

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

EXPEDIENTE N°: 11001-33-42-046-2017-00274-00
DEMANDANTE: OSCAR JESID ROJAS NÚÑEZ
DEMANDADO: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD
NORTE E.S.E.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El señor ÓSCAR JESID ROJAS NÚÑEZ, identificado con C.C. N°. 79.992.211 expedida en Bogotá D.C., a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contra el HOPITAL DE ENGATIVÁ II NIVEL (Hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.) con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se tienen las siguientes:

108

“PRIMERA: Declarar la nulidad del acto administrativo 20171100061841 de fecha 26 DE ABRIL DE 2017, emitido por la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E, por medio del cual se negó el pago de acreencias laborales y prestaciones sociales derivadas de la vinculación entre el HOSPITAL ENGATIVÁ II NIVEL y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. y el señor (a) OSCAR JESID ROJAS NÚÑEZ durante el periodo comprendido entre el día 1 DE ABRIL DE 2011 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017.

SEGUNDA: Que se declare que el accionante ÓSCAR JESID ROJAS NÚÑEZ fungió como empleado Público de hecho para el HOSPITAL ENGATIVÁ II NIVEL y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. en el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA durante el periodo comprendido entre el 1 DE ABRIL DE 2011 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017.

TERCERA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagarle al demandante OSCAR JESID ROJAS NÚÑEZ las diferencias salariales entre lo pagado por la entidad a los AUXILIARES DE ENFERMERÍA de planta y lo pagado al demandante bajo contratos de prestación de servicios, durante el periodo comprendido entre el día 1 DE ABRIL DE 2011 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017.

CUARTA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E a pagarle al demandante el valor equivalente al auxilio de las cesantías causadas durante todo el tiempo de prestación de servicio, liquidando con la asignación legal otorgada al cargo de los AUXILIARES DE ENFERMERÍA del HOSPITAL ENGATIVÁ II NIVEL y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIO DE SALUD NORTE E.S.E. entre el día 1 DE ABRIL DE 2011 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017.

QUINTA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. a pagarle al señor ÓSCAR JESID ROJAS NÚÑEZ, los intereses a las cesantías causados sobre los saldos que arroje la liquidación del auxilio a las cesantías año por año conforme al literal anterior.

SEXTA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E a pagarle al señor ÓSCAR JESID ROJAS NÚÑEZ el valor equivalente a las primas de carácter legal de SERVICIOS de junio y diciembre de cada año, causadas desde el día 1 DE ABRIL DE 2011 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017.

SÉPTIMA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. a pagarle al señor ÓSCAR JESID ROJAS NÚÑEZ la Bonificación por Servicios Prestados de cada año causadas desde el día 1 DE ABRIL DE 2011 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017, liquidadas con la asignación legal otorgada al cargo de los AUXILIARES DE ENFERMERÍA en la entidad demandada.

OCTAVA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagarle al señor ÓSCAR JESID ROJAS NÚÑEZ las Primas de carácter Extralegal de Navidad de cada año, causadas desde el día 1 DE ABRIL DE 2011 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017, liquidadas con la

asignación legal otorgada al cargo de los AUXILIARES DE ENFERMERÍA en la entidad demandada.

NOVENA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagarle al señor ÓSCAR JESID ROJAS NÚÑEZ las Primas de carácter de antigüedad de cada año, causadas desde el día 1 DE ABRIL DE 2011 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017, liquidadas con la asignación legal otorgada al cargo de los AUXILIARES DE ENFERMERÍA en la entidad demandada.

DÉCIMA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagarle al señor ÓSCAR JESID ROJAS NÚÑEZ el valor del quinquenio causado desde el día 1 DE ABRIL DE 2011 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017, liquidadas con la asignación legal otorgada al cargo de los AUXILIARES DE ENFERMERÍA en la entidad demandada.

DÉCIMA PRIMERA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagarle al señor ÓSCAR JESID ROJAS NÚÑEZ las primas de carácter Extralegal de Vacaciones causadas desde el día 1 DE ABRIL DE 2011 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017, liquidadas con la asignación legal otorgada al cargo de los AUXILIARES DE ENFERMERÍA en la entidad demandada.

DÉCIMA SEGUNDA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagarle al señor ÓSCAR JESID ROJAS NÚÑEZ la compensación en dinero de las vacaciones causadas desde el día 1 DE ABRIL DE 2011 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017, liquidadas con la asignación legal otorgada al cargo de los AUXILIARES DE ENFERMERÍA en la entidad demandada.

DÉCIMA TERCERA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagarle al señor ÓSCAR JESID ROJAS NÚÑEZ los subsidios de alimentación causados desde el día 1 DE ABRIL DE 2011 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017, liquidadas con la asignación legal otorgada al cargo de los AUXILIARES DE ENFERMERÍA en la entidad demandada.

DÉCIMA CUARTA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagarle al señor ÓSCAR JESID ROJAS NÚÑEZ los subsidios de transporte causados desde el día 1 DE ABRIL DE 2011 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017, liquidadas con la asignación legal otorgada al cargo de los AUXILIARES DE ENFERMERÍA en la entidad demandada.

DÉCIMA SEXTA (sic): Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagarle al accionante, las horas extras NOCTURNAS generadas desde el 1 DE ABRIL DE 2011 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017, a razón de 4736 horas.

DÉCIMA SÉPTIMA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagarle al accionante, los recargos NOCTURNOS generadas desde el 1 DE ABRIL DE 2011 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017, a razón de 9472 horas.

DÉCIMA NOVENA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a efectuar en el fondo de pensiones al que se encuentra afiliado (a) el demandante, las cotizaciones impagas al sistema de seguridad social en pensiones por el periodo comprendido entre el 1 DE ABRIL DE 2011 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017, tomando como ingreso base de cotización el SALARIO DEVENGADO POR UN TRABAJADOS DE PLANTA en el mismo AUXILIAR DE ENFERMERÍA.

VIGÉSIMA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a efectuar ante la entidad prestadora de salud (RPS) a la que se encuentra afiliado (a) el demandante, las cotizaciones impagas al sistema de seguridad social en salud por el periodo comprendido entre el 1 DE ABRIL DE 2011 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017, tomando como ingreso base de cotización, el SALARIO devengado por un trabajador de planta en el mismo AUXILIAR DE ENFERMERÍA.

VIGÉSIMA PRIMERA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE NORTE E.S.E., a efectuar ante la administradora de riesgos laborales a la que se encuentra afiliado (a) el demandante, las cotizaciones impagas al sistema de riesgos laborales por el periodo comprendido entre el 1 DE ABRIL DE 2011 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017, tomando como ingreso base de cotización, el SALARIO devengado por un trabajador de planta en el mismo AUXILIAR DE ENFERMERÍA.

VIGÉSIMA SEGUNDA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a efectuar a la caja de compensación familiar a la que se encuentra afiliado el demandante, las cotizaciones impagas por el periodo comprendido entre el 1 DE ABRIL DE 2011 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017, tomando como ingreso base de cotización, el salario devengado, el SALARIO devengado por un trabajador de planta en el mismo AUXILIAR DE ENFERMERÍA.

VIGÉSIMA TERCERA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagarle al señor OSCAR JESIS ROJAS NÚÑEZ la indemnización contenida en la Ley 244 de 1995 artículo 2°, a razón de un día de asignación de salario por cada día de mora en el reconocimiento y pago las cesantías definitivas, calculada hasta la fecha en que se efectúe el pago de las mismas.

VIGÉSIMA CUARTA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagarle al señor OSCAR JESID ROJAS NÚÑEZ, la suma de (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daños morales.

VIGÉSIMA QUINTA: ORDENAR a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., para que sobre las condenas descritas en los numerales anteriores y sobre los dineros adeudados a mi mandante, le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor y tal como lo autoriza el inciso final del artículo 187 y el artículo 193 de Ley 1437 de 2011, la reiterada jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, y demás normas concordantes.

VIGÉSIMA SEXTA: Que se ORDENE a la entidad demandada a dar cumplimiento al fallo que este Despacho profiera dentro de los términos

establecidos en el artículo 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

VIGÉSIMA SÉPTIMA: Que se ORDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., a pagar intereses moratorios en favor de mi mandante si no da cumplimiento al fallo judicial dentro del término previsto en el artículo 192 numeral 2° de la Ley 1437 de 2011, conforme lo ordena el inciso 3° del mismo artículo y el numeral 4° artículo 195 del C.P.A.C.A.

VIGÉSIMA OCTAVA: Que se CONDENE a la entidad demandada al pago de las costas y expensas de este proceso.”.

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se sintetizan:

1. El demandante, Óscar Jesid Rojas Núñez, prestó sus servicios para el Hospital Engativá II Nivel (hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.) desde el 01 de abril de 2011 hasta el 30 de junio de 2017.
2. El demandante fue vinculado a la entidad demandada a través de contratos de prestación de servicios, los cuales fueron sucesivos, habituales y sin interrupción.
3. Las labores ejercidas por el demandante a la entidad demandada fueron de Auxiliar de Enfermería, empleo que está dentro de la planta global de la entidad demandada, y es de carrera administrativa.
4. El señor Óscar Rojas Núñez prestaba sus servicios en el horario comprendido entre las 07:00 Pm y las 07:00 a.m., esto es, un turno de 12 horas por 36, incluyendo domingos y festivos.
5. Durante la vinculación con el Hospital de Engativá II Nivel, el accionante estuvo bajo órdenes y supervisión de sus jefes inmediatos, entre otros, de la Doctora Shirley Cuevas y el Doctor Jorge Enrique Melo.
6. La entidad demandada le consignada el salario al accionante en una cuenta bancaria, de manera habitual y mensual.
7. El Hospital de Engativá le exigía al señor Óscar Jesid Rojas Núñez afiliarse como trabajador independiente al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones. Igualmente, la entidad

demandada le descontaba al demandante el impuesto de ICA y Retención en la Fuente.

8. Durante la vinculación con el Hospital de Engativá II Nivel al señor Óscar Jesid Rojas le hicieron llamados de atención en relación con su trabajo. Asimismo, recibió felicitaciones verbales de parte de sus jefes inmediatos por la ejecución de sus actividades.
9. El demandante no percibió prestaciones sociales y salariales durante todo el periodo de su vinculación laboral con la entidad demandada.
10. Mediante derecho de petición de fecha 27 de marzo de 2017, el accionante Óscar Jesid Rojas Núñez elevó reclamación administrativa reclamando el pago de las acreencias laborales y prestaciones sociales por todo el tiempo laborado, así como relación de contratos, copia de los contratos y otros documentos.
11. Por oficio N°. 20171100061841 de fecha 26 de abril de 2017, suscrito por la Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., se emitió respuesta en forma negativa a la reclamación del pago y de acreencias laborales y prestaciones sociales.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 125, 126, 209, 277 y 351-1 de la Constitución Política de Colombia.

De orden legal y reglamentario: Ley 6 de 1945, Decreto 2127 de 1945, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1042 de 1978, Decreto 1045 de 1978, Decreto 2400 de 1979, Decreto 3074 de 1968, Decreto 3135 de 1968, artículo 8; Decreto 1848 de 1968, artículo 51; Decreto 1045 de 1968, artículo 25; Decreto 1335 de 1990, Ley 4 de 1992, Ley 332 de 1996, 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 443 de 1998, Ley 909 de 2004, Ley 80 de 1993, artículo 32; Ley 4ª de 1990, artículo 8º; Ley 3135 de 1968; Decreto 1250 de 1970, artículos 5 y 71; Decreto 2400 de 1968, Ley 6ª de 1945, Decreto 2127 de 1945, Decreto 1950 de 1973 artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1919 de 2002 artículo 2º del

Código Sustantivo del Trabajo, artículos 23 y 24; Ley 1438 de 2008, artículo 59; Decreto 1347 de 2010 y Decreto 3148 de 1968.

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte actora considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse, como quiera que el Hospital Engativá II Nivel Empresa Social del Estado para no contratar directamente al trabajador utilizó la fachada de contratos de prestación de servicios personales. En realidad se evidencia que entre dicha entidad y el demandante subsistió una relación laboral. De ello se infiere, que la entidad demandada al negar el reconocimiento y pago de las prestaciones en favor del accionante desconoció el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Agrega, que las actividades ejercidas por el demandante, como auxiliar de enfermería, estuvieron encaminadas al cumplimiento de la misión institucional de la entidad, cual es la prestación del servicio de salud. Además, dentro de la planta de personal de la entidad demandada existía el cargo de auxiliar de enfermería. Así, el cargo ejercido por el señor Óscar Jesid Rojas tenía vocación de permanencia, por ello, debió ser vinculado como servidor público, mas no como contratista.

Finalmente manifiesta, que el demandante siempre prestó el servicio en forma desigual. En efecto, a pesar de ejercer las mismas funciones que un auxiliar de enfermería de planta, el señor Óscar Rojas no tenía derecho al pago de prestaciones salariales y sociales, derechos que si tenían los empleados de planta.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

La Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., en memorial visible a folios 50 - 65, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Como sustento de su defensa, la entidad demandada argumenta que entre el Hospital de Engativá y el demandante nunca existió un contrato de trabajo. Al contrario entre aquellos existieron varios contratos de arrendamiento y prestación de servicios, regidos por las normas del derecho privado y la Ley 80 de 1993. Agrega que los contratos suscritos entre las partes fueron celebrados sin ningún tipo de vicio del consentimiento y sobre las directrices de las normas privadas, en razón de las

calidades ofrecidas por el contratista, por el término indispensable y liquidados en su oportunidad de común acuerdo entre las partes, declarándose a paz y salvo por todo concepto.

Al demandante no puede dársele la categoría, como se pretende en la demanda, de funcionario de hecho, pues no se cumplen los supuestos normativos para que ello proceda, entre ellas el nombramiento y la posesión, las cuales no se cumple en el presente evento.

Finalmente, advierte que la imposición de horarios y la impartición de instrucciones, como expresiones de la subordinación laboral, no implican la existencia de una relación laboral.

1.2.2 Audiencia Inicial¹

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en tal sentido, y decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate.

1.2.3. Audiencia de pruebas².

En la audiencia de pruebas, el despacho corrió traslado a las partes de las pruebas decretadas, practicadas y oportunamente allegadas al expediente. Asimismo se tomaron las declaraciones de los testigos y el interrogatorio de parte del señor Óscar Jesid Rojas Núñez. Finalmente, se decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento de que trata el artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en consecuencia, se dispuso la presentación de alegatos por escrito.

1.2.4 Alegatos

Se presentaron en forma escrita, así:

Parte demandante: En memorial visible a folios 103 a106, reiteró los argumentos expuestos en la demanda

¹ Folios 78-83.

² Folios 98-102.

La parte demandada y el Agente del Ministerio Público guardaron silencio.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer: si entre el señor Óscar Jesid Rojas Núñez y el Hospital de Engativá II Nivel E.S.E. (Hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.), existió una relación laboral a pesar de que su vinculación se efectuó a través de contratos de prestación de servicios, y en razón a ello, el demandante tiene derecho al pago de prestaciones sociales y salariales reclamadas.

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

1. Que el señor Óscar Jesid Rojas Núñez se vinculó con el Hospital de Engativá II Nivel – E.S.E., mediante contratos de prestación de servicios, durante el periodo comprendido entre el 02 de mayo de 2013 hasta el 30 de junio de 2017, según se evidencia en certificación obrante a folio 11 del expediente.
2. Que el accionante, el día 27 de marzo de 2017, solicitó ante el Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y demás acreencias laborales que se deban en su favor como consecuencia de la relación laboral que existió entre las partes (folios 3-8).
3. Que mediante Oficio N°. 20171100061841 (folios 9-10), el Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte niega la petición de la demandante, informándole para tal efecto que el tipo de vinculación de aquella con el Hospital de Engativá (contrato de prestación de servicios) no genera ningún tipo de relación laboral.

2.3 Marco Normativo.

Atendiendo lo anterior, el despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

2.3.1 La naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios.

Sea lo primero indicar que el contrato de prestación de servicios es una figura propia del derecho civil³, adaptada por el legislador colombiano como una forma de contratación estatal, consistente en el acuerdo de voluntades entre un particular (persona natural) y la administración con la finalidad de ejecutar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, siempre y cuando el personal de la misma no pueda ejecutar dicha función, o en su defecto, las labores a ejecutar requieran conocimientos técnicos o especializados.

La Ley 80 de 1993 en su Artículo 32, define el contrato de prestación de servicios, en los siguientes términos:

"(...)

3. Contrato de prestación de servicios. 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.

(...)" (Negrita del Despacho).

De la citada norma, se infiere que en ningún evento los contratos de prestación de servicios pueden llegar a concebir relaciones laborales, atendiendo que las formas de vinculación laboral al servicio público están expresamente definidas en el artículo 125 de la Constitución Nacional y en las leyes que lo reglamenten; sin embargo, la realidad ha demostrado que la administración se ha valido del mencionado contrato

³ Artículo 1945 Código de Procedimiento Civil "<DEFINICION DE CONTRATO O CONVENCION>. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas."

no sólo para evitar la carga salarial y prestacional que deviene de aquellas, sino también con ánimo burocrático.

La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, al pronunciarse respecto a la constitucionalidad del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; estableció como elemento esencial del contrato de prestación de servicios la autonomía e independencia, y puntualizó las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, para lo cual indicó:

“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”

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.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

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.

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.
(...)"*

Como se observa, en dicho proveído el máximo tribunal constitucional, puntualizó que el elemento diferenciador entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, es la subordinación o dependencia que tiene el empleador respecto del trabajador, elemento que no hace parte del contrato de prestación de servicio.

De lo anterior, se desprende que los contratos de prestación de servicios se permiten en los casos en los cuales la función de la administración no puede ser realizada por personas pertenecientes a la planta de la entidad oficial contratante,

o por la necesidad de conocimientos especializados. Además, en estas situaciones hay autonomía e independencia técnica y profesional por parte del contratista.

De conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional, se colige que en todo caso el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado, siempre y cuando se evidencie la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual emanará en favor del contratista el derecho al pago de prestaciones sociales y demás provenientes de la relación laboral, atendiendo al principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, contenido en el artículo 53 de la Constitución Política.

Sin embargo, las diferencias entre las mencionadas tipologías contractuales no se agotan con lo previamente enunciado. En efecto, el H. Consejo de Estado en sentencia de Sala Plena del 18 de noviembre de 2003 señaló:

«En sentencia C-154 de 1.997 por la cual se declaró la exequibilidad del art. 32, numeral 3 ley 80 de 1.993, se expresó que en el evento de que la administración deforme la esencia y contenido natural del contrato de prestación de servicios y se dé paso al nacimiento disfrazado de una relación laboral en una especie de transformación sin sustento jurídico con interpretaciones y aplicaciones erradas, y con lo cual se vulneren derechos de los particulares “se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del contratista convertido en trabajador en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”.

5. Pero, por si lo anterior fuese poco, desde ningún punto de vista puede sostenerse que el contrato de prestación de servicios celebrado por la parte actora con la administración se oponga a derecho, es decir, que se encuentre prohibido por la ley. En efecto, el art. 32 de la L. 80 de 1.993 prescribe:

“ART. 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

.....
3°. Contrato de prestación de servicios.- 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”.

En el aparte transcrito la norma señala el propósito de dicho vínculo contractual, cual es el de que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa; además, que dicha relación jurídica se establezca con personas naturales, bien sea cuando

lo contratado no pueda realizarse con personal de planta, lo que a juicio de la Sala acontece, por ejemplo, cuando el número de empleados no sea suficiente para ello; bien sea cuando la actividad por desarrollarse requiera de conocimientos especializados.

Resulta, por consiguiente, inadmisibile la tesis según la cual tal vínculo contractual sea contrario al orden legal, pues como se ha visto, éste lo autoriza de manera expresa.

En el caso sub-examine se demostró que la actora se vinculó a la Dirección Seccional de la Administración Judicial de Caldas a través de contratos de prestación de servicios (folios 47 a 55 C.2) con el objeto de desarrollar las actividades que se consignaron en las cláusulas primera y segunda. Y es patente que no resulta contrario al ordenamiento jurídico el cumplimiento de funciones administrativas mediante la celebración y ejecución de tales convenciones.

Las personas que rindieron declaraciones testimoniales en el proceso dan cuenta de la actividad desplegada por la actora y el cumplimiento de labores específicas, las cuales pueden materializarse a través del contrato de prestación de servicios, entre los cuales pueden figurar, entre otros, como lo ha enseñado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, **los de asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de conceptos, vigilancia y aseo** (sent 14 de noviembre/96 Epx 12541). Y "dicha realidad no configuraría un motivo falso que afectara el acto cuestionado, pues se limita a constatar que objetivamente hubo un contrato de prestación de servicios y que la consecuencia legal de esta relación jurídica es la señalada por el artículo 164 del Decreto 222 de 1..983, reiterado por la nueva ley de contratación estatal (artículo 32, ley 80 de 1.993), que implica la inaplicabilidad de las normas que regulan la situación legal y reglamentaria de los empleados públicos en materia de prestaciones sociales, porque la demandante no lo fue" (sent 14 de noviembre/96 exp. 12541).

6. Es inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la litis, consistente en la prestación de servicios bajo la forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad desplegada por empleados públicos, dado que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen ordenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada.

Y lo es, en primer término, **porque por mandato legal, tal convención no tiene otro propósito que el desarrollo de labores "relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad"; lo que significa que la circunstancia de lugar en que se apoya la pretendida identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, carece de fundamento válido.** Son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b.) que requiera de conocimientos especializados la labor (art. 32 L. 80/93).

Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran

115

coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.

Y es, finalmente, inaceptable, que se sostenga que no existe diferencia entre los efectos de un contrato de prestación de servicios como el del sub-lite y los de una situación legal y reglamentaria con base en que tanto los contratistas como quienes se encuentran incorporados a la planta de personal se hallan en las mismas condiciones. Y a este yerro se llega porque no se tiene en cuenta cabalmente que el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir "el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario: El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal" (sent C-555/94).

Como lo ha explicado la H. Corte Constitucional son los que se acaban de señalar elementos esenciales o sustanciales sin los cuales no es posible que se dé la situación legal y reglamentaria, ni es factible que se puedan pagar prestaciones sociales a quienes desarrollan la labor ni tampoco sumas equivalentes a ellas, porque, como se indicó, no se reúnen las exigencias ad-sustantiam para que se adquiera la condición de empleado público».⁴ (Negrilla fuera de texto).

Igualmente, precisa este Despacho que de la lectura del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se colige que el contrato de servicios personales no se debe aplicar cuando el personal de planta sea insuficiente para cumplir con la función administrativa, sino que por el contrario, la aplicación de dicha figura es viable cuando las funciones a cumplir no estén asignadas al personal de la entidad, es decir, cuando se trate de desarrollar o ejecutar competencias que no son del giro ordinario de aquella, así lo ha precisado la Jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁵.

De lo anterior se concluye, que los contratos de prestación de servicios son una forma de apoyo a la gestión estatal, para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, siempre que no estén relacionadas con su giro ordinario de sus actividades y cuando no pueden ser desempeñadas por personal adscrito a la planta global de ésta.

⁴ CE, SCA, Sentencia de 18 de noviembre de 2003, Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0039-01(IJ).

⁵ TAC, S2, SS "C", sentencia de 18 de noviembre de 2010, Rad. No. 2007-00307-01, Actor: Francisco Javier Valenzuela.

2.3.2. Principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas en los contratos de prestación de servicios

Tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado en su jurisprudencia se han visto abocados a acudir a los principios constitucionales en la solución de controversias que tienen que ver con relaciones laborales disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios u otra modalidad contractual, las cuales, como antes se indicó, se materializan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

Así, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en los que a través de la figura del contrato de prestación de servicios se pretende evitar las obligaciones prestacionales y salariales derivadas de una relación laboral. De manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

En consecuencia, pese a que la forma o denominación del contrato sea la prestación de servicios, en todo caso se podrá demostrar la existencia de una **relación laboral** entre las partes, cuando la misma haya estado oculta bajo la figura del contrato de prestación de servicios, siempre y cuando se acredite la concurrencia de los elementos esenciales de la misma, esto es, una actividad en la entidad empleadora que haya sido **personal**, que por dicha labor se haya recibido una **remuneración** o pago y, finalmente, se debe probar que en la relación existió **subordinación** o **dependencia**.

Las anteriores precisiones tienen plena vigencia cuando el actor pretende el reconocimiento de una **relación laboral** que lo vinculaba a la administración (trabajadores oficiales), no obstante, los anteriores criterios, propiamente el referente a la existencia de una subordinación, deben ser valorados en contexto cuando el demandante busca la declaratoria de la existencia de una **relación legal y reglamentaria** (empleo público), donde el criterio de subordinación tiene un alcance y connotación distinto al aplicable a los contratos de trabajo. Al respecto, es conveniente precisar lo siguiente:

- El empleado público no está sometido, en principio, a subordinación frente a un superior, la cual es propia de la relación laboral privada; aquí la subordinación debe ser entendida como la obligación del servidor de obedecer y cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos administrativos correspondientes.
- Para que una persona que se encuentre vinculada al Estado, se entienda que desempeña un empleo público, es necesario que se den los elementos propios y atinentes a la existencia de los empleos estatales, los cuales son a saber: i) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad; ii) La determinación de las funciones propias del cargo ya previsto en la planta de personal; iii) y la previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de los gastos que demande el empleo.
- Cuando el demandante pretenda la declaratoria de la existencia de la **relación legal y reglamentaria** entre éste y la Administración, en atención a que no ocupó un empleo público, sino que tuvo una vinculación contractual con el Estado, es indispensable que se acredite que las funciones que realizó están asignadas a un empleo que hace parte de la planta de personal, o que sean similares a las de un cargo de planta.

De conformidad con lo anterior, la persona que pretenda sean protegidos sus derechos prestacionales y salariales, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, respecto a la relación legal y reglamentaria, deberá acreditar:

- La existencia del empleo al que alega que estuvo vinculado, o que existan cargos con funciones similares a las que desarrolló.
- Deberá demostrar, además de la prestación personal del servicio y de la remuneración recibida, que las funciones desplegadas por éste se encuentran regladas, lo cual conlleva a concluir que estuvo **sometido** a lo dispuesto por la Ley y el Reglamento con relación a las mismas, y
- Debe acreditar que las funciones por éste desplegadas tienen plena relación con el objeto de la Entidad Pública donde prestó sus servicios.

Cuando se logre acreditar lo anterior, en desarrollo de los derechos constitucionales al trabajo y a la primacía de la realidad sobre las formalidades, el trabajador tendrá derecho a que se le reconozcan las prestaciones sociales dejadas de percibir, las cuales se le otorgarán a título de restablecimiento del derecho, sin que por ello se convierta en un empleado público, tal y como lo consideró el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 27 de abril de 2016, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, Proceso No. 2525-14, cuando señaló:

“(...) Cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra, que esa relación laboral que se ocultó bajo el manto solapado de un contrato estatal; ello, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados respectivamente en los artículos 13 y 53 de la Carta Fundamental. (...)”.

2.4 Caso Concreto

De acuerdo a la fijación del litigio planteada, se pronunciará el Despacho respecto de la solicitud de nulidad del Oficio N°. 20171100061841 de 26 de abril de 2017, suscrito por la Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., mediante el cual se niega la solicitud de acreencias y la declaratoria de la existencia del contrato realidad.

Así entonces, se procederá a establecer si concurren los elementos de una relación laboral, esto es, **prestación personal del servicio, remuneración y la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.**

Respecto del elemento de prestación personal del servicio, observa este Juzgador que el señor Óscar Jesid Rojas Núñez prestó sus servicios al HOSPITAL DE ENGATIVÁ II NIVEL E.S.E., como se evidencia de la certificación de contratos de prestación de servicios emitida por el Asesor Jurídico de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E (folio 11).

De los contratos de prestación de servicios, igualmente, se logra establecer que la prestación del servicio del señor Óscar Jesid Rojas Núñez como Auxiliar de Enfermería, fue de manera continua e ininterrumpida desde el 02 de mayo de 2013 hasta el 30 de junio de 2017.

De otro lado, se encuentra acreditado en el expediente que el demandante percibía unos honorarios mensuales por concepto de la prestación del servicio,

configurándose así, el segundo elemento constitutivo de una relación laboral, es decir, la remuneración.

Finalmente, respecto de la **subordinación laboral**, a juicio del despacho la parte actora demostró el cumplimiento de horario laboral, solicitud de permisos, órdenes emanadas de funcionarios del hospital, y entre otros aspectos, que dan cuenta de la continua subordinación que existía respecto del señor Óscar Jesid Rojas Núñez.

Sobre el particular, se resalta lo dicho por el señor Óscar Jesid Rojas Núñez, en el interrogatorio de parte. En aquel el demandante indicó que se vinculó con el Hospital de Engativá II Nivel, a través de contrato de prestación de servicios porque era la única forma de vinculación con dicho hospital. Igualmente, precisó que prestó sus servicios en un horario y dentro de unos turnos establecidos por la entidad demandada, sin que se le permitiera modificarlos mismos. Preciso que su horario de trabajo iba desde de 07.00 p.m. hasta 07:00 a.m. En algunas ocasiones le tocaba prestar el servicio en otros horarios por órdenes de sus jefes inmediatos. El demandante indicó que la prestación del servicio no la podía hacer de manera autónoma, pues en todo caso su labor no solo estaba supervisada sino que debía seguir las instrucciones, programación y protocolos fijados por sus jefes inmediatos, entre ellos, la señora Magnolia Rojas y el señor Jorge Enrique Melo. Igualmente, señaló que sus labores siempre fueron prestadas con instrumentos propios de la entidad demandada, entre ellos, la ambulancia en la cual desarrolló sus funciones.

Igualmente, los testimonios de los señores Francisco Antonio García y Fernando Cárdenas Peña, denotan que Oscar Jesid Rojas recibía órdenes de sus superiores, no podía delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas, se le exigía el cumplimiento de sus labores en los horarios asignados directamente por la entidad y ejercía sus labores en las instalaciones del referido hospital y con instrumentos dados por este. Además de ello, manifiestan que el demandante estaba sujeto al reglamento y procedimientos emanados de la entidad demandada, incluso debía solicitar permisos para efectuar cambios de turnos, los cuales debían en todo caso ser cubiertos por otra persona que desempeñará la misma función dentro del Hospital. Asimismo, los testigos indicaron que las funciones desarrolladas por el demandante eran de carácter permanente en el Hospital, es decir, que existía personal de planta para dicho cargo. En efecto, sostuvieron que en algunas ocasiones el accionante tuvo que suplir a los funcionarios de planta, por diversas causas, entre ellas, los periodos de vacaciones y licencias.

De acuerdo a la prueba testimonial precitada, está demostrado que durante la prestación de los servicios del demandante en el Hospital de Engativá II Nivel E.S.E., recibía órdenes de sus superiores, no podía delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas, se le exigía el cumplimiento de sus labores en los horarios asignados directamente por la entidad, y ejercía sus labores en las instalaciones del referido hospital y con instrumentos dados por este, todo lo cual conlleva a concluir que no se trató de una relación de coordinación contractual, como lo indican la entidad demandada, sino que se trató de una relación en la que imperó la subordinación.

Respecto de la prueba testimonial, se precisa que la misma no será tachada, dado que a pesar de los testigos Francisco Antonio García y Fernando Cárdenas Peña son demandantes en otros procesos, en los que, igualmente, se pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral, situación de la que se podría inferir un interés aparente en las resultas del proceso; sin embargo, para el despacho, los deponentes por tener conocimiento directo del desarrollo del contrato, bajo el entendido que fueron compañeros de trabajo del actor son los que están calificados para declarar sobre los hechos en los que sustenta la demanda.

Aunado a lo anterior, se evidencia que las labores desarrolladas por el demandante no eran eventuales sino permanentes, propias y misionales de una entidad prestadora del servicio de salud, como lo es, el Hospital Engativá II Nivel E.S.E. (hoy Subred Integrada de Servicios de salud Norte), dado que para la adecuada prestación de dicho servicio es necesaria la disposición del personal de auxiliar de enfermería.

Así las cosas, el demandante se encontraba bajo una relación de orientación y mando, pues no podía ejercer en forma libre y autónoma su actividad, al encontrarse sujeta a las órdenes del respectivo superior.

Corolario de lo anterior, es válido afirmar que durante el tiempo que duró la relación entre el señor Óscar Jesid Rojas Núñez y la Hospital de Engativá II Nivel E.S.E., pese a las diferentes denominaciones, existió una relación laboral, encubierta por contratos de prestación de servicios 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, en tanto el demandante prestó sus servicios como Auxiliar de Enfermería (Auxiliar Área Salud, 412, 17) en el Hospital de Engativá II Nivel, de manera

118

subordinada y en forma permanente desde el 02 de mayo de 2013 hasta el 30 de junio de 2017.

Así entonces, se logró demostrar la existencia de una **relación laboral** entre las partes, toda vez que la misma estuvo oculta bajo la figura del contrato de prestación de servicios, el servicio prestado por el accionante, fue **personal**, y con ocasión a la prestación de sus servicios a la entidad, recibió una **remuneración**. Finalmente, se demostró que en la relación existió **subordinación**. En este sentido es del caso recordar que demostrada **la relación laboral oculta** detrás de un contrato de prestación de servicios, el efecto normativo y garantizador del principio de primacía de la realidad sobre las formas se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales del trabajador, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal.

En todo caso, acreditada la existencia de una relación laboral, la demandante tendrá derecho a que se protejan sus derechos al trabajo y a la seguridad social, y a que, en virtud de los principios de equidad y prevalencia de la realidad sobre las formas, se condene a la entidad demandada a reconocerle y pagarle las prestaciones sociales que le debieron haber sido sufragadas.

En consecuencia, el Despacho encuentra probada la existencia de la relación laboral quedando demostrado el incumplimiento del Hospital de Engativá II Nivel en el pago de las acreencias laborales causadas a favor del señor Óscar Jesid Rojas Núñez durante el tiempo que ésta trabajó como Auxiliar de Enfermería, por lo que la presunción de legalidad que cobijaba el Oficio N°. 20171100061841 de 26 de abril de 2017, suscrito por la Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., ha sido desvirtuada, razón por la cual se declarará su nulidad.

Como restablecimiento del derecho, el despacho ordenará en favor del demandante el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima semestral o de servicios, prima de antigüedad, bonificación por servicios, prima de recreación, prima de navidad y vacaciones en dinero, así como también, al reintegro del porcentaje erogado por aquella por concepto de aportes pensionales, salud y caja de compensación familiar. Se precisa que solo deberá devolverse al porcentaje que por ley le corresponde pagar el empleador, y en todo caso deberán efectuarse las cotizaciones por el valor de la diferencia existente entre el valor cotizado como contratista y el valor que debió cotizarse como auxiliar de Enfermería (Auxiliar Área Salud, Código 412, Grado 17), si a ello hubiere lugar.

El pago de salarios y demás emolumentos aquí ordenados, deberá hacerse dentro del periodo comprendido entre el 02 de mayo de 2014 y el 30 de junio de 2017. Lo anterior, por cuanto, si bien en la demanda se pretendió el pago de dichos rubros desde el 01 de abril de 2011, de las pruebas arrimadas al proceso, se encuentra que el primer contrato celebrado por el demandante fue el N°. 937-2013, cuya fecha de inicio fue el 02 de mayo de 2013, mientras que el último contrato fue el 0423-2017, que finalizó el 30 de junio de 2017.

Ahora bien, es del caso precisar que el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público. Por ello, no se reconocerán las primas extralegales de navidad, antigüedad y vacaciones, dado que las mismas tienen origen convencional, y por tanto, solo son posibles de reconocerse a los servidores públicos, calidad que como antes se indicó no puede otorgarse a los contratistas. Al respecto, el H. Consejo de Estado, en reciente sentencia⁶, indicó lo siguiente:

(...)

El actor pretende que se le reconozcan los derechos prestacionales como consecuencia de la existencia del contrato realidad en la prestación del servicio a la E.S.E. Francisco de Paula Santander; Sin embargo, como en anteriores oportunidades lo ha precisado esta Corporación⁷, bajo la figura del contrato realidad no es posible otorgarle al actor la calidad de empleado público o trabajador oficial, pues fue vinculado mediante contratos de prestación de servicios, lo cual impide que sea beneficiario de la Convención Colectiva celebrada entre el I.S.S. y su sindicato de trabajadores.

En consecuencia, el interesado no se puede beneficiar de la referida Convención, pues aunque demostró que prestó sus servicios en la entidad demandada, tal situación no implica que éste goce de la calidad de trabajador oficial. (...)"

Igualmente, no se reconocerá el pago de horas extras o trabajo suplementario y o diferencias salariales, por cuanto el pago de honorarios estaba sujeto a las condiciones establecidas en los contratos de prestación de servicios. Lo anterior, por cuanto, "durante la vinculación contractual, el actor no estuvo sujeto a la jornada ordinaria laboral prevista en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 en el entendido de que su condición no era la propia de un empleado público"⁸. En este sentido, se precisó el Consejo de Estado que "los efectos patrimoniales de la declaratoria de un contrato realidad no pueden consistir en el reintegro como restablecimiento del

⁶ CE, SCA, S2, SS "B", sentencia de 13 de mayo de 2015, Rad. No.: 68001-23-31-000-2009-00636-01(1230-14), Actor: Antonio José Gómez Serrano.

⁷ CE, SCA, S2, SS "B" Sentencia de 2 de mayo de 2013, Rad. No. 050012331000200700123 02 (2467-2012), Actor: Elkin de Jesús Agudelo Ortega.

⁸ CE, SCA, S2, SS "B", sentencia de 06 de octubre de 2016, Rad. N°. 66001-23-33-000-2013-00091-01 (0237-14), Actor: Miguel Ángel Castaño Gallego.

derecho, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pero en cambio sí deberá comprender el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragada.”⁹

Respecto de la devolución de lo descontado por concepto de retención en la fuente y el ICA, se advierte que según lo indicado por el Consejo de Estado¹⁰, la declaración de existencia de una relación laboral *no implica per se la devolución de sumas de dinero que se generaron en virtud de la celebración contractual, pues la finalidad del restablecimiento del derecho es el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con la relación laboral oculta más no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato*, razón por la cual no hay lugar a la devolución del valor de lo erogado por dicho impuesto. Finalmente, no se ordenará el reconocimiento de indemnización por despido injustificado ni daños morales, atendiendo que los mismos no fueron demostrados dentro del proceso. Igualmente, se advierte que no es posible acceder al reconocimiento de la indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, comoquiera que la declaración del derecho en favor del demandante solo se produce a partir del presente proveído, por tanto la administración no podía incurrir en mora respecto de una prestación que había sido reconocida ni legal ni judicialmente.

Por las razones que anteceden, y al haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados, la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., actualizará los valores o sumas reconocidas en favor de la accionante, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el accionante de la correcta liquidación de su pensión de jubilación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el

⁹ Ídem.

¹⁰ CE, SCA, S2, SS “B”, sentencia de 13 de mayo de 2015, radicación número: 68001-23-31-000-2009-00636-01(1230-14), Actor: Antonio José Gómez Serrano.

Índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos.

Prescripción:

El Decreto 3135 de 1968 reglamentado por el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 102 establece la prescripción de 3 años a partir de que la respectiva obligación se haya hecho exigible; sin embargo, en tratándose de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre la formalidad (art. 53 C.N.) el H. Consejo de Estado en sentencia del 09 de abril de 2014, Exp. N°. 20001233100020110014201 (0131-13), precisó que *"...la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral, debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración. ..."*.

Así las cosas, y como quiera que desde la fecha de terminación del último contrato de prestación de servicios celebrado entre el señor Óscar Jesid Rojas Núñez y el Hospital Engativá II Nivel ESE (30 de junio de 2017) y la fecha de presentación del escrito de reclamación de las prestaciones sociales (27 de marzo de 2017), no ha transcurrido un término mayor a tres años, no hay lugar a prescripción de derecho alguno.

Condena en costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."*

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de "decidir, mandar, proveer", es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para

pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar de manera consecencial en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones¹¹ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho de defensa ejercido por la demandada estuvo

¹¹ CE, SCA; S2, SS“B”, sentencia de 28 de octubre de 2016, Rad. No.: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez.

* CE, SCA, S2, SS“B”, sentencia de 3 de noviembre de 2016, Rad. N°. 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez.

* CE, SCA, S2, SS“B”, sentencia de 1 de enero de 2017, Rad. N°.: 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia Palacios De Mosquera.

* CE, SCA, S4, sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. N°.: 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo.

orientado a la protección del acto acusado, el cual estaba revestido de presunción de legalidad.

De igual forma, en lo que concierne a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD del Oficio N°. 20171100061841 de 26 de abril de 2017, suscrito por la Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud – Norte; por medio de la cual se negó el pago de las acreencias laborales derivadas de la existencia de un contrato de trabajo realidad que existió entre el HOSPITAL DE ENGATIVÁ II NIVEL- EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO y el señor ÓSCAR JESID ROJAS NÚÑEZ, identificado con C.C. N°. 79.992.211 expedida en Bogotá; entre el periodo comprendido del 02 de mayo de 2013 al 30 de junio de 2017, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E a:

a. **RECONOCER y PAGAR** al señor ÓSCAR JESID ROJAS NÚÑEZ, identificado con C.C. N°. 79.992.211 expedida en Bogotá; de los siguientes rubros: cesantías, intereses a las cesantías, prima semestral o de servicios, prima de antigüedad, bonificación por servicios, prima de recreación, prima de navidad y vacaciones en dinero, tomando como base para la liquidación respectiva el salario legalmente establecido para los Auxiliares de Área de Salud, Código 412, Grado 17.

Lo anterior, deberá realizarse durante la totalidad del periodo en que prestó sus servicios al HOSPITAL DE ENGATIVÁ II NIVEL- EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, esto es, desde el 02 de mayo de 2013 hasta el 30 de junio de 2017

121

b. **PAGAR** al señor ÓSCAR JESID ROJAS NÚÑEZ, identificado con C.C. N°. 79.992.211 expedida en Bogotá; la cuota parte correspondiente a los aportes de salud, pensión y Caja de Compensación Familiar, en tanto el demandante acredite haberla sufragado.

Sólo devolverse al porcentaje que por ley le corresponde pagar el empleador. En todo caso deberán efectuarse las cotizaciones por el valor de la diferencia existente entre el valor cotizado como contratista y el valor que debió cotizarse como auxiliar de Enfermería (Auxiliar Área Salud, Código 412, Grado 17), si a ello hubiere lugar.

c. **ACTUALIZAR** las sumas debidas conforme al inciso final del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el correspondiente a lo dejado de percibir por la actora, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente por cada período salarial y prestacional correspondiente, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno.

TERCERO. Se ORDENA dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en los Artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

CUARTO. NIEGANSE las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo

QUINTO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

EXPEDIENTE N°: 11001-33-42-046-2017-00274-00
DEMANDANTE: ÓSCAR JESID ROJAS NÚÑEZ
DEMANDADO: SUBRED SERVICIOS SALUD NORTE E.S.E.

SÉPTIMO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELKIN ALONSO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Juez