado en la oficina de apoyo para los juzgados administrativos del circuito de Bogotá DC (fls. 211 a 245 cdno. ppal. no. 1) el apoderado judicial del Distrito Capital – Departamento Administrativo de Servicio Civil y la Secretaría Distrital de Salud contestó la demanda en donde expuso, en resumen, lo siguiente:

- 1) El Hospital de Engativá II Nivel ESE es una entidad del orden descentralizado de la administración distrital dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, su representación legal no es está a cargo del alcalde mayor ni del secretario distrital de salud, por lo tanto es aquel y no son estas el encargado de pronunciarse sobre cada una de las pretensiones de la demanda.
- 2) De la lectura del escrito de demanda es evidente que en el texto la invocación de amparo corresponde netamente a temas que hacen parte de las autonomía administrativa y presupuestal del Hospital de Engativá Nivel II ESE, es decir que las pretensiones de la parte actora no son del resorte y competencia de la secretaria distrital de salud ni del departamento administrativo del servicio civil, entidades que no tienen dentro de sus competencias la creación, aprobación y reformas de las plantas de personal de las entidades descentralizadas ni la elaboración de estudios técnicos para tal fin, generando en consecuencia la prueba de la carencia de legitimación por pasiva.
- 3) Es el gerente quien deberá radicar ante la secretaría distrital de hacienda la solicitud de viabilidad presupuestal para de esta forma posteriormente establecer mediante acuerdo de la junta directiva de cada hospital la formalización del rediseño organizacional en todo caso teniendo en cuenta los programas de saneamiento fiscal y financiero.

- 4) El 26 de diciembre de 1994 por Resolución no.04476 se entregaron las plantas de personal a los directores de los hospitales adscritos a la secretaría distrital de salud y por lo tanto el manejo descentralizado de la administración del talento humano a cada institución.
- 5) La competencia del departamento administrativo del servicio civil distrital se circunscribe a las entidades que conforman el distrital capital respecto de asuntos de empleo público, así como el acompañamiento y emisión de conceptos técnicos tendientes a modificar o establecer las plantas de personal de las diversas entidades distritales.
- 6) Dada la importancia del servicio que prestan las empresas sociales del Estado es posible que se presenten situaciones fácticas que ocasionen un gran cúmulo de labores a desarrollar que naturalmente deben suplirse mediante contratos de prestación de servicios en tanto la planta de personal puede resultar insuficientes para cumplir con la gestión encomendada.
- 7) La situación financiera que atraviesa el Hospital de Engativá muestra que el año 2012 fue el más crítico, hecho que agrava el endeudamiento de la institución, dentro de los aspectos relevantes a resaltar está lo relacionado a los pasivos entre los que se encuentran el pensional y prestacional, vacaciones pendientes de disfrute, así como los valores de anticipos girados por el Fondo Financiero Distrital de Salud de los cuales el hospital no cuenta con recursos para su pago, en consecuencia requiere de recursos adicionales a los generados con la producción de servicios.
- 8) Aumentar la planta de personal de la institución y por consiguiente sus costos conllevaría a la liquidación del hospital pues la creación de nuevos cargos no implica de manera alguna el aumento de ingresos.
- 9) El régimen jurídico de contratación de las empresas sociales del Estado es de derecho privado según las orientaciones civiles y comerciales de tal manera que el juez administrativo no se puede pronunciar de fondo por carecer de jurisdicción y competencia sobre esa materia.

4. Alegatos de conclusión

Por auto de 21 octubre de 2015 se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de 5 días (fl. 271 cdno. ppal. no. 1), en dicho término la parte actora y los apoderados judiciales del Hospital de Engativá y del Distrito Capital - Departamento Administrativo de Servicio Civil y Secretaria Distrital de Salud presentaron alegaciones finales (fls. 272 a 284, 285 a 288 y 289 a 296, respectivamente, *ibidem*), donde básicamente reiteraron lo manifestado en el escrito de la demanda y en las contestaciones de la demanda, respectivamente.

5. La sentencia de primera instancia

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Bogotá en providencia de 7 de marzo de 2016 (fls. 403 a 434 cdno. ppal. no. 1) declaró no probadas las excepciones propuestas por el apoderado del Distrito Capital - Departamento Administrativo Distrital de Servicio Civil y la Secretaria Distrital de Salud y negó las pretensiones de la demanda con fundamento en lo siguiente:

1) La legitimación en la causa por pasiva se predica desde el momento de la imputación que se extiende al demandado y los hechos o conductas referidos en la demanda sin que ello indique su participación real en la causa de tales hechos y conductas, pues, corresponde al juez determinar los responsables en caso de existir la vulneración o amenaza de los derechos colectivos invocados.

2) Pese a que el régimen de contratación del Hospital de Engativá II Nivel ESE se encuentra en el marco del derecho privado, tal como afirma el distrito capital, ello no significa que de ahí se desprenda la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para resolver el debate, por cuanto sus atribuciones legales para conocer la presente controversia se derivan del planteamiento expuesto en la demanda sobre la configuración de una supuesta afectación del derecho colectivo a la moralidad administrativa cuyo origen se endilga respecto de la actuación desplegada de por una entidad pública que figura como demandada.

3) Para evidenciar la configuración de una nómina paralela a través de contratos de prestación de servicios se requiere la determinación y concreción de una relación laboral de carácter permanente que desdibuje el objeto ocasional de este tipo contractual y desconozca derechos de connotación laboral.

4) La vinculación de personal a los empleos creados dentro de una planta personal está sujeta a un procedimiento que se condiciona a las reglas propias del servicio civil en aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa, y a la aprobación de los traslados financieros pertinentes con los que se cuente para proveer las vacantes de planta que sean necesarias para atender las necesidades de la entidad.

5) El artículo 59 de la Ley de 1438 de 2011 permitió a las empresas sociales del Estado adoptar las modalidades de contratación siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, o cuando tales funciones no pudiesen llevarse a cabo por parte del personal de planta de la ESE, bien sea porque se adelanten los trámites presupuestales y administrativos para proveerse las vacantes en propiedad o cuando se requiere para su realización de conocimientos especializados.

6) Las órdenes de prestación de servicios que efectuó el Hospital de Engativá fueron para ejercer actividades de conocimiento especializado con duración de un año incluidas las prórrogas y de forma esporádica, lo cual acompasa con el objeto de la anotada forma contractual, y en relación con ello no hay prueba que evidencie la supuesta simulación laboral que según el actor se presenta en la entidad demandada por la realización de actividades permanentes ya que, lo advertido fue la falta de apropiaciones presupuestales para proveer las vacantes de planta y la realización de labores de contenido extramural por parte de los contratistas.

7) No se desconoce que se informó que en el Hospital de Engativá el número de contratistas dentro de la entidad accionada ascendía a 903 para el 7 de julio de 2015, sin embargo tal índice cuantitativo no puede estimarse como prueba fehaciente de la realización de una práctica ilegal de nómina paralela endilga por el actor, máxime cuando dicha cantidad se justificó como se indicó en precedencia en la realización de labores específicas dentro de la entidad

sin que exista material probatorio que permita desestimar las razones del servicio dadas por el ente demandado.

8) No aparece demostrada la vulneración ni amenaza del derecho colectivo a la moralidad administrativa por parte de la empresa social del Estado demandada por cuanto en el expediente no obra prueba alguna que demuestre la suscripción de las órdenes o contratos de prestación de servicios celebrados en la entidad que constituya o lleve implícitamente una trasgresión de los lineamientos que rigen la función pública, o que se realicen con la finalidad de incurrir en la práctica ilegal denominada nómina paralela.

9) Según lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998 en el proceso de acción popular la carga probatoria acerca de la violación o amenaza de derechos o intereses colectivos corresponde concretamente a la parte actora.

6. El recurso de apelación

El apoderado judicial de la organización sindical SINDISTRITALES interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, impugnación que fue concedida por el *a quo* mediante auto de 26 de abril de 2016 (fl. 450 *ibidem*), recurso de alzada que fue sustentado (fls. 438 a 448 cdno. ppal. no. 1) con el siguiente razonamiento:

1) No es materia de controversia en este proceso la existencia jurídica del contrato administrativo de prestación de servicios u órdenes de prestación de servicios, lo que se discute es el abuso e ilegalidad de los mencionados contratos mediante la congelación de la planta de personal y la no provisión de cargos en las vacantes producidas con el fin de utilizar un número de contratos que supera a los empleos creados en el 2008, lo que constituye una inversión de valores constitucionales y legales en tanto que por creación legal existen 343 cargos que deberían ser la regla general del empleo público como lo establece la Constitución, no obstante la excepción por órdenes de prestación de servicio asciende a 903 contratistas.

2) La evidencia de la inmoralidad es la inversión de valores, la práctica administrativa del Hospital de Engativá ha permitido que el empleo público de planta sea inferior al número de contratos de prestación de servicios que, deben ser la excepción, lo procedente según el orden jurídico es aumentar el

número de empleos para satisfacer las necesidades institucionales y cubrir las vacantes y en menor medida utilizar los contratos de prestación de servicios por ser estos la excepción.

3) El procedimiento que ha instaurado el Hospital de Engativá constituye una violación del artículo 2 del Decreto Ley 2400 de 1968 según el cual para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes y en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.

4) Desconoce la sentencia C-614 de 2009 de la Corte Constitucional en la que reprueba que se haya implantado como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de plantas de personal de las entidades públicas, el aumento del contrato de prestación de servicios para el desempeño de funciones de carácter permanente y de lo que ahora es un concepto acuñado públicamente reconocido la suscripción de nóminas paralelas, y por ello declara la existencia de práctica ilegal que evidencia una manifiesta inconstitucionalidad que debe ser retirada de la dinámica laboral administrativa.

5) Asimismo viola la sentencia C-171 de 2012 de la misma corporación que se pronunció específicamente sobre el sector salud y las nóminas paralelas utilizando la contratación con terceros, y en la que se reiteró la regla de prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personal para desempeñar funciones propias y permanentes, y se resaltó la abierta inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo.

6) El Hospital de Engativá desacata la Circular 008 de mayo 7 de 2013 expedida por el Procurador General de la Nación en la que previene a todas las autoridades públicas para que cumplan la normatividad vigente y la jurisprudencia de las altas cortes e insta a dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia de constitucionalidad C-614 de 2009.

7) Lo anterior evidencia que dicha práctica realizada por el hospital transgrede el principio de igualdad y de la prohibición de discriminación en tanto que a unos empleados, los de planta, los trata conforme a la ley con derecho a salario y prestaciones sociales, estabilidad y pago de aportes en salud y pensión, mientras que a los otros, los de la nómina paralela, los discrimina con remuneración por honorarios, sin estabilidad, vinculados por periodos cortos con incertidumbre de un nuevo contrato, sin prestaciones sociales y les toca pagar en su totalidad los aporte en salud y pensión.

8) Respecto a la distribución de la carga probatoria dada la existencia de la presunción de legalidad la aplicación de la presunción exige la prueba de la actividad de servicio o trabajo personal por parte de quien pretende su calidad de empleado y, exceptivamente a la administración le corresponde probar que es un trabajo autónomo o independiente mediante un contrato administrativo de prestación de servicios.

9) El tema presupuestal es importante y manejable dado que el presupuesto 2016 está en ejecución, bien podría pensarse en establecer en la sentencia la orden para que la administración en el proyecto de presupuesto para el 2017 incluya lo necesario para aumentar el número de empleos de planta, y respecto de la orden de cubrir inmediatamente las vacantes en número de 188 es posible porque el costo de la planta está previsto en el presupuesto en ejecución.

10) Las órdenes de prestación de servicios certificadas por el hospital son variadas para distintas actividades y oficios, advirtiéndose que en común su denominación es igual o similar a la de los empleos de planta, algunas son para labores médica, otras de apoyo asistencial y otras para actividades administrativas, por lo tanto no es cierto que las OPS correspondan a actividades de “conocimiento especializado”.

7. Actuación surtida en segunda instancia

Una vez recibido el expediente en esta corporación, luego de efectuado el respectivo reparto (fl. 2 cdno. no. 2) mediante auto de 24 de mayo de 2016 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fl. 4 cdno. *ibidem*).

8. Alegatos de conclusión de segunda instancia

Por auto de 22 de junio de 2016 (fl. 9 cdno. no. 2) se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones de conclusión por el término de 5 días y, vencido este, por el mismo lapso corrió traslado al Ministerio Público para emitir el respectivo concepto.

Dentro de dicho lapso la parte actora presentó escrito (fl. 11 *ibidem*) ratificando lo manifestado en la demanda y el recurso de apelación, el apoderado del Distrito Capital y la Secretaría Distrital de Salud presentó extemporáneamente el escrito de alegatos (fls. 22 a 30 *ibidem*) según constancia secretarial visible en el folio 45 del cuaderno en cita.

9. Concepto del Ministerio Público

La Agente del Ministerio Público Delegada ante esta corporación rindió concepto (fls. 13 a 21 cdno. no. 2) en el que hizo las siguientes consideraciones:

1) De acuerdo con lo manifestado por el apoderado judicial del Hospital de Engativá los contratos se efectuaron para ejercer actividades de conocimiento especializado con una duración de un año incluidas sus prórrogas y de forma esporádica, esto permite asegurar que no existió una simulación ni se dieron contratos en calidad de nómina paralela debido a que se trató de actividades extramurales que no tienen contenido permanente con lo cual no se adecúan a la prohibición legal, lo anterior tiene razón de ser en el hecho de que el hospital suscribió contratos de prestación de servicios en los cuales el contratista conocía previamente la naturaleza del mismo y de manera voluntaria acepta no adquirir vínculo laboral alguno con el ente público y ser el único responsable de la prestación del servicio sin tener derecho reconocimiento de emolumentos distinto al pago del valor determinado como honorario.

2) Cuando se llevan a cabo jornadas de salud por fuera del hospital, actividades extramurales, se necesita personal adicional por lo cual la administración les permite a las empresas sociales del Estado la contratación por prestación de servicios para poder suplir dicho personal y no descuidar las

actividades que se desarrollan dentro del hospital y poder asistir con personal a las actividades que están fuera de la periferia de los mismos.

3) Al analizar las pruebas aportadas al expediente junto con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre la materia es claro que no se incurrió en violación de la moralidad administrativa, por lo que deben negarse las pretensiones de la demanda y confirmarse el fallo de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) aspecto preliminar, 2) competencia del *ad quem*, 3) finalidad del medio de control jurisdiccional de protección de los derechos e intereses colectivos, 4) el caso concreto y problema jurídico a resolver, y 5) condena en costas.

1. Aspecto preliminar

Pone de presente la Sala de Decisión que el Consejo Superior de la Judicatura expidió los Acuerdos números PCSJA20-11519 del 16 de marzo de 2020, PCSJA20-11521 del 21 de marzo de 2020, PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, PCSJA20-11529 del 25 de marzo de 2020, PCSJA20- 11532 del 11 de abril de 2020, PCSJA20- 11549 del 7 de mayo de 2020 y PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020 mediante los cuales suspendió los términos judiciales desde el 17 de marzo y hasta el 24 de mayo de 2020, exceptuando las acciones constitucionales, *habeas corpus* y controles inmediatos de legalidad, como parte de las medidas adoptadas para la preservación de la vida y la mitigación de riesgos con ocasión de la situación de emergencia sanitaria generada por la irrupción y pandemia del denominado coronavirus Covid-19.

A partir del Acuerdo No. PCSJA20- 11549 del 7 de mayo de 2020 igualmente proferido por el Consejo Superior de la Judicatura se incluyó como excepción a esa suspensión aquellos procesos que en cualquiera de los medios de control jurisdiccional establecidos en la Ley 1437 de 2011 y el Decreto 01 de

1984, inclusive, se encuentren para dictar sentencia, de primera, única o segunda instancias, así como sus aclaraciones o adiciones, decisiones que se notificarán electrónicamente (artículo 5, numeral 5.5), de manera que procede la Sala a resolver el presente medio control por encontrarse exceptuado conforme a los Acuerdos PCSJA20- 11549 del 7 de mayo de 2020 y PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020.

2. Competencia del *ad quem*

Sobre el punto, cabe advertir que dentro del asunto de la referencia únicamente interpuso recurso de apelación la parte actora con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia.

De acuerdo con lo anterior se tiene que se trata de una situación de apelante único donde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del juez en segunda instancia se reduce al análisis de los puntos objeto del recurso, norma aplicable en virtud de la remisión expresa establecida en el artículo 44 de la Ley 472 de 1998, dado que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo tampoco regula ese aspecto procesal.

En efecto, el artículo 328 del Código General del Proceso preceptúa:

“ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.” (resalta la Sala).

En ese contexto es claro que el *ad quem*, cuando se trata de apelante único, solo puede revisar la actuación en cuanto tienen que ver con los motivos de la impugnación, huelga decir, no puede el juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso

3. Finalidad del medio de control jurisdiccional de protección de los derechos e intereses colectivos

Las demandas en ejercicio del medio de control jurisdiccional de protección de los derechos e intereses colectivos, denominado antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 acción popular, consagrada en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política y reglamentadas por la Ley 472 de 1998, tiene como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares cuando ellos actúen en desarrollo de funciones administrativas.

En la forma y términos de la reglamentación contenida en los artículos 1, 2, 4 y 9 de la Ley 472 de 1998 en concordancia con el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, los elementos necesarios para la procedencia del medio de control jurisdiccional de protección de derechos e intereses colectivos son los siguientes:

- 1) La finalidad es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.
- 2) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos o intereses.
- 3) Se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración, o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.
- 4) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Nacional, las leyes ordinarias

y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998.

5) La titularidad para su ejercicio está dada por su naturaleza popular, por lo tanto, puede ser ejercida por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la Ley 472 de 1998.

4. El caso concreto y el problema jurídico a resolver

En el caso *sub examine* la parte actora, en ejercicio del medio de control jurisdiccional de protección de los derechos e intereses colectivos, demandó al Hospital de Engativá, posteriormente fueron vinculados como posibles responsables de los hechos el Distrito Capital – Departamento Administrativo Distrital de Servicio Civil y la Secretaría Distrital de Salud, con el fin de que se ordene al gerente del hospital que cese inmediatamente la contratación por órdenes de prestación de servicios para la realización de labores de carácter habitual y permanente propias del objeto social e inicie los trámites de ley previstos para la reforma de la planta de personal con el objeto de aumentar progresivamente el número de empleos de la planta de personal.

El juez de primera instancia negó el amparo del derecho e interés colectivo invocado con la demanda consistente en la moralidad administrativa por considerar que no aparece demostrada su vulneración ni amenaza por parte de la empresa social del Estado demandada, por cuanto en el expediente no obra prueba alguna que demuestre la suscripción de las órdenes o contratos de prestación de servicios celebrados en la entidad que constituya o lleve implícitamente una trasgresión de los lineamientos que rigen la función pública, o que se realicen con la finalidad de incurrir en la práctica ilegal denominada nómina paralela, en tanto que las OPS que celebró el Hospital de Engativá fueron para ejercer actividades de conocimiento especializado con duración de un año incluidas las prórrogas y de forma esporádica, lo cual acompasa con el objeto de la anotada forma contractual.

Por su parte, el recurrente manifestó no estar de acuerdo con la decisión adoptada por el *a quo* por estimar que el objeto del presente medio de control es la vulneración el derecho colectivo a la moralidad administrativa por la

inversión de valores constitucionales y legales que ha permitido la práctica que realiza el Hospital de Engativá, en el sentido de que exista mayor número de contratos de prestación de servicios que los cargos existentes en la planta de personal, es decir, no se discute en este proceso la existencia jurídica del contrato administrativo de prestación de servicios u órdenes de prestación de servicios, adicionalmente, dicho procedimiento instaurado por el Hospital de Engativá constituye una violación del artículo 2 del Decreto Ley 2400 de 1968, las sentencias C-614 de 2009 y C-171 de 2012 de la Corte Constitucional y desacata la Circular número 008 de mayo 7 de 2013 expedida por el Procurador General de la Nación.

Por lo tanto el problema jurídico objeto de análisis consiste en determinar si el Hospital de Engativá vulnera el derecho colectivo a la moralidad administrativa, si ha desconocido el artículo 2 del Decreto Ley 2400 de 1968, las sentencias C-614 de 2009 y C-171 de 2012 de la Corte Constitucional y Circular 008 de mayo 7 de 2013 expedida por el Procurador General de la Nación por el hecho de celebrar y ejecutar contratos de prestación de servicios en un número superior a los cargos existentes en la planta de personal.

En los términos en que ha sido propuesta la controversia la Sala confirmará la sentencia de primera instancia por las razones que se consignan a continuación:

1) En primer lugar es importante advertir que, como se dijo en acápite anterior, como únicamente la parte actora impugnó la sentencia de primera instancia se trata de una situación de apelante único donde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso la competencia del juez en segunda instancia se reduce al análisis de los puntos objeto del recurso, norma aplicable en virtud de la remisión expresa contenida en el artículo 44 de la Ley 472 de 1998, dado que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo tampoco regula ese aspecto procesal, por lo tanto la competencia del juez en segunda instancia se circunscribe únicamente al análisis de los puntos objeto del recurso de alzada.

2) El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se concreta en lo siguiente: i) la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa por la inversión de valores constitucionales y legales que ha

permitido la práctica que realiza el Hospital de Engativá genere que exista un mayor número de contratos de prestación de servicios que los cargos existentes en la planta de personal y, ii) el procedimiento instaurado por el Hospital de Engativá constituye una violación del artículo 2 del Decreto Ley 2400 de 1968, las sentencias C-614 de 2009 y C-171 de 2012 de la Corte Constitucional y desconocimiento de la Circular número 008 de mayo 7 de 2013 expedida por el Procurador General de la Nación.

4.1 Hechos probados

En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos relevantes relacionados con las actuaciones desplegadas por el Hospital de Engativá con ocasión de la vinculación de personal por órdenes de prestación de servicios denunciada por el sindicato de empleados distritales SINDISTRITALES:

1) Mediante oficio número GH2 de 18 de febrero de 2014 dirigido a la presidenta de SINDISTRITALES y suscrito por el gerente de la Hospital de Engativá ESE informó lo siguiente en relación con la vinculación de personal a través de la modalidad de órdenes o contratos de prestación de servicios:

“Esta administración comprometida con la implementación de las políticas públicas de trabajo decente incorporadas en el plan de desarrollo Bogotá Humana, adelantó en el mes de octubre pasado una convocatoria interna para vincular personal contratista concretamente auxiliares de salud, como resultado de la misma fueron provistos diez (10) cargos. A la fecha se encuentran en trámite ante la Comisión Nacional de Servicio Civil nuevos nombramientos en provisionalidad que dada las limitaciones que impone la Ley 996 de 2005 no ha podido ser surtidos.

Paralelo con lo anterior, y a fin de dar cumplimiento a la sentencia C-614 de 2009 se adelantó bajo el acompañamiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Secretaría Distrital de Salud el estudio de cargas laborales a fin de cuantificar y determinar las reales necesidades de la entidad, sin embargo debe advertirse que el programa de saneamiento fiscal al que se sometieron las ESE del Distrito Capital no incorporó recursos para proveer los cargos requeridos mediante nombramiento.

En ese orden de ideas, el diseño e implementación de la Política Distrital de trabajo decente, sin los recursos económicos necesarios para su adopción, se erige en un mero deseo del legislador, plausible pero irreal. Por ello necesitamos el concurso decidido de las organizaciones sindicales como la por usted representada, los ministerios de trabajo y de salud entre otros, los gremios y la academia par que aunando esfuerzos avancemos hacía una cultura de respeto a los derechos laborales pues de todos es conocido que la crisis de los hospitales en Colombia es estructural por la ausencia

del flujo de recursos y/o fuentes de financiación entre otros aspectos.” (fls. 8 a 10 cdno. no. 1).

2) En una publicación del periódico El Tiempo de 1o de diciembre de 2013, página 2 con el título *“La ‘piñata’ con los hospitales de Bogotá”* reveló una supuesta confesión del exsecretario distrital de salud Héctor Zambrano respecto a la forma en que se repartieron esas entidades entre los concejales de Bogotá, particularmente en alusión a los cargos de gerente y directores de las ESES distritales (fl. 53 cdno. no. 1).

3) Por Acuerdo número 006 de 2008 por el cual se modificó la planta de personal del Hospital de Engativá II nivel ESE la cual quedó integrada por 479 empleados público y 52 trabajadores oficiales para un total de cargos de 531 (fls. 56 a 60 cdno. no. 1).

4) La referida planta de personal del Hospital de Engativá II Nivel ESE fue adoptada mediante la Resolución número 270 de 30 de julio de 2008 (fls. 61 a 65 cdno. no. 1).

5) Aparece documentado la relación de personal vinculado por órdenes de prestación de servicios en la que se describe el número de contrato, perfil nombres y apellidos y documento, personal administrativo un total de 139, personal asistencial un total de 607 (fls. 66 a 78 cdno. no. 1).

6) Relación de personal administrativo contratista a marzo de 2013, un total de 145 y relación de contratistas a diciembre de 2012 un total de 696 (fls. 86 a 107 cdno. no. 1).

7) Acerca del número y objeto de la vinculación de personal mediante contratos de prestación de servicios por oficio número GHE- 3512-2015 de 7 de julio de 2015 el asesor jurídico de los Hospital de Engativá informó lo siguiente:

“1) ¿Cuál es el promedio del término de duración señalado en las órdenes de prestación de servicios? Las órdenes de prestación de servicios celebrados por la entidad para desarrollar actividades relacionadas con su administración o funcionamiento, cuando estas no pueden realizarse con personal de planta por falta o escasez de estos y/o porque requieran de

conocimientos especializados en promedio pueden alcanzar un (01) año de duración incluyendo sus prórrogas.

2) ¿Cuál es el promedio del número de prórrogas de las órdenes de prestación de servicios OPS? Las prórrogas para los contratos cuyo rubro corresponda a remuneración SERVICIOS TÉCNICOS Y/O HONORARIOS oscila en dos (02) anuales, para los contratos con Rubro ASISTENCIAL el promedio oscila en seis (06).

3) ¿Cuál es el promedio del número de órdenes de prestación de servicios que en forma sucesiva o intermitente se celebran con una misma persona? En promedio se celebra una (1) orden de prestación de servicios para los contratos cuyo rubro corresponda a HONORARIOS, REMUNERACIÓN SERVICIOS TÉCNICOS, Y ASISTENCIAL **para el PIC promedio son cuatro (04) órdenes en atención a la alta rotación y/o deserción de este personal.**

4) ¿Cuál es el promedio de antigüedad de los contratistas vinculados por orden de prestación de servicios? Como quiera que el contratista más antiguo con solución de continuidad se remonta al año 2008 y que **el gran número de ellos vinculados al PIC rota continuamente, el promedio así calculado no alcanza al año de permanencia.**

5) ¿Los contratistas vinculados por orden de prestación de servicios prestan sus servicios dentro de las instalaciones del hospital, utilizando los bienes, muebles y elementos del hospital? No todos los contratistas prestan sus servicios al interior de la entidad pues en su gran parte de ellos – **pertenecientes al plan de intervenciones colectivas- ejercen actividades extramurales**, por obvias razones cuando prestan sus actividades en los servicios habilitados del hospital deben utilizar algunos equipos propiedad del mismo, verbi gracia; el tomógrafo, las salas de cirugía, las lámparas cielíticas, las camillas, y demás dispositivos requeridos para la atención del paciente adheridos o incorporados a los bienes inmuebles donde funciona la entidad. Algunos contratistas, disponen también para la prestación del servicio de elementos de su propiedad como el equipo de órgano, computadores, tabletas, etc.

6) ¿Las personas vinculadas por órdenes de prestación de servicios deben cumplir sus actividades según programación y cumplimiento de metas? Por naturaleza de las actividades algunas de ellas no comportan una programación previa, verbi gracia, el personal médico de urgencias que atiende los requerimientos que sobrevengan a diario. Otros por el contrario atienden una programación previamente concertada de cuyo cumplimiento autónomo y autogestionario pende la certificación para cancelación de honorarios.

7) ¿En la actualidad cuál es el número de empleados públicos, número de vacantes y número de contratistas vinculados por orden de prestación de servicios? El número de empleados públicos es de 414 y el número de vacantes 117. El número de contratistas asciende en la actualidad a 903, esta cifra oscila permanentemente en razón a las actividades o programas contratados por la entidad.” (mayúsculas sostenidas del original -

se adicionan negrillas, con excepción de las preguntas introductorias de cada numeral - fls. 265 a 267 cdno. no. 1).

Los anteriores hechos no fueron desvirtuados ni tachados de falsos por las partes.

4.2 Análisis de los puntos objeto de la apelación

1) El recurso de apelación interpuesto por la parte actora se centra en aducir como primer punto de cuestionamiento que la entidad de salud demandada ha incurrido en violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa por la inversión de valores constitucionales y legales que ha permitido por la práctica que realiza el Hospital de Engativá exista mayor número de contratos de prestación de servicios que los cargos existentes en la planta de personal, configurándose la denominada práctica nómina paralela toda vez que la vinculación mediante contratos de prestación de servicios se efectúa para la ejecución de labores de carácter habitual o permanente propias de la estructura de la entidad.

Al respecto es necesario advertir y precisar lo siguiente:

a) Respecto de la forma de vinculación con entidades del Estado el régimen jurídico tiene previstas tres distintas modalidades: a) los empleados públicos (relación legal y reglamentaria), b) los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal), esta última forma de vinculación se encuentra desarrollada en La Ley 80 en el artículo 32 que dispone:

“3. 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”.

b) El Consejo de Estado ha expresado que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los

derechos laborales y renunciar a los beneficios mínimos establecidos en las normas a favor de los empleados públicos, de tal manera que con el fin de evidenciar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla se debe acudir al artículo 53 constitucional conforme al cual se debe dar primacía a la realidad sobre las formalidades, para obtener la protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

c) Precisamente esta práctica de pretender utilizar los contratos de prestación de servicios para realizar funciones previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público está legalmente prohibida, inclusive se prevén sanciones de carácter disciplinario contra los funcionarios que contraten a través de esta modalidad por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal.

d) El mismo artículo 2 del Decreto 2400 de 1968 modificado por el 3074 del mismo y que se menciona en el escrito de demanda preceptúa:

“Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”. (resalta la Sala)

e) Por su parte el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 prevé que:

*“En ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, **en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes** mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto (...) la función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni*

delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad” (resalta la Sala).

f) La Ley 790 de 2002 por medio de la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 17. PLANTAS DE PERSONAL. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o **las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.**

En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.

PARÁGRAFO. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública” (negritas fuera de texto).

g) La Ley 734 de 2002 por la cual se expide el Código Único Disciplinario establece en el artículo 48, numeral 29 como falta gravísima la siguiente:

“29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”.

h) Por su parte, el Consejo de Estado - Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter en sentencia de 1o de marzo de 2018 expediente 23001-23-33-000-2013-00117-01(3730-14) destacó el carácter excepcional de la modalidad de contratación de prestación de servicios en los siguientes términos:

“[...] el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la

administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual” (resalta la Sala).

i) De lo antes expuesto se puede establecer que la misma legislación prohíbe que se abuse del contrato de prestación de servicios precisamente para evitar la generación de nóminas paralelas y el desconocimiento de los derechos mínimos laborales en cuanto desnaturaliza las formas en que se ingresa al servicio público y oculta una verdadera relación laboral, asimismo el Consejo de Estado ha expresado que el contrato de prestación de servicio no puede constituir en el instrumento para desconocer los derechos laborales y ha destacado su carácter excepcional para ejercer actividades propias de la función pública.

j) Ahora bien, respecto del derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 16 de marzo de 2006, expediente No. 70001-23-31-000-2004-00118-02(AP), Magistrada Ponente María Elena Giraldo Gómez, sostuvo:

“El derecho colectivo a la MORALIDAD ADMINISTRATIVA tiene su razón de ser en el marco de la función administrativa sujeta constitucionalmente a una serie de principios que se dirigen a garantizar el cumplimiento del Estado a los fines para los cuales fue instituido. Dentro de esos principios además están el de la igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y de la moralidad administrativa (art. 209 C. N), principios que regulan el campo de acción de la administración pública material y adquieren una importancia especial tratándose de la contratación estatal, porque en tal dinámica oficial se ejecuta la mayor parte del presupuesto público. Por ello el artículo 23 de la ley 80 de 1993 sujeta todas las actuaciones de los que intervienen en la contratación estatal a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, y prevé drásticas sanciones a los que las infrinjan (arts. 50 a 59 ibidem)¹.

La Corte Constitucional en la sentencia C-088², al estudiar la constitucionalidad de los artículos 40 y 55 de la ley 472 de 1998 se refirió al principio de la moralidad administrativa en la contratación estatal y destacó los alcances de la responsabilidad de su Agente en las acciones populares³ como mecanismo de protección de los

¹ AP-166; Actor Manuel Jesús Bravo, Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

² C-088 de 2 de febrero de 2000. Expediente No. D-2469. Actor: Ruby Rasmussen Paborn y Otros.

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia proferida el 16 de febrero de 2001 exp. AP 170.

recursos presupuestales de la Nación (sic) (...)” (negritas y subrayado del texto original).

Posteriormente en sentencia de 23 de enero de 2009⁴ la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó lo siguiente:

“Frente a lo que se entiende por moralidad administrativa, la Sala precisó, en tesis que ha sido constantemente reiterada⁵, que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (Art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (Art. 209 ibidem), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación, sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

Desde esta perspectiva, ha de considerarse como contrario a la moralidad administrativa toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder.

La jurisprudencia de la Corporación ha ido precisando el concepto de moralidad administrativa, así recientemente dejó en claro que:

“las más de las veces la moral (o lo correcto o lo bueno) nutre al derecho, de forma tal que aquella subyace a éste y se constituye en una parte importante de su estructura; en tales casos se presenta, bajo la exteriorización de una norma, de manera concomitante, un contenido moral y uno jurídico que vinculan imperativamente a los miembros del conglomerado social. Es ese contenido moral, cuando se hace referencia a la moralidad administrativa, el que se ampara como derecho colectivo, y es por ello que la protección comprende un ámbito diferente del de la legalidad, entendida en su connotación pura y simple de juridicidad.

Pero la moralidad que se protege como derecho colectivo ha de estar incorporada en una norma legal o en los valores y principios que inspiran la actuación administrativa, para que sea susceptible de protección por esta vía. No es aceptable predicar su infracción cuando quiera que se vaya en contra de lo que es ‘correcto’ y ‘bueno’ de conformidad con el ‘sentido común ético’ y la ‘razón’, sin que se exija como condición necesaria para ello la concurrencia de tales elementos con la vulneración de una norma legal o de un valor o principio constitucional.

El derecho es una ciencia social, en la cual la objetividad se presenta como lo que es generalmente aceptado por la comunidad, cosa que se puede lograr con la expedición de normas legales, con el desarrollo de valores y principios

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia proferida el 23 de enero de 2009. Exp. Ap-2003-0013. Magistrada Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2002. Exp. No. AP-059; Exp. No. AP-166 y AP-170 de 2001.

constitucionales y con el comportamiento conforme, congruente, lícito y reiterado de los asociados, como ocurre con el evento de la costumbre *praeter legem*.

Pero esa objetividad no se logra si se recurre, sin consultar a las normas, a términos como ‘correcto’, ‘bueno’, ‘razón’, los cuales, a pesar de contar con un significado natural y obvio en las diferentes acepciones que la perspectiva del lenguaje brinda, en los terrenos del derecho dan lugar a las más enconadas discusiones por la dificultad de su concreción, aplicación y accertamiento, y más aún por los riesgos que representan para la administración de justicia, al constituir un reto para los intentos de dar seguridad jurídica a la sociedad. Más difícil todavía resulta establecer el alcance del ‘sentido común ético’ como factor para ponderar la amenaza o vulneración de la moralidad administrativa, dada la falta total de desarrollo de esta fórmula dentro de nuestra tradición jurídica.

Esa indeterminación abre un espacio para el libre juego de las tendencias políticas, sociales, éticas y morales del juez, quien a pesar de desempeñar una actividad judicial, como individuo, de manera consciente o inconsciente, difícilmente renunciará a lo que tales inclinaciones le sugieren en su tarea de determinar en el caso concreto, y por fuera de lo que las normas ordenan, lo que es ‘correcto’ y ‘bueno’, de acuerdo con la ‘razón’ y el ‘sentido común ético’.

*Con anterioridad se ha dicho que la moralidad integra al derecho, y que la moralidad administrativa integra a los valores, principios y normas correspondientes, razón por la cual cuando se trate de una vulneración a la moralidad administrativa como derecho colectivo debe evidenciarse en el proceso la violación de los dos contenidos, **es decir, del contenido moral y del contenido jurídico de la norma, entendiéndose por la vulneración del primero, según el caso concreto, la mala fe, las irregularidades, el fraude a la ley, la corrupción, la desviación de poder, entre otras conductas que representan un desarrollo de conceptos morales, y que además están contempladas en el ordenamiento jurídico.***

El juez se encuentra investido en todo momento de un grado importante de subjetividad respecto de sus fallos, pero esa subjetividad debe tener como asidero un objeto sobre el cual pueda desarrollar sus apreciaciones, es decir, unos cimientos firmes para edificar su decisión. La Sala considera que los valores, principios y las leyes son esas bases firmes a las cuales se debe recurrir siempre que se adelante un juicio sobre la amenaza o vulneración de la moralidad administrativa, para determinar el alcance de ésta última en el caso concreto, pero jamás puede la subjetividad judicial buscar el título que legitima su acción en elementos extranormativos que no resultan homogéneos, inequívocos, precisos, es decir, que no son objetivos.

En consecuencia, la Sala afirma que lo ‘correcto’, lo ‘bueno’ y la ‘razón’, son determinantes a efectos de fijar los límites para la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, pero no como fuentes autónomas extranormativas, dado que tales conceptos deben hacer parte de los valores o principios constitucionales, o de las normas legales que se toman como

*elemento objetivo para definir la correspondiente amenaza o vulneración. Es la fijación de la moralidad en las normas constitucionales y legales lo que posibilita que su infracción sea sancionada.*⁶ (resalta la Sala).

k) De acuerdo con los apartes jurisprudenciales transcritos es claro que el derecho a la moralidad administrativa tiene como fuente el ejercicio de la función administrativa, donde adquieren vital importancia muy especialmente aquellas cuestiones donde se ve comprometido en general el patrimonio público en general e involucrada la ejecución del presupuesto público en particular.

Adicionalmente, para que pueda hablarse de lesión a este derecho e interés colectivo debe existir, necesariamente, una trasgresión al ordenamiento jurídico, al tiempo que debe acreditarse la mala fe de la administración.

La actuación de la administración debe ser de tal magnitud que desnaturalice la función pública ejecutada y la corrupción debe desembocar en la satisfacción de intereses particulares.

Por lo tanto, no toda irregularidad administrativa, como tampoco no cualquier incumplimiento o quebranto de la normatividad que rija o regule determinado procedimiento administrativo constituye, *per se*, violación de la moralidad administrativa, pues, para ello se requiere la existencia o presencia de un elemento que denote un propósito o finalidad contrario a los cometidos para los cuales están instituidos los procedimientos y atribuidas las competencias administrativas, como por ejemplo, el ánimo o interés de satisfacer o alcanzar un interés personal, de grupo o de terceros, que, resulta opuesto o diferente al preestablecido, en cada caso, por el constituyente y el legislador.

En ese sentido se pronunció la Sala Plena del Consejo de Estado además de los elementos objetivos que deben analizarse para establecer la vulneración de ese derecho colectivo es necesario que concurra el elemento subjetivo, que implica un juicio sobre la conducta del funcionario para establecer el ánimo o interés de satisfacer o alcanzar un interés personal, al respecto indicó:

“No se puede considerar vulnerado el derecho colectivo a la moralidad pública sin hacer el juicio de moralidad de la

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, sentencia de 21 de mayo de 2008, rad. 5400123310002004 (AP-01415) 01, Actor: Henry Pacheco Casariego (sic), Demandados: municipio de Ocaña y otro, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

actuación del funcionario para establecer si incurrió en conductas amañadas, corruptas o arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública.

Aquí es donde se concreta el segundo elemento. Consiste en que esa acción u omisión del funcionario en el desempeño de las funciones administrativas debe acusarse de ser inmoral; debe evidenciarse que el propósito particular del servidor se apartó del cumplimiento del interés general, en aras de su propio favorecimiento o del de un tercero.

Este presupuesto está representado en factores de carácter subjetivo opuestos a los fines y principios de la administración, traducidos en comportamientos deshonestos, corruptos, o cualquier denominación que se les dé; en todo caso, conductas alejadas del interés general y de los principios de una recta administración de la cosa pública, en provecho particular”⁷ (negrillas adicionales).

l) En el presente caso la Sala resalta que no aparece demostrada la vulneración ni amenaza del derecho colectivo a la moralidad administrativa por parte de las entidades públicas demandadas ya que, no obra prueba alguna en el expediente de que la actuación desplegada por los funcionarios del Hospital de Engativá que participaron en la celebración de contratos de prestación de servicios para la ejecución de diferentes labores, incluso relacionadas con el objeto social de la entidad durante los años 2012 a 2016, hubiesen estado determinadas u orientadas por conductas amañadas, corruptas, engañosas o arbitrarias, o encaminada a obtener provechos ilícitos o indebidos en favor propio o de terceros.

En gracia de discusión, aún en la hipótesis de que estuviese configurada una irregularidad administrativa lo cierto es que en el expediente no obra ningún medio de prueba que acredite que la vinculación del personal mediante contratos de prestación de servicios hubiese estado inspirada o que tuviese un propósito ilícito, ilegítimo o contrario a los fines del ejercicio de la función administrativa preestablecidos en los artículos 2 y 209 constitucionales lo mismo que en el artículos 1 de la Ley 1437 de 2011 y los principios que la rigen consagrados en el artículo 3 de esta última, y que al propio tiempo se haya afectado a la administración y menoscabado, distorsionado o perjudicado el patrimonio público, por el contrario, lo allegado al proceso indica que se trató de un medio de acción administrativa para cubrir necesidades del servicio que no podían ser atendidas por el personal de

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 1 de diciembre de 2015, exp. 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP), M.P. Luís Rafael Vergara Quintero.

planta, por lo tanto mal podría afirmarse que ha existido vulneración del principio de moralidad administrativa.

2) Desde otro punto de análisis, en relación con el segundo motivo de la apelación referente a la violación al artículo 2 del Decreto Ley 2400 de 1968, el desconocimiento de las sentencias C-614 de 2009 y C-171 de 2012 de la Corte Constitucional y de la Circular 008 de mayo 7 de 2013 proferida por el Procurador General de la Nación debe indicarse, como lo determinó la sentencia atrás citada, que no es suficiente probar el desconocimiento o incumplimiento de la normatividad que regule determinado procedimiento administrativo, para que se estructure la vulneración de la moralidad administrativa además de que se presente el elemento objetivo se requiere que concurra y acredite el aspecto subjetivo en el autor de la conducta, consistente en la evidencia del propósito particular indebido, ilegítimo e ilegal del servidor público que materializa o ejecuta la conducta en el sentido de apartarse del cumplimiento cabal de sus funciones y desatender la realización del interés general para sustituirlo o desplazarlo por la anteposición de un interés ilegítimo o espurio en procura de un beneficio personal o de un tercero, es decir, debe tratarse de un proceder contrario y apartado de los nobles y elevados fines para los cuales le fueron asignadas sus respectivas atribuciones, aspecto este medular e indefectible que en modo alguno fue demostrado en el proceso.

La parte actora ni en la demanda ni en el curso del proceso allegó prueba alguna que demuestre que la celebración de los contratos de prestación de servicios en el Hospital de Engativá se realizó con fines distintos a la función administrativa, el único respaldo probatorio de los supuestos hechos vulnerantes del ordenamiento jurídico y del derecho colectivo que obra en el expediente son las certificaciones expedidas por el Hospital de Engativá en la que se acepta que el número de empleados de planta es inferior a los contratados por orden de prestación de servicios, que para el año 2015 eran 414 cargos de planta, 117 vacantes y que el número de contratistas ascendía a 903, y se aportó una copia de una publicación en el periódico El Tiempo de 1 de diciembre de 2013 acerca de una confesión del exsecretario de salud del distrito de Bogotá Héctor Zambrano respecto a la forma que al parecer “se repartieron” entre los concejales de Bogotá las entidades de salud para la designación de directores o gerentes, documento que prueba la publicación

de esa información mas no la veracidad y alcance de la misma, sumado al hecho que en ella no se hace referencia ni mucho menos explicación alguna ni acreditación específica ninguna acerca de la forma, motivación y propósitos de la vinculación de personal en el Hospital de Engativá a través de contratos de prestación de servicios.

Respecto del valor probatorio de la información contenida en los medios de comunicación social es pertinente poner de presente que el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente⁸:

“(...) Sin embargo, como bien lo ha advertido esta Sección en anteriores oportunidades⁹, las informaciones publicadas en diarios no pueden ser consideradas pruebas testimoniales porque carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio probatorio (artículo 228 C.P.C.), por lo que sólo pueden ser apreciadas como prueba documental de la existencia de la información y no de la veracidad de su contenido. En consecuencia, el ejemplar acompañado al expediente sólo prueba que allí apareció una noticia, no la veracidad de su contenido (folio 179 del cuaderno 1).” (resalta la Sala).

En ese contexto es claro que la parte actora en el curso del proceso no allegó prueba alguna que evidencie la finalidad indebida o ilícita que supuestamente hubiese podido inspirar o guiar la celebración de las órdenes de prestación de servicios y por tanto distinta a los fines de la función pública, con el propósito de obtener provechos ilícitos o indebidos en beneficio propio de las autoridades que tuvieron a su cargo tales procedimientos de contratación y de vinculación de personal o en favor de terceros.

Por consiguiente no existen en el proceso medios prueba que acrediten en forma idónea y fehaciente la supuesta vulneración o amenaza del derecho colectivo a la moralidad administrativa, circunstancias por las cuales debe confirmarse el fallo de primera instancia en cuanto negó las pretensiones de la demanda pero por las razones expuestas.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá 1 de marzo de 2006. RAD: 15001-23-31-000-1992-02402-01(13764).

⁹ Sentencias del 15 de junio de 2000, expediente 13338 y del 25 de enero de 2001, expediente 11413. Auto del 10 de noviembre de 2000, expediente 18298.

En síntesis, para la decisión que en derecho corresponde adoptar de acuerdo con la realidad procesal acreditada en el proceso, la legislación que regula materia y la línea jurisprudencial trazada sobre ella por el Consejo de Estado en relación con el derecho a la moralidad administrativa y la carga probatoria que le asiste a la parte demandante, es especialmente relevante advertir y precisar los siguiente:

a) No toda ni cualquiera irregularidad administrativa constituye *per se* violación del interés colectivo a la moralidad administrativa, como tampoco la sola infracción de la ley ni quebranto normativo configura una situación de inmoralidad administrativa pues, por la naturaleza de dicho concepto jurídico indeterminado es intrínseco a este la valoración del *animus* o móvil que determina el comportamiento del servidor público en su ejercicio funcional, por lo tanto es imprescindible para su determinación el examen y calificación jurídica de ese preciso aspecto subjetivo por cuanto no se trata de un concepto de carácter objetivo, es por ello que no toda ni cualquiera violación normativa ni proceder administrativo errado o contrario a la ley o a los reglamentos necesariamente y por sí solo configura una situación de violación de la moralidad administrativa, para ello se requiere, indefectiblemente, que la conducta del servidor o de la autoridad pública o del particular en ejercicio de función administrativa esté teñida de mala fe, inspirada o guiada por un propósito subalterno o ilegítimo, de favorecimiento personal para sí o para un tercero o de perjuicio para otro, es decir, que se trastoque el ejercicio de las competencias administrativas para la consecución de un fin contrario o diferente a aquel para el cual le fueron atribuidas al servidor público que, al propio tiempo, genera un detrimento del patrimonio público.

En otros términos, si no se acredita ese elemento subjetivo la conducta bien puede eventualmente ser objeto de reproche jurídico desde el punto de vista disciplinario por motivo de una falta de esa naturaleza, desde la perspectiva de la responsabilidad fiscal por no correcto manejo o administración del patrimonio público, e inclusive si es del caso desde la órbita del derecho penal por la comisión de un hecho punible, pero, no necesariamente pasible de un reproche por razón de inmoralidad administrativa.

b) Ahora bien, desde el ángulo de análisis procesal de la carga de la prueba sobre ese específico elemento y en general sobre la estructuración de una

violación o amenaza del derecho o interés colectivo cuya protección se pretende a través del medio de control jurisdiccional como el ejercido con la demanda en el asunto de la referencia corresponde, expresa y puntualmente al demandante según lo estipulado clara e inequívocamente en el inciso primero del artículo 30 de la Ley 472 de 1998, obligación que en este caso concreto no fue cumplida por la parte actora quien, si bien permitió establecer una situación administrativa de vinculación de personal al Hospital de Engativá a través de órdenes y contratos de prestación de servicios, no se demostró de modo fehaciente e indubitable la ilegalidad de esa práctica y menos aún que hubiese estado determinada por móviles o propósitos ilegítimos, torticeros o indebidos.

c) Adicionalmente, no puede ni debe dejar de repararse en el hecho de que con la demanda tan solo se invocó y deprecó la protección de la moralidad administrativa, no se cuestionó ni pidió al juez de la causa el análisis ni juzgamiento de ningún otro derecho o interés de naturaleza colectiva, por lo tanto el respeto, preservación y garantía efectivos de los derechos constitucionales fundamentales del debido proceso y del de defensa (artículo 29) no hacen jurídicamente posible el examen de ninguno otro derecho o interés de esa precisa naturaleza, como quiera que la parte demandada solo estaba obligada a responder y defenderse del reproche que le fue formulado y nada más, tal como fue definido al momento de fijar el objeto de litigio, por lo tanto no era ni es posible sorprenderlo con el enjuiciamiento por otra causa o motivo, y muchísimo menos aún en este instante en el trámite de la segunda instancia del proceso donde ya no tendría posibilidad real de defensa, particularmente de orden probatorio.

d) En ese contexto normativo, probatorio y de índole jurisprudencial aplicable al asunto debe confirmarse la sentencia objeto del recurso de azada en cuanto denegó las súplicas de la demanda.

5. Condena en costas

En relación con este aspecto procesal el artículo 38 de la Ley 472 de 1998 dispone lo siguiente:

“Artículo 38.- Costas. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar

al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar.” (negritas adicionales).

Según dicho precepto entonces en los procesos promovidos en ejercicio de la acción popular únicamente hay lugar a condenar en costas, en este caso a la parte actora vencida en el proceso, cuando la valoración de la conducta de este permita establecer que obró en forma temeraria o de mala fe.

En ese marco legal entonces la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante por cuanto su conducta procesal no corresponde a las condiciones que para ese efecto exige la norma que regula la materia, pues, no está teñida de mala fe ni temeridad dado que no es constitutiva de abuso del derecho ni puede calificarse como torticera, maliciosa ni malintencionada, presupuesto este indispensable para adoptar aquel tipo de decisión.

Por lo expuesto el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUB SECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

F A L L A :

1º) Confirmar la sentencia de primera instancia de 7 de marzo de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Bogotá DC.

2º) No se condena en costas procesales en esta instancia.

3º) Para los fines de que trata el artículo 80 de la Ley 472 de 1998 remítase copia integral de esta providencia a la Defensoría del Pueblo.

4º) Cumplido lo anterior, previas las constancias de rigor, por secretaría **devuélvase** el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de Sal



FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado



MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado



ÓSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado