



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**

**JUZGADO VEINTITRÉS (23) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA**

SENTENCIA No. 057

Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil veinte (2020).

Tema : CONTRATO REALIDAD
Radicación : 2019 – 00306
Demandante : MARTHA NELLY RUIZ MORENO
Demandado : SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.
Asunto : SENTENCIA DE 1ª. INSTANCIA

Procede el Despacho a decidir, en primera instancia, el proceso presentado por la señora **MARTHA NELLY RUIZ MORENO**, quien actuando mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó se declaren las siguientes:

1. PRETENSIONES

La señora **MARTHA NELLY RUIZ MORENO**, solicita a esta Jurisdicción que declare nulo el Oficio OJU-E-1170-2019 No. 201903510069421 del 12 de marzo de 2019, por medio del cual la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. le negó el reconocimiento y pago de los derechos y acreencias laborales reclamadas, en virtud de haber ocultado la realidad laboral, derivada de haber desempeñado funciones de enfermería, de forma subordinada y permanente en la entidad accionada.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se declare la existencia de una relación laboral entre la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. y la demandante, durante el desarrollo de los contratos de prestación de servicios, suscritos para desempeñar funciones de enfermería, entre el 16 de enero de 2015 y el 15 de noviembre de 2018; como consecuencia de la declaratoria del contrato realidad, que se condene a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., a reconocerle y pagarle en forma indexada las diferencias salariales entre lo pagado en virtud de los contratos de prestación de servicios y lo devengado por un jefe de enfermería de planta de la entidad; que le reconozca y pague las cesantías, interés de cesantías, primas de servicios, navidad, vacaciones y primas extralegales o convencionales y las vacaciones; que se le reembolse lo que tuvo que pagar por concepto de afiliaciones al sistema de seguridad social en salud y pensiones; que se le pague la indemnización por despido injusto; que se paguen las indemnizaciones por el pago tardío de las prestaciones sociales, así como los aportes a seguridad social; que se pague la sanción moratoria por la falta de pago oportuno de las cesantías; que se realicen las cotizaciones a la Caja de Compensación Familiar; que se reajusten las sumas a favor de la accionante de conformidad con el IPC; que se condene al pago de daños morales; que se dé cumplimiento a la sentencia según lo señalado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.; que se declare que el tiempo laborado en virtud de los mencionados contratos de prestación de servicios, se debe computar para efectos pensionales y; que se condene en costas a la entidad accionada (folios 02 a 06).

2. HECHOS DE LA DEMANDA

1. La accionante, señora **MARTHA NELLY RUIZ MORENO** suscribió con el HOSPITAL VISTA HERMOSA I NIVEL E.S.E. – hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., sendos contratos de prestación de servicios para desempeñar actividades de ENFERMERÍA, desde el 16 de enero de 2015 y hasta el 16 de noviembre de 2018 (copias de los contratos reposan en el disco compacto que contiene el expediente administrativo – folio 209).
2. El 19 de febrero de 2019, la demandante, señora **MARTHA NELLY RUIZ MORENO**, radicó una petición bajo el radicado No. 201903510036202 en la entidad accionada, en la que solicitó el reconocimiento de una relación laboral, el pago de las prestaciones sociales y las cotizaciones al sistema de seguridad social, durante la duración de la relación contractual (folios 51-55).
3. La anterior petición fue resuelta en forma desfavorable por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., a través del **Oficio OJU-E-1170-2019 No. 201903510069421 del 12 de marzo de 2019 -acto acusado-**, en el que la entidad argumentó que los contratos de prestación de servicios suscritos con la accionante no generaron una relación laboral, razón por la cual, determinó que no era procedente acceder al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y salariales solicitadas (folios 56-64).
4. El apoderado de la parte demandante radicó solicitud de conciliación prejudicial ante la procuraduría, el 29 de abril de 2019, la cual fue llevada a cabo el 17 de junio de 2019 en la Procuraduría Primera Judicial II para Asuntos Administrativos declarándose fallida la misma, ante la falta de ánimo conciliatorio (folios 65-68).

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invoca la parte demandante como violadas las siguientes normas:

Violación de normas constitucionales: artículo 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 125, 126, 209, 277 y 351-1.

Violación de normas legales:

Decreto 3074 de 1968.

Decreto 3135 de 1968 artículo 8.

Decreto 1848 de 1968 artículo 51.

Decreto 1045 de 1968 artículo 25.

Decreto 01 de 1984.

Decreto 1335 de 1990.

Ley 4 de 1992.

Ley 1437 de 2011.

Ley 1564 de 2012.

Ley 100 de 1993 artículos 15, 17, 18, 20, 22, 23, 128, 157, 161, 195 y 204.

Ley 244 de 1995.

Ley 909 de 2004.

Ley 80 de 1993 artículo 32.

Ley 50 de 1990 Artículo 99.

Ley 4° de 1990 artículo 8.

Ley 100 de 1993 artículo 195.

Ley 3135 de 1968.

Decreto 1250 de 1970 artículos 5 y 71.

Decreto 2400 de 1968 artículos 26, 40, 46 y 61.

Decreto 1950 de 1973 artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242.

Decreto 3135 de 1968.
Decreto 1919 de 2002 artículo 2.
Código Sustantivo del Trabajo artículos 23 y 24.

El apoderado de la parte accionante manifiesta en el concepto de violación, que el HOSPITAL VISTA HERMOSA I NIVEL ESE para no contratar directamente a la demandante utilizó la fachada inverosímil y mal intencionada de “Contratos de Arrendamiento” y de prestación de servicios, para vincularla irregularmente; en este sentido, afirma que se probó que la trabajadora todo el tiempo estuvo recibiendo órdenes y que fuera de eso, la demandante utilizó las herramientas del hospital para desarrollar su actividad, puesto que ella nunca llevó consigo equipos de su propiedad para desarrollar las funciones de JEFE DE ENFERMERÍA.

Además, la parte accionante señala que la intermediación laboral está prohibida por expresa disposición del Código Laboral y sólo en un caso (temporal, momentánea) es permitida, para cubrir las vacantes del personal que salgan en vacaciones, licencias o incapacidades o para que ayuden a un aumento de producción o temporada, el cual no podrá ser superior a seis (6) meses y prorrogables máximo hasta por 6 meses más.

Agrega que la Honorable Corte Constitucional se refirió a la Ley 1450 de 2011, al excluir expresamente el periodo de gracia contenido en el parágrafo del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y de paso, derogó tácitamente el periodo de gracia contenido en el artículo 103 de la Ley 1438 de 2011 que permitía a las entidades públicas de salud, mantener a su personal médico y administrativo a través de CTA o bajo otra modalidad de vinculación que afecte sus derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

4. Oposición a la demanda por la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

La entidad contestó de forma oportuna la demanda mediante memorial visible a folios de 211 a 222 del expediente; en este, la apoderada se opuso a las pretensiones, argumentando que los contratos de arrendamientos de servicios y/o prestación de servicios suscritos por la entidad se rigen bajo los preceptos de la legislación privada y que estos fueron ejecutados por la entidad conforme lo autorizado por la Ley 100 de 1993.

Indica que, al momento de suscribir los contratos de prestación de servicios, la demandante aceptó que el vínculo adquirido con la entidad no se regía por la legislación laboral, sino por las normas civiles, razón por la que no puede pretender el pago de sumas diferentes o adicionales a las pactadas en los contratos de arrendamiento de servicios.

Aduce que, en el caso bajo estudio, la demandante no se encontró subordinada como es alegado en la demanda, teniendo en cuenta que cada contrato suscrito incorporó lógicamente un objeto contractual, que debía cumplirse por la contratada, de manera que la entidad contratante señaló las actividades que permitieron la normal ejecución de cada contrato, incorporando pautas esenciales para tal fin, sin que esto revistiera subordinación. Bajo este supuesto, precisa que la accionante contó con una total autonomía para desarrollar estas misiones contractuales, según sus aptitudes, calidades y nivel de formación profesional.

En lo que respecta a la supervisión del contrato, manifiesta que la entidad contratante dispuso de ese apoyo, en aras de verificar y velar porque la actividad contractual se adelantara con normalidad; por lo mismo, la apoderada se opone a la cancelación de cualquier tipo de monumento de carácter salarial, dado que el tipo de contrato y su realización distaron de configurar un vínculo de carácter laboral.

Concluye entonces que, en el presente caso no existen elementos integrales como: subordinación, dependencia, cumplimiento de horario, ni remuneración como factor salarial, para afirmar la configuración de un contrato realidad; al respecto, aclara que las partes, de común acuerdo, de forma libre y voluntaria, suscribieron los discutidos contratos, siendo estos terminados y liquidados, manifestando ambas partes estar a paz y salvo por todo concepto, de manera que, afirma, no le es dable a quien habiendo sido contratista pretender reclamar un emolumento propio de un contrato de trabajo, más cuando recibió cumplidamente el pago de sus honorarios y nunca manifestó su desacuerdo al respecto.

Finalmente, acude a la presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes, para señalar que en el caso concreto no se desvirtúa dicha presunción; reiterando que no existe un vínculo laboral entre las partes de la presente litis y que su relación, únicamente se limitó a las posibilidades legales relacionadas con la prestación de servicios personales en la E.S.E que representa.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN POR ESCRITO

5.1 Alegatos de la parte demandante (folios 251 – 263 del expediente). Se ratificó en lo expuesto en el concepto de violación de la demanda, estableciendo que en el proceso se encuentran plenamente probados los elementos de una relación laboral, por lo que solicita se acceda a las pretensiones de la demanda. Finalmente, en dicho escrito, el apoderado de la parte accionante realiza una relación de jurisprudencias aplicables al caso.

5.2 Alegatos de la parte demandada (folios 264 – 268). Manifiesta que las pretensiones de la parte accionante no están llamadas a prosperar, por cuanto no demostró la existencia de un contrato realidad y su consecuente pago de derechos de índole laboral.

Arguye que la contratista desarrolló sus actividades según lo acordado en el contrato administrativo de prestación de servicios y que estos fueron suscritos de manera voluntaria, aceptando las condiciones consignadas en los mismos.

Indica que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, habida cuenta que, de las pruebas allegadas al proceso, no se demuestra que la accionante hubiese realizado actividades diferentes a las consignadas en las órdenes de servicios; por el contrario, afirma que en el proceso se determinó que la accionante no prestó sus servicios exclusivamente en VISTA HERMOSA, determinándose en la audiencia de pruebas que ejecutaba sus actividades en otras unidades de salud de la localidad de Usme.

Adiciona que, con el acervo probatorio del proceso, no es posible extraer siquiera una presunta subordinación; pues, por el contrario, advierte que lo que existió fue una relación contractual bajo una clara supervisión de servicios profesionales.

Respecto al testimonio rendido por la señora Sandra Patricia Preciado, lo tachó por sospecha conforme al artículo 211 del Código General del Proceso, pues según acredita en el memorial de alegación final, la testigo adelanta un proceso en contra de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E, lo que, a juicio de la togada, afecta la imparcialidad de la testigo, en la declaración que rindió en este proceso.

Finalmente, añade que, con las pruebas practicadas en el proceso, se evidenció que la actora fue tratada siempre como contratista en el desarrollo del objeto contractual pactado, evidenciando siempre un trato desigual con los Jefes de Enfermería de planta de la entidad, dado que la misión encomendada a la actora no corresponde a las funciones desempeñadas por estos empleados de planta.

6. PROBLEMA JURÍDICO

El litigio se concreta en determinar, si la demandante tiene derecho o no, a que pese a la existencia de diversos contratos de prestación de servicios suscritos con el HOSPITAL VISTA HERMOSA I NIVEL E.S.E. – hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., se declare que existió una verdadera relación laboral, y en consecuencia, se declare que la accionante tiene derecho a que la entidad demandada le pague todas las acreencias laborales que debió percibir durante el periodo de vigencia de los contratos, así como la retribución de los aportes patronales en salud, pensiones y riesgos profesionales.

Para resolverlo, tendremos en cuenta las premisas fácticas, las premisas normativas, las pruebas, las alegaciones de los apoderados y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial, conforme las siguientes,

7. CONSIDERACIONES

7.1 NORMAS APLICABLES AL CASO Y EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

7.1.1 DEL EMPLEO PÚBLICO

Los artículos 122 y 125 de la Constitución Política de 1991, contemplan la función pública, así:

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en Ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1)...”

“Art. 125.- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley (...).”

La noción de empleo se encuentra prevista en el artículo 2 del Decreto 770 de 2005, que derogó el artículo 2 del Decreto 1042 de 1978 (lo concluyó la Corte Constitucional en la Sentencia C-422 de 2012), en el que se definió el empleo como “*el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado*”.

El artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 señaló que:

*Artículo 7.- Salvo lo que dispone la Ley para los trabajadores oficiales, **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 Nacional.*

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” (Énfasis del Juzgado)

Así mismo, la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, en materia de empleo público consagra:

"Art. 19 El Empleo Público.

1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta Ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y

responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

2. El diseño de cada empleo debe contener:

- a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;*
- b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;*
- c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales" (...) "*

En cuanto a los empleos de las entidades territoriales el artículo 2 del Decreto 1569 de 1998 “por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades territoriales que deben regularse por las disposiciones de la Ley 443 de 1998” dispone:

“Artículo 2.- De la Noción de Empleo. Se entiende por empleo el conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

Las funciones y los requisitos específicos para su ejercicio serán fijados por las autoridades competentes para crearlos, con sujeción a los generales determinados en el presente Decreto”.

Por su parte, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Único Disciplinario, establece en el numeral 29 del artículo 48 como falta gravísima:

"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".

De lo anterior se extrae que el ordenamiento jurídico consagró no sólo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la Ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también sanciona al servidor que utilice en indebida forma los contratos de prestación de servicios.

7.1.2 CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIO

El contrato de prestación de servicios se encuentra previsto en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, así:

“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.”

A su turno, el Decreto 1510 del 17 de julio de 2013 “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”, vigente desde el 15 de agosto de 2013, dispuso:

“Artículo 60. Contratos de prestación de servicios de salud. La entidad estatal que requiera la prestación de servicios de salud debe utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía. Las personas naturales o jurídicas que

presten estos servicios deben estar inscritas en el registro que para el efecto lleve el Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces.

Artículo 81. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. *Las entidades estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la entidad estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la entidad estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.*

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La entidad estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos.” (Subrayas del Juzgado)

De conformidad con lo anterior, este tipo de contratos puede ser prestado por personas naturales o jurídicas, para cumplir actividades que no puedan ser desarrolladas por el personal de planta, diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal y los trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales; no genera relación laboral, es decir no da lugar al pago de prestaciones sociales y se entiende que se cumple con independencia y autonomía, bajo las reglas pactadas y por el tiempo de duración estipulado.

7.2 DEL CONTRATO REALIDAD – PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La Corte Constitucional¹ al estudiar la constitucionalidad del numeral 3 de la Ley 80 de 1993, señaló las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el laboral, y la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, cuando bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicio se esconde en realidad una relación de carácter laboral, así:

“b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas. (...)”

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

¹ Corte Constitucional Sentencia C-154 de 1997- M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara

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

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

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

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

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

Por su parte el Consejo de Estado² respecto de contrato de prestación de servicios y el principio de la realidad sobre las formalidades, también ha sostenido:

“... el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarlas, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

² Consejo de Estado Sección Segunda C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve- 15 de junio de 2011-Rad: 25000-23-25-000-2007-00395-01 (1129-10)

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.” (Subraya el Juzgado)

En palabras del Consejo de Estado³,

“(…) el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.

La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica otorgar la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el solo hecho de trabajar para el Estado, pues para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley.”

Esta posición ha sido reiterada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias del 16 de febrero de 2012, expediente No. 41001-23-31-000-2001-00050-01 (1187-11) (C.P. Gerardo Arenas Monsalve), y del 2 de mayo de 2013, radicación número: 05001-23-31-000-2004-03742-01(2027-12) (Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón).

Adicionalmente, el Consejo de Estado en sentencia del 13 de noviembre de 2014, proferida dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2012-00120-01 (4380-13) (C.P. Alfonso Vargas Rincón (E)), expuso que pese a que se haya realizado una vinculación bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, si el demandante logra demostrar el elemento de subordinación o dependencia, tiene derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales. Textualmente dijo:

“Así mismo, aunque se haya realizado una vinculación bajo la forma de contrato de prestación de servicios, si el interesado logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, (artículo 53 Constitución Política).

³ Sentencia del 27 de octubre de 2011 SCA, Sección Segunda, Subsección “A”; Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Radicación Número: 25000-23-25-000-2008-00070-01(1796-10), Actor: Miguel Antonio Parroquiano García.

El anterior criterio ha sido sostenido por esta Corporación⁴ en los siguientes términos, insistiendo en la importancia de la subordinación:

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

(...)

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público (...)”

7.3 DEL CONTRATO REALIDAD EN MATERIA DE SERVICIOS DE SALUD

En reiteradas ocasiones ha afirmado la jurisprudencia del Consejo de Estado que “*en el caso de quienes prestan servicios de salud es válida la suscripción de Contratos de Prestación de Servicios, en tanto sus servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la entidad respectiva o cuando para tal efecto se requiere de conocimientos especializados, de tal manera que en atención a situaciones excepcionales que se requieren para la prestación del servicio médico en sus diferentes disciplinas y a la autonomía e independencia inherente a la aplicación y ejercicio del mismo, se ha habilitado dicha modalidad para la contratación del personal en los servicios en salud.*”⁵

El Consejo de Estado, también ha sostenido que si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud, “*la especialidad de que se revisten los servicios de salud –tratándose de personas naturales-, no excluye por sí sola la posibilidad del empleo público y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado al extralimitar el contenido real y la naturaleza de un contrato de prestación de servicios, de manera que no puede admitirse de forma absoluta que en cuanto a tales servicios no quepa la figura del contrato realidad*”, máxime si la prestación del servicio de salud constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las entidades estatales prestadoras del mismo⁶. (Subrayas fuera del texto original)

Por lo anterior, en cada caso deben revisarse las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios, en aras de establecer la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes.

8. CASO CONCRETO

La señora MARTHA NELLY RUIZ MORENO solicita que se declare que existió una relación de naturaleza laboral al ejecutar los diversos contratos de prestación de servicios que suscribió con el HOSPITAL VISTA HERMOSA I NIVEL ESE – hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., con el objeto de realizar actividades como Jefe de Enfermería, y que, en consecuencia, tiene derecho a que la

⁴ Expediente 0245-2003, citado en la sentencia del 13 de noviembre de 2014, proferida dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2012-00120-01 (4380-13) (C.P. Alfonso Vargas Rincón (E)).

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 1 de marzo de 2012, expediente No. 25000-23-25-000-2008-00344-01(0681-11), C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁶ Ibid.

entidad le reconozca y pague todos los derechos laborales y prestacionales derivados de tal relación, en aplicación del principio de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de la Carta Política.

Se procederá entonces a establecer si en este caso se cumplieron los requisitos del contrato realidad, esto es: i) la prestación personal del servicio, ii) la remuneración y iii) la subordinación o dependencia, pese a que la vinculación se hizo a modo de contratos de prestación de servicios.

8.1 DE LA PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO

De acuerdo con las pruebas aportadas e incorporadas al expediente, se demuestra que la señora MARTHA NELLY RUIZ MORENO prestó en forma personal sus servicios, en desarrollo de múltiples contratos de prestación de servicios suscritos con el HOSPITAL DE VISTA HERMOSA I NIVEL ESE. Este aspecto no lo discuten las partes.

Además, de la lectura de los contratos de prestación que obran en el expediente, se lee claramente que el objeto de los mismos fue

“CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO: Prestar servicios de apoyo a la Gestión ASISTENCIAL en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E

CLÁUSULA SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: El contratista se obliga para con la subred a cumplir con las obligaciones derivadas del objeto del contrato así: Especificaciones Técnica: 1. Prestar servicios profesionales de enfermería a los usuarios de la Subred Sur, con el pleno cumplimiento de los estándares de calidad y oportunidad, durante el tiempo de disponibilidad indicado en su propuesta 2. Brindar asistencia en los procedimientos propios de la atención con plena autonomía y pertinencia. 3. Informar oportunamente al médico tratante y familiares, el devenir de la atención brindada y cambios clínicos del paciente, conforme a los lineamientos del contratante. 4. Diligenciar la Historia Clínica cumpliendo con los parámetros exigidos en la normatividad legal vigente. 5. Promover en los usuarios y pacientes la generación de estilos, hábitos y conductas saludables, mediante acciones de educación 6. Velar por el correcto uso, mantenimiento y administración, de los equipos, medicamentos e insumos del servicio, que la Subred Sur le confíe para la ejecución de las actividades pactadas, informando oportunamente al supervisor del contrato, las novedades y observaciones que puedan afectarlos. 7. Verificar la correcta distribución de los insumos que le sean confiados para la atención de pacientes y usuario incluyendo medicamentos e insumos medico quirúrgicos 8. Diligenciar oportuna, clara, correcta y oportunamente el sistema de información de la Subred y demás documentación del servicio cumpliendo con los parámetros exigidos en la normatividad legal vigente, igualmente velar por el adecuado diligenciamiento de documentos que realicen las auxiliares. 9. Realizar procesos de actualización, inducción y reinducción en el servicio según necesidad.

PARÁGRAFO - A.- Las demás actividades inherentes al objeto del contrato que e sean asignadas por el supervisor del mismo de acuerdo a las necesidades del servicio y en la unidad donde sea requerido. **B.-** Cumplir con todas las tareas y compromisos asignados dentro el desarrollo de la implementación del Sistema de Información Institucional Dinámica Gerencial Hospitalaria WEB Services 2014. **C.-** Cumplir con las normas establecidas y la plataforma estratégica de la Subred, en el desarrollo de los productos y/o actividades contratadas. **D.-** Entregar mensualmente al supervisor del contrato informe de las actividades desarrolladas dentro del objeto contractual. **E.-** Responder por el buen uso de los equipos y elementos asignados para el desarrollo de los productos y/o las actividades contractuales. **F.-** Brindar atención humanizada al cliente externo y establecer relaciones de cordialidad con el cliente interno de la Subred. **G.-** Cumplir con las normas y procedimientos técnicos y administrativos de la Subred. **H.-** Utilizar, custodiar, salvaguardar y vigilar, los recursos e insumos y la conservación y uso adecuado de los bienes y la obligación de responder por su deterioro o pérdida al igual que la documentación e información que por razón

de sus actividades le sean suministrados, o tenga acceso para el cumplimiento de las actividades contratadas. **I.-** Presentar todos los informes que le soliciten las distintas áreas relacionadas con el objeto del contrato. **J.-** Hacer en debida forma la entrega y recibo de turnos, así como el registro de las novedades, cuando a ello hubiere lugar y el supervisor del contrato así lo requiera. **K.-** De conformidad con el artículo primero deberá acreditar conforme lo establece la Ley 828 de 2003, el Contratista debe cumplir con las obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social Integral y parafiscales, cuando haya lugar. **L.-** De conformidad con el Decreto 1703 de 2002 y Circular 001 de 2004 del Ministerio de Salud y Hacienda, pagar sus aportes al Sistema General de Seguridad Social Integral durante la ejecución del presente contrato sobre los montos legales establecidos y dentro de los quince (15) primeros días calendarios de cada mes. El incumplimiento de esta obligación o la posible falsedad en la misma será causal de terminación del contrato, para lo cual se dará trámite al proceso pertinente de conformidad con el Manual de contratación y acciones legales a que haya lugar. **M.-** Cumplir con las actividades inherentes al objeto contractual para el mejoramiento continuo de la calidad y aquellas incluidas dentro de los planes de mejoramiento de los diferentes estándares de habilitación y acreditación de los servicios de salud (Sistema 'Obligatorio de Garantía de la Calidad en Salud SOGCS en sus cuatro componentes: Sistema Único de Habilitación, Sistema Único de Acreditación, PAMEC y Sistema de información para la calidad; conforme al marco normativo vigente: Decreto 1011 de 2006, Resolución 2082 de 2014 Resolución 1445 de 2006, Resolución 1446 de 2006 y Resolución 2003 de 2014). **N.-** Apoyar la atención de las auditorías presentando la información y/o soportes que soliciten y correspondan al objeto del contrato. **Ñ.- Confidencialidad de la información y de los datos de identidad.** De conformidad con la ley 1273 del 2009 y Ley 1581 de 2013 el contratista se compromete a guardar la confidencialidad, protección de la información y de los datos y a preservar "integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones de la Entidad. **O.-Indemnidad.** Es obligación del contratista mantener indemne a la Subred de cualquier reclamación que tenga como causa las actuaciones que surjan con ocasión de la ejecución del presente contrato. **P.- Responsabilidad del contratista.** - El contratista responde cuando: 1) Se causen GLOSAS a la Subred De acuerdo con el contenido de la presente cláusula el CONTRATISTA autoriza al CONTRATANTE, que de probarse: que la glosa definitiva o1) Documentos realizados a la entidad son atribuibles a él, descuenta su valor de los contratos posteriores que llegare a firmar, o requerirlo para el pago de manera directa, previo agotamiento del debido proceso. 2) Por hurto, extravío y daño de bienes, documentos e información entregados para su utilización. 3) Por faltantes de dinero en caja, cuando a ello hubiere lugar. 4) Cuando se presente alguna de las causales anteriormente relacionadas, el contratista autoriza expresamente a la Subred para que deduzca de sus honorarios el valor que resulte de las glosas o el dinero faltante. 5) El contratista responderá civilmente ante los terceros afectados por su acción u omisión ejecutadas dentro del desarrollo del objeto contractual convenido. **Q.-Política de humanización:** El contratista se compromete a dar cumplimiento las acciones derivadas de la política de humanización, la no observancia de lo dispuesto será causal de terminación del contrato. **R) Actualización documentos.** El contratista se obliga a mantener actualizados todos los documentos requeridos durante la ejecución del contrato. **S) Asistencia:** El contratista se obliga a asistir a las jornadas de Capacitación, Inducción y/o reinducción a la que sea convocado por parte de la Subred Integrada de Servicios de Salud SUR E.S.E desarrollaba en las distintas Unidades de Servicio adscritas a esta, en el horario que le fuera asignado por sus Jefes del servicio, señoras

De otro lado, las declarantes coincidieron en señalar que para desarrollar el objeto contractual, la demandante debía cumplir unos turnos de trabajo para el desarrollo de los talleres que a nombre del Hospital Vista Hermosa – hoy Subred Integrada de Servicios en Salud SUR E.S.E desarrollaba en las distintas Unidades de Servicio adscritas a esta, en el horario que le fuera asignado por sus Jefes del servicio, señoras

Marcela Franco y Paola Cubillos, iniciando su prestación del servicio desde las 07:00 de la mañana, como ilustrativamente figura en los cronogramas de trabajo de los meses febrero, marzo y abril de 2018 (fols. 87 – 89), que coinciden con los formularios de seguimiento de los talleres desarrollados por la actora durante los periodos de vigencia de los contratos (fols. 193 – 194).

Fielmente, la accionante, señora MARTHA NELLY RUIZ MORENO, en el interrogatorio de parte declaró:

“(...) Yo tenía horarios todos los días, mis talleres eran de siete a nueve, de nueve y media [sic]; entre nueve y media y diez empezaba el segundo, hasta las doce del día y, después, de dos a cinco de la tarde más o menos era el otro taller (...).”

Adicionalmente, la testigo MERCY LILIANA REINA, quien fue compañera de trabajo de la demandante en el Hospital, textualmente, expresó:

*“(...) **PREGUNTADO:** ¿Puede por favor indicarle al Despacho, si usted sabe o le conta, si le señora Martha Nelly para cumplir sus funciones dentro del Hospital Vista Hermosa tenía que hacer cumplimiento de algún horario o turno? **RESPONDIÓ:** Sí señora, a ella la ponían desde las siete de la mañana, sé que empezaban sus horarios por todos los centros; lo que le tocaba como hasta las cuatro o cinco de la tarde y la Jefe Marcela era la que le colocaba el horario. (...)”*

El cumplimiento de horario laboral diario por parte de la demandante es prueba de que la señora MARTHA NELLY RUIZ MORENO debía prestar personalmente el servicio; en consecuencia, no podía delegar esta obligación en un tercero, como también fue afirmado congruentemente por las testigos citadas.

8.2 DE LA REMUNERACIÓN

En los diversos contratos de prestación de servicios que obran en el expediente (disco compacto obrante a folio 209), se verifica que la entidad le fijó a la señora MARTHA NELLY RUIZ MORENO una retribución por sus servicios en el cargo que desempeñó como Jefe de Enfermería, que recibía mensualmente de parte del HOSPITAL VISTA HERMOSA I NIVEL E.S.E. – hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., quedando expresado en los contratos de la siguiente manera:

*“**CLÁUSULA QUINTA: FORMA DE PAGO:** El valor del Contrato será cancelado por la Subred mediante pagos realizados por el Sistema Automático de Pagos – S.A.P., así: Un pago mensual, previo visto bueno por parte del supervisor, habiéndose cancelado los aportes por concepto de salud, pensión y ARL vigentes al respectivo mes. **PARAGRAFO:** Para cumplir con las obligaciones fiscales de ley, el CONTRATANTE efectuará las deducciones y/o retenciones por Impuestos Nacionales y Distritales y demás establecidas conforme a la ley. Los pagos: estarán sujetos a: 1- Programa Anual Mensualizado de Caja – P.A.C. De Tesorería, sin generar intereses moratoria. 2- En caso de no ser renovado el contrato, presentar certificado de Paz y salvo firmado por el Supervisor, por inventarios de bienes muebles y productos.”*

Sobre la remuneración se declaró en audiencia de pruebas, por parte de la testigo SANDRA PATRICIA PRECIADO GÓMEZ, quien también laboró en forma concomitante con la accionante en el Hospital, que:

*“(...) **PREGUNTADO:** ¿Usted sabe o le consta cómo ejercía el pago el Hospital ahora Subred hacia la demandante, si era mensual o si era por medio de anticipo? **RESPONDIÓ:** Allá se realiza el pago mensual a través de Davivienda. (...)”*

Reafirmando lo anterior, la testigo MERCY LILIANA REINA manifestó que:

*“(…) **PREGUNTADO:** ¿Usted sabe o le consta cómo el Hospital hoy Subred ejercía el pago hacia la demandante, si este era por medio de anticipo o era de manera mensual? **RESPONDIÓ:** De manera mensual pasando el informe de actividades, del uno al diez que nos pagaban. (...)”*

8.3 SUBORDINACIÓN O DEPENDENCIA

Este es, en ultimas, el requisito que marca jurídicamente la diferencia entre un contrato de prestación de servicios y uno laboral.

Según la Corte Constitucional (sentencia T-115 de 2015) la subordinación es el poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos.

En el caso *sub examiné* se comprobó que pese a haberse formalizado la vinculación de la actora a través de contratos de prestación de servicios, a la hora de ejecutarlos existió subordinación a la entidad como si se tratara de una relación laboral, pues la demandante debía recibir y cumplir órdenes impartidas por superiores, cumplir horario, pedir permisos igual que los empleados y compañeros de planta de la entidad, es decir, que los contratos se desarrollaron sin la autonomía legal propia de un contratista y menos en este caso, en que las funciones de enfermería, por su naturaleza, limitan el margen de autonomía del contratista, pues como enfermera debe recibir órdenes de superiores.

Así, con las documentales obrantes en el expediente, con la declaración de la accionante y con la testimonial recaudada, se puso en evidencia que la señora MARTHA NELLY RUIZ MORENO tenía que cumplir unos turnos de trabajo, en los cuales prestaba servicios de enfermería, al igual que los empleados de planta. Igualmente, se pone de presente que la accionante cumplía las órdenes impuestas por sus jefes inmediatos, pudiéndose entonces verificar que la demandante se encontraba subordinada plenamente a las instrucciones impartidas por los superiores de la entidad demandada, en cuanto al modo, tiempo y cantidad de trabajo.

Sobre este asunto, la demandante declaró ante este Juzgado en audiencia de pruebas:

*“(…) **PREGUNTADO:** Por favor, indíqueme al Despacho ¿cuál era su actividad en el Hospital? **RESPONDIÓ:** Mi actividad en el Hospital era asistencial, perdón, de apoyo, asistencial de apoyo; en esta hacía un proceso misional que era estar con paciente crónico. En esta labor, yo lo que hacía era tener unos talleres todos los días, agendados; estos talleres me los agendaba la jefe Paola Cubillos, quien era mi jefe directa; ella era la que me hacía un cronograma, me enviaba el cronograma y los talleres empezaban a las siete de la mañana. Yo tenía que estar quince o veinte minutos antes de las siete de la mañana para poder alistar lo que fuera, se les denominaba talleres, pero en sí, eran sesiones educativas y manejo con paciente crónico, al cual, yo atendía de manera asistencial. Estos talleres tenían una parte asistencial y una parte educativa y al final tenía que asegurarme que el paciente quedara agendado, o bien para cita conmigo o bien para cita médica y se les administraba los medicamentos que ellos mensualmente tenían que tomar. **PREGUNTADO:** Por favor, manifiéstele al Despacho si, en la ejecución de ese servicio que usted le prestó a la entidad asistencial, de dictar las conferencias a las que usted hace referencia, ¿usted era autónoma en la forma de dirigirse a los pacientes? Atendiendo la naturaleza de esa actividad. **RESPONDIÓ:** Todo se llevaba a través de un cronograma, yo me regía a*

través del cronograma que me mandaba la Jefe Paola; este cronograma también era direccionado por la Jefe Marcela Franco. Yo no podía salirme del cronograma que ellas me instauraban semanalmente y no podía cambiar el sitio, no podía cambiar de pacientes, todo era instaurado por ellas y los talleres tenían unos lineamientos, esos lineamientos tenían que hacerse, llevarse tal cual, con cada sesión y me regía a través de los lineamientos del proceso. (...) **PREGUNTADO:** Por favor manifiéstele al Despacho, ¿qué actividades o cuál era el proceder que debía acatar para obtener el pago de sus honorarios? **RESPONDIÓ:** Debía llegar faltando un cuarto o veinte minutos a cada taller, atender más o menos unos... [sic], bueno eso dependía, diez, veinte, quince pacientes, treinta pacientes, cuarenta pacientes, sesenta pacientes, llegué a tener sobre carga laboral de talleres en Usme de cien pacientes, con una sola auxiliar y eran pacientes crónicos a los cuales se les hacía la parte asistencial; no solamente era dictar la charla sino era atender sus agendas, sus necesidades y también se les controlaba presión arterial, se les controlaba glucometrías, se les hacía todo esto dentro de la actividad que se les realizaba (...); entonces, eso era más o menos lo que yo tenía que hacer, para poder obtener mis honorarios. Además de ello, no solamente era de lunes a viernes, sino que también eran los sábados; a mí me agendaban los sábados también para ir a hacer este tipo de actividades, primero con Vista Hermosa y después con la Subred. Estaba también una parte de llevar una base magnéticamente, no solamente lo hacía presencial; en algún momento era presencial mostrando la base, mostrando cómo había sido mi proceso durante el mes, o mandaba la base a la Jefe Paola, y esto, como les digo, eran nueve centros que manejaba yo sola, con sobre carga laboral y en Usme manejé todo Usme, entonces pues con eso era que yo obtenía mis honorarios. **PREGUNTADO:** Por favor, manifiéstele al Despacho si, ¿durante el lapso del 16 de enero de 2015 al 15 de noviembre de 2018, usted prestó sus servicios o estuvo vinculada a otra entidad, bien sea del sector público o privado? En caso de ser afirmativo, por favor indique el nombre de la entidad. **RESPONDIÓ:** No, no estuve vinculada con ninguna otra entidad. (...) **PREGUNTADO:** Por favor, manifiéstele al Despacho si, ¿durante la ejecución de esos contratos, usted, por cuenta propia, desarrolló algún curso de formación o alguna carrera profesional, técnica o tecnológica? **RESPONDIÓ:** Sí, al final estuve de ... [sic], bueno, nos capacitaron en atención al cliente; fueron capacitaciones pequeñas, pero hubo una capacitación grande que tomamos, no me acuerdo exactamente, fueron como 120 horas, que la tomamos en ICONTEC por parte de la Subred, ya formada como Subred. (...) **PREGUNTADO:** Puede por favor aclararle al Despacho si, ¿estos cursos fueron adquiridos de manera autónoma o estos eran obligatoriamente asistenciales por parte de la Subred? **RESPONDIÓ:** El único curso que yo tomé, que lo haya dado la Subred [sic], cursos pequeños que ellos hacían eran obligatorios y el que tomé de 120 horas, ese también fue obligatorio, fue dentro del horario de la Subred. Claro, si uno no asistía pues tenía que decir por qué no asistía, pero era con horario de la Subred y fueron 120 horas. **PREGUNTADO:** Anteriormente usted hace referencia a unas Jefes, Marcela Franco y Paola Cubillos; quisiera que le manifestara al Despacho ¿Por qué usted las denomina Jefes, en cuanto al cumplimiento de sus funciones? **RESPONDIÓ:** Yo tenía que estar, digamos, relegada a ellas. Yo no podía salirme del marco del cronograma que ellas me mandaban, tenía que pedirles permiso para ejecutar mis actividades si había alguna alteración dentro del taller o dentro de lo que yo iba a hacer; tenía que contar con ellas para todo. Además, la Jefe Paola me pedía los informes mensuales, yo tenía que mandar los informes mensuales a ella, ella los presentaba a la Jefe Marcela. Yo tenía que darle todo lo que se relacionaba con las auxiliares que yo manejaba, pues, darle informe a ella o a la Jefe Marcela. Y, pues, por todos los correos de ella, lo que ella me mandaba a mi correo para hacer mis

actividades, lo que la Jefe Marcela también me mandaba, las reuniones que tenía con la Jefe Marcela, periódicas, o en cualquier eventualidad y, no solamente por estas actividades, sino porque cuando ya empecé con ellos, la presentación fue esa: “su Jefe inmediata es la Jefe Paola” y la Jefe Marcela también se presentó, como Jefe del Programa de P y D. **PREGUNTADO:** Usted manifiesta también que usted estuvo a cargo de nueve unidades, ¿Usted, en esas nueve unidades tuvo algún tipo de control o recibió también órdenes, como manifiesta, para el Hospital Vista Hermosa? **RESPONDIÓ:** Sí claro, yo tenía que presentarme en el sitio y, de hecho, cualquier eventualidad que sucediera, tenía que decirle a ellas dónde estaba; llamar: “Jefe Paola, mira, estoy acá en San Francisco, se presentó esto, no le han dado ... [sic]”; para resolver cualquier situación yo tenía que hablar con ella, por ejemplo: no le han dado los medicamentos, o este paciente no tiene la fórmula o lo agendaron mal o “Jefe Paola, el taller viene cruzado, estos no son los usuarios que tengo hoy” o cuando los talleres eran demasiado grandes, que solo tenía una auxiliar, que, llegué a tener, como les digo, cien pacientes en un solo taller, entonces yo la llamaba a ella y le decía: “tengo sobre carga laboral”, todo eso, a través de WhatsApp y también lo manifesté verbalmente la sobre carga laboral y manifesté el inconformismo que tenía, porque solamente tenía una sola auxiliar en ese tipo de talleres”.

Por su parte, la testigo SANDRA PATRICIA PRECIADO GÓMEZ, hizo las siguientes declaraciones:

“(…) PREGUNTADO: Para esas fechas que usted manifiesta que laboró con el Hospital Vista Hermosa, ¿usted tuvo la oportunidad de compartir turno o labores con la señora demandante? **RESPONDIÓ:** Sí señora, ella desempeñó allá el cargo de enfermera Jefe, con un programa que se llama “De crónicos”; ella era la encargada de hacerme llegar los pacientes mayores de sesenta años, para las jornadas de vacunación, para colocación de vacunas de influenza y neumococo. **PREGUNTADO:** Puede por favor indicarle al Despacho, si usted sabe o le consta si, ¿la demandante podía realizar de manera autónoma sus actividades o si era necesario que recibiera órdenes, acerca de el modo, cantidad y lugar de trabajo de algún superior? **RESPONDIÓ:** Ella no podía realizar sus actividades autónomamente, ya que estaba o estábamos regidas a un contrato donde tenemos un cierto tipo de actividades, cumplir un horario, llevar cierto informe que toca entregar mensualmente, del tipo de pacientes que se atienden, hora y sitio específico donde los vamos a atender. (...) **PREGUNTADO:** Puede por favor indicarle al Despacho, si sabía si, ¿la señora Martha Nelly tenía compañeros de trabajo que desempeñaran esas mismas funciones que ella y si estuvieran vinculados directamente o que fueran empleados de planta del Hospital? **RESPONDIÓ:** Sí, allá hay también enfermeras ya de planta, que ejercen las mismas actividades que ella, y ahorita, por ejemplo, hay una que está ejerciendo los mismos talleres, pero con la diferencia que tiene un solo punto para el cargo, no tiene que estar haciendo el desplazamiento a diferentes sitios. **PREGUNTADO:** Puede por favor manifestarle al Despacho si, ¿la señora Martha Nelly podía encomendar las actividades a ella asignadas dentro del Hospital a un tercero de su elección, de manera autónoma o si ella requería algún tipo de autorización? **RESPONDIÓ:** Lo que yo sé es que las actividades tiene que desempeñarlas uno mismo, no puede uno poner a ninguna persona de terceros; es más, si nosotros llegamos a requerir de algún permiso o alguna calamidad doméstica, ese tiempo no lo da el Hospital. A nosotros nos toca reponer ese tiempo trabajando sábados o domingos o trabajando más horas de las asignadas. **PREGUNTADO:** Puede por favor indicarle al Despacho, si usted sabe o le consta, la forma en que se debían tramitar las solicitudes de permisos o cambios de turno; si estas eran

de manera verbal o escrita. **RESPONDIÓ:** Cuando ya es en caso de una calamidad doméstica, nos toca informar al Jefe o superior que está a cargo de nuestras actividades y devolver el respectivo turno o devolver el tiempo. **PREGUNTADO:** Para el tiempo en que usted laboró con la demandante, usted sabe o le consta si, ¿ella tenía que hacer uso de algún carnet o uniforme que la identificara como trabajadora del Hospital? **RESPONDIÓ:** A nosotros el Hospital nos da un carnet, en el caso de las Jefes les dan el carnet y la chaqueta que las acredita para los diferentes sitios donde tiene que desempeñar su labor. Los uniformes nosotros tenemos que asumir el costo de ellos. **PREGUNTADO:** ¿Este uniforme o carnet tiene algún distintivo del Hospital? **RESPONDIÓ:** Sí, tiene el distintivo de la Secretaría de Salud y la Subred Sur; los logotipos de la Subred. **PREGUNTADO:** Usted sabe o le consta si, ¿la demandante tuvo que asistir a algún tipo de capacitación o actualización y si está tenía carácter de obligatorio? **RESPONDIÓ:** Por lo general, a nosotros siempre nos mandan a capacitar y estos cursos muchas veces nos toca sacar el tiempo y se ve uno atrasado en las actividades que a uno le colocan. (...) **PREGUNTADO:** Manifiéstele al Despacho, si sabe o le consta si, ¿la demandante durante el tiempo de ejecución de los contratos hubiera prestado sus servicios en una sede diferente a la de la Subred Sur? **RESPONDIÓ:** Hasta donde sé, ella los tres años que laboró para la Subred Sur, solamente laboró para ella; no tuvo ningún otro tipo de contrato con otra entidad.”

Asimismo, la testigo MERCY LILIANA REINA, quien se anunció como jefe inmediato de la accionante en urgencias del Hospital VISTA HERMOSA, se refirió al tema, expresando:

“(…) **PREGUNTADO:** Con base en su respuesta anterior, usted manifiesta que hay una Jefe Marcela, ¿puede por favor precisarle al Despacho usted por qué indica que esta persona era Jefe de la señora Martha Nelly? **RESPONDIÓ:** Pues porque ella era la que coordinaba todo el proceso de las jefes de crónicos y sé que era la que le pasaba las planillas para que ella, pues las hiciera y también le daba los horarios. **PREGUNTADO:** Esta señora Marcela Franco, aparte de indicarle qué horarios debía cumplir, ¿le indicaba algo más que tuviese que cumplir la demandante dentro del Hospital? **RESPONDIÓ:** Sé que los horarios, sé que también le decía en qué puntos debería estar, qué funciones debería realizar y, si no estoy mal, creo que era la que le supervisaba el contrato a ella. (...) **PREGUNTADO:** Usted sabe o le consta si, ¿la señora Martha Nelly para cumplir sus funciones dentro del Hospital tenía que hacer uso de un uniforme o carnet de identificación? **RESPONDIÓ:** Sí señora, sé que tenía que [sic], el uniforme, ella portaba uniforme azul y la chaqueta del Hospital y el carnet. **PREGUNTADO:** Usted sabe o le consta si, ¿había personal contratado directamente por el Hospital, de planta, que cumpliera con las mismas funciones que desempeñaba la señora Martha Nelly dentro del Hospital? **RESPONDIÓ:** Sí señora, habían de planta; el nombre que me recuerdo de la Jefe, la Jefe Mireya Romero, Mireya no, Miryam, perdón; ella también era de planta, pero a ella no la sacaban a terreno, ella estaba directamente en un punto fijo y los contratistas si eran los que se movían por los diferentes puntos. **PREGUNTADO:** ¿La señora Martha Nelly podía encomendar sus actividades a una persona de su elección o ella requería de alguna autorización previa? **RESPONDIÓ:** Ella tenía que ser con autorización previa, porque ella iba con una auxiliar y ella era la Jefe, ella era la que respondía por todo lo que tenía que hacer en el programa de crónicos, como son las fórmulas, tallar, pesar a los pacientes, tomar la tensión; o sea, ella era la cabeza. (...)”

En conclusión, respecto de las funciones desempeñadas por la demandante, se verifica que la regulación prevista para el personal de planta también gobernó a la accionante, pese a su condición de contratista, en igualdad de condiciones a las que cumplían las Jefes de enfermería de planta; por lo tanto, se trató del cumplimiento de funciones de carácter permanente para las cuales, por expresa disposición legal, está prohibida la celebración de contratos de prestación de servicios con la administración, lo que contradice el carácter temporal propio de este tipo de contratos.

En esta medida se desvirtuó la transitoriedad de las funciones desempeñadas por la accionante, puesto que, contrario a lo que sostiene la entidad, la vinculación de la demandante no fue para suplir actividades transitorias, sino que la misma perduró desde el 16 de enero de 2015 y hasta el 16 de noviembre de 2018; además, el contenido de los contratos ya transcritos muestra la imposibilidad de la actora de cumplirlos en forma autónoma, o que se tratara de simple coordinación con la entidad, pues, por ejemplo, en lo relacionado con la atención de turnos de asistencia a los pacientes, se impartían órdenes por parte de la coordinación del Hospital.

Se advierte entonces que el servicio prestado por la demandante corresponde a la esencia y objeto de la Entidad demandada como prestadora del servicio público de salud, al interior de la cual, las funciones desarrolladas por la demandante son propias de la naturaleza de los empleos públicos previstos dentro de su planta de personal, porque se reitera, no se trata de labores ocasionales, accidentales o transitorias, ya que los servicios contratados contradicen el carácter temporal propio de este tipo de acuerdos.

Así, desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio, como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios, y probados los elementos de la relación laboral en el *sub examine*, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración como contraprestación directa del mismo, la subordinación y dependencia en el desarrollo de la actividad, y el desempeño de una labor de carácter permanente, propia de la Entidad y en igualdad de condiciones respecto de otros Jefes de enfermería empleados de planta de la misma, concluye el Despacho que la Administración utilizó equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la relación suscrita que desde luego se tornó eminentemente laboral, por lo que se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en el artículo 13 y 53 de la Carta Política.

Empero, es importante precisar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir a la accionante la condición de empleado público, puesto que dicha calidad no se otorga por el sólo hecho de trabajar para el Estado. Así lo ha señalado el Consejo de Estado⁷:

*“Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de una relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, se insiste en este punto que **por el hecho de haber estado vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público**, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión (...)*”

8.4 DE LA TACHA DEL TESTIMONIO DE LA SEÑORA NUBIA DEL CARMEN ÁLVAREZ BURGOS

En el memorial de alegación de conclusión, presentado el 03 de marzo de 2020 (fols. 264 – 268), la apoderada de la entidad demandada tachó por sospecha el testimonio de

⁷ C.E., Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 16 de febrero de 2012, expediente No. 41001-23-31-000-2001-00050-01 (1187-11), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

la señora **SANDRA PATRICIA PRECIADO GÓMEZ** pues se determinó que ella también tiene un proceso laboral en contra de la entidad.

Para resolver la situación planteada, es pertinente acudir a lo dispuesto en el artículo 211 del C.G.P., el cual dispone:

“ARTÍCULO 211. IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.”

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El Juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.” (Subrayas fuera de texto original)

Teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 211 del C.G.P., según el cual son sospechosas para declarar las personas que **en concepto del Juez** se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o intereses en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales y otras causas, en el presente caso, el testimonio de la señora **SANDRA PATRICIA PRECIADO GÓMEZ** no estructura la causal para determinar prospera la tacha propuesta, pues la testigo conoció la situación de la accionante en el desempeño de funciones similares, lo que le permitió conocer de primera mano el manejo interno de las situaciones alegadas en la demanda.

Es del caso señalar que si bien la señora **SANDRA PATRICIA PRECIADO GÓMEZ** tiene un proceso laboral en contra de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., lo cual, en criterio de la apoderada de la entidad, podría dar lugar a suponer la existencia de un interés en el resultado del proceso, para esta Juzgadora dicha suposición no resulta suficiente para estimar que sus declaraciones fueron arbitrarias; en primer lugar, porque escuchados los testimonios de los declarantes, no se advierte que los mismos estén parcializados o que pretendan inducir en error al Despacho o tergiversar la realidad de los hechos; además, no puede dejarse de lado el principio de buena fe para simplemente suponer que la declarante manipuló su testimonio para favorecer a la demandante; en segundo lugar, porque este testimonio es coherente y concordante con las demás pruebas aportadas al expediente; finalmente, las respuestas de la testigo devienen lógicamente de la percepción que ella pudo tener de las actividades desempeñadas por la accionante durante el tiempo en que coincidieron en el HOSPITAL VISTA HERMOSA I NIVEL E.S.E. – hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Despacho considera que dicho argumento no está acreditado en el proceso y, en consecuencia, el mismo no tiene la capacidad para invalidar la declaración rendida por la testigo **SANDRA PATRICIA PRECIADO GÓMEZ**.

8.5 DE LA DEVOLUCIÓN DE LA RETENCIÓN EN LA FUENTE

La Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral⁸ en cuanto al reintegro de las deducciones por retención en la fuente, expuso:

*“En cuanto a la pretensión de que le sea devuelta la retención en la fuente correspondiente a cada uno de los cuatro contratos que suscribió con el municipio, hay que decir que se trataría de una **cuestión de índole tributaria** ajena a lo*

⁸ Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral- Sentencia de junio 29 de 2001, rad. 15499

que propiamente constituye el objeto de este litigio, por no tratarse de un asunto de naturaleza laboral.

En consecuencia, no sería procedente ordenar la devolución de la retención en la fuente, al no tratarse de un asunto laboral, sino tributario.

8.6 DE LA INDEMNIZACIÓN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES

Igualmente, el Consejo de Estado⁹ ha manifestado que en los casos en los cuales se desvirtúa el contrato de prestación de servicios, el demandante tiene derecho a recibir una indemnización de las prestaciones sociales dejadas de cancelar, así:

*“(...) Ahora bien, en este punto con el fin de determinar cuáles son **las prestaciones sociales** que se deberán reconocer a título de reparación del daño integral al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.*

En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral.

Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas, las cesantías; y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.

Así, que en caso de que existe un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.

Teniendo claro lo anterior, se advierte que la Sección Segunda de esta Corporación ha sostenido que no existe problema para condenar y liquidar las prestaciones ordinarias, pero que no sucede lo mismo con las prestaciones que se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social en los siguientes términos:

"En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, la Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización".

Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la reparación del daño no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista."

⁹ Consejo de Estado- Sección Segunda- C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve- 15 de junio de 2011- Radicación: 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10)

En consecuencia, es del caso acceder al reconocimiento de las prestaciones sociales que devengaba otro funcionario de planta en un cargo equivalente¹⁰, así como el pago de los aportes al sistema de seguridad social (Salud y Pensión) en la cuota parte correspondiente a la entidad.

En concordancia con la sentencia de unificación emanada del Consejo de Estado¹¹, el juez contencioso administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya solicitado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal demandada, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

En atención a que los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, que es imprescriptible y a la condición periódica del derecho pensional, en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de *in dubio pro operario*, no regresividad y progresividad; la entidad demandada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 16 de enero de 2015 y hasta el 16 de noviembre de 2018) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existiere diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Ahora, indistintamente de que haya existido o no solución de continuidad entre una y otra vinculación, ante el abuso de la entidad de los contratos de prestación de servicios lo que se debe reparar es el daño antijurídico que se le causó al demandante. Así lo ha aplicado el Consejo de Estado¹²:

“Si bien debe aceptarse que durante la prestación del servicio se presentaron interrupciones de 1 mes y 20 días; 1 mes y 26 días, 3 meses y 13 días, 17 días, 1 día, 2 días y 1 mes y 21 días, tal situación lo que evidencia es la irregularidad de la Administración al mantener a un contratista prestando labores permanentes y ordinarias al servicio de la Función Pública debiéndose en consecuencia reparar el daño de la conducta antijurídica, al ser imposible retrotraer la situación al estado anterior, derivada de la entidad demandada cuya liquidación incluirá para efectos prácticos la sumatoria de los extremos laborales incluyendo las interrupciones pero descontadas del total de las condenas.”

Sin embargo, en este caso, según la certificación de la entidad que obra a folio 238 del expediente, no hubo solución de continuidad entre los contratos suscritos.

8.7 DEL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR MORA EN EL PAGO DE LAS CESANTÍAS Y DEMÁS PRESTACIONES SOCIALES

Se precisa que no hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales, toda vez que en el sector público la misma sólo se encuentra prevista en la Ley 244 de 1995 cuando se incumple el plazo para pagar el

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2014, expediente No. 68001-23-31-000-2010-00449-01 (1807-13), CP. Alfonso Vargas Rincón.

¹¹ Consejo de Estado – Sección Segunda Radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-15) CE-SUJ2-005-16 Demandante: Luanda María Cordero Causil. Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro. M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

¹² Sentencia del 11 de noviembre de 2009, SCA, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, Radicación Número: 680001-23-15-000-2004-02350-01(2486-08), Actor: Hilda Sonia Díaz Guzmán.

auxilio de cesantías, pero acatando la jurisprudencia del Consejo de Estado¹³, cuando se declara la existencia de una relación laboral, dicha prestación tan solo se reconoce con la sentencia, la cual es constitutiva del derecho, por ende, es a partir de la misma que surgen las prestaciones en cabeza del beneficiario; en tales condiciones, no resulta viable el reconocimiento de la sanción deprecada. Bajo el anterior argumento también se negará el reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales y de las cesantías, máxime cuando tales indemnizaciones están previstas en normas que regulan las relaciones laborales de trabajadores del sector privado (Ley 50/90 y Ley 244/95).

Tampoco se accede a la solicitud de pago de la **indemnización por despido injusto**, toda vez que la accionante no tenía calidad de empleada pública, ni trabajadora, por lo cual, la no renovación de los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad, no se puede equiparar a un despido sin justa causa.

Finalmente, no se accede al reconocimiento y pago de **indemnización por daños morales**, porque con las pruebas recaudadas no se demostró la configuración de un daño extrapatrimonial susceptible de ser indemnizado.

8.8 ANÁLISIS DE LA PRESCRIPCIÓN

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

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

Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiere hecho o existiese diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o complementar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador»¹⁴. (Negrilla fuera del texto).

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

Siguiendo esta línea jurisprudencial, aparece probado en el expediente que la demandante solicitó mediante derecho de petición formulado el **19 de febrero de 2019** (fols. 51 – 55), a la entidad demandada, se le reconociera y pagara los derechos laborales originados en el contrato realidad, junto con las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales para el período comprendido entre el 16 de enero de 2015 y hasta el 16 de noviembre de 2018, periodo durante el cual se desempeñó como Jefe de enfermería del Hospital, en virtud de los contratos de prestación de servicios.

¹³ Consejo de Estado en la sentencia del 27 de noviembre de 2014, expediente No. 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-2013), C.P. Gerardo Arenas Monsalve

¹⁴ Sentencia CE-SUJ2 de 25 de agosto de 2016, M.P., Carmelo Perdomo Cuéter. Proceso número. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015). Demandante Lucinda María Cordero Causil. Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba).

Así las cosas, se evidencia que la demandante reclamó ante la entidad demandada sus pretensiones en torno al reconocimiento del contrato laboral, dentro del término de los tres años siguientes a la terminación de la última vinculación contractual, es decir, en el período comprendido entre el 17 de noviembre de 2018 y el 16 de noviembre de 2021, comoquiera que se demostró que su reclamo lo presentó ante la entidad accionada el 19 de febrero de 2019.

Por lo que se concluye que, no existe en el presente caso prescripción de las prestaciones sociales reclamadas durante el período reconocido.

De modo que, realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda deben prosperar en la forma indicada, pues la parte demandante a través de las pruebas logró demostrar el cargo formulado de violación de la constitución y la Ley, dado que el acto acusado fue expedido con desconocimiento de las normas superiores invocadas, desvirtuando así la presunción de legalidad que lo amparaba.

La suma que deberá pagar la entidad condenada como consecuencia de la condena impuesta, deberá actualizarla de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial. La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Al tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, o según el periodo de causación de cada prestación, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas y el índice final el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

9. COSTAS

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la entidad demandada, de las cuales hacen parte las agencias derecho, pues conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 no se ha comprobado temeridad o mala fe de la accionada. El H. Consejo de Estado ha señalado: “(...) sólo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas”¹⁵ y en vigencia de la Ley 1437/2011 ha reiterado¹⁶, acudiendo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-342/2008, que: “En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia, **su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.**” (Énfasis del Juzgado). Tampoco se comprobaron los hechos que, conforme lo exige el artículo 365-8 del C.G. del P., dan lugar a las costas.

Para el cabal cumplimiento de esta sentencia la entidad demandada debe tener en cuenta los artículos 193 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, cuya observancia por parte de la administración debe darse sin necesidad de mandato judicial.

¹⁵ Sentencia 25 de mayo 2006 Subsección B, C. P. Dr. Jesús María Lemos, Radicación No. 25000-23-25-000-2001-04955-01 (2427-2004) Demandado: BOGOTÁ-D.C.- Sria. EDUCACIÓN.

¹⁶ Consejo de Estado- Sección Primera, auto del 17 de octubre de 2013, expediente No. 15001-23-33-000-2012-00282-01, C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Veintitrés (23) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

10.RESUELVE:

PRIMERO: Declarase no probadas las excepciones propuestas, por la entidad accionada.-

SEGUNDO: DECLÁRESE la **NULIDAD** del **Oficio OJU-E-1170-2019 No. 201903510069421 del 12 de marzo de 2019**, por medio del cual la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., le negó a la accionante, señora **MARTHA NELLY RUIZ MORENO**, los derechos y acreencias laborales derivados de la relación laboral, de acuerdo con los motivos expuestos en la parte motiva de la providencia. -

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, a reconocer y pagar a la señora **MARTHA NELLY RUIZ MORENO**, identificada con C.C. No. 51.801.071 de Bogotá, en forma indexada, las prestaciones sociales y demás emolumentos legales, en igualdad de condiciones que un Jefe de Enfermería de la planta de personal de la entidad, con similares funciones, durante el período en el cual se demostró la existencia de la relación laboral, esto es, desde el 16 de enero de 2015 y hasta el 16 de noviembre de 2018, de acuerdo con lo probado y consignado en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: SE CONDENA a la entidad demandada a pagar a la actora los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes, durante el periodo acreditado que prestó sus servicios.

QUINTO: DECLÁRASE que el tiempo laborado por la demandante a través de los contratos de prestación de servicios y sus adiciones o prórrogas, se deben computar para efectos pensionales.

SEXTO: La entidad debe pagar a la parte demandante los valores correspondientes de las prestaciones sociales de que tratan los numerales anteriores, actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula consignada en la parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda. No se condena en costas ni agencias en derecho a la entidad, por las razones expuestas.

OCTAVO: La entidad condenada dará cumplimiento al presente fallo, dentro de los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, sin necesidad de nuevo mandato judicial.

NOVENO: En firme esta Sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). Igualmente expídase a la parte demandante la primera copia íntegra y auténtica de la misma, con constancia de ejecutoria, en los términos del numeral 2 del artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

DÉCIMO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaria del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación y las anotaciones de Ley, ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA TERESA LEYES BONILLA
JUEZ

NVG