

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CINCUENTA Y CINCO (55) ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de junio de dos mil veinte (2020)

PROCESO N°.	11001-33-42-055-2017-00128-00
DEMANDANTE:	ANA LUCIA HORMIGA MARIN
DEMANDADO:	SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.
TEMA:	CONTRATO REALIDAD
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA N°. 011

Teniendo en cuenta lo establecido en el numeral 6.5. del artículo 6 del Acuerdo PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020, se exceptuaron de la suspensión de términos en materia Contenciosa Administrativa, desde el 9 de junio hasta el 30 de junio de 2020, inclusive, entre otros: *“Todos los medios de control establecidos en la Ley 1437 de 2011 cuando los procesos se encuentren para dictar sentencia, en primera, segunda o única instancia, así como sus aclaraciones o adiciones. Estas decisiones se notificarán electrónicamente, pero los términos para su control o impugnación seguirán suspendidos hasta tanto el Consejo Superior de la Judicatura lo disponga”*.

Previamente, se ha de indicar que en el proceso de la referencia esta Sede Judicial llevó a cabo audiencia inicial el 27 de mayo de 2019¹, en la que se surtieron los actos procesales con las formalidades y actuaciones que exige el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, y posteriormente, se realizó audiencia de pruebas el 12 de agosto de 2019² de conformidad con lo señalado en el artículo 181 del C.P.A.C.A.

Así las cosas, procede el despacho a dictar la sentencia que en derecho corresponde, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia impetrado por la señora ANA LUCÍA HORMIGA MARÍN a través de apoderado judicial en contra de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., en la que se formularon las siguientes:

DECLARACIONES Y CONDENAS

PRIMERA: Que se declare la nulidad del **oficio No. OJU-E-529-2016 del 08 de Noviembre de 2016**, firmado por la doctora **SANDRA MILETA MEDINA MARTINEZ** Subgerente Administrativa Unidad Prestadora de Servicios de Salud-Meissen-**SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** de Bogotá, en la que **negó** el pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales a ña señora **ANA LUCIA HORMIGA MARIN**, quien se identifica con la **C.C. No. 52.858.754 de Bogotá**.

SEGUNDA: Declarar que la relación que existió entre el **Hospital de Meissen II Nivel E.S.E.** de Bogotá, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. como patrón y mí poderdante, señora **ANA LUCIA HORMIGA MARIN**, como servidora, fue una relación laboral de Derecho Público.

TERCERA: Declarar que todo el tiempo servido por mí mandante al servicio del **Hospital de Meissen II Nivel E.S.E.** de Bogotá, Hoy Subred Integrada de

¹ Fls. 215-217

² Fls. 270-272

Servicios de Salud Sur E.S.E., desde el 11 de Mayo de 2.004 hasta el 01 de Enero de 2.014, sin solución de continuidad en el cumplimiento personal y permanente de funciones públicas, tiene efectos legales para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones a que haya lugar. .

CUARTA: Que se declare que no hay prescripción trienal del derecho de conformidad con el fallo del H. Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "B" Consejero (a) Pte: **Bertha Lucía Ramírez de Paéz** de Fecha **19 de febrero de 2009**, Expediente No. **730012331000200003449-01 No. Interno. 3074-2005** Actor: **Ana Reinalda Triana Viuchi** Demandado: **Instituto de Seguro Social**, donde replantea este criterio, y el fallo de **RADICACIÓN 23001-23-31-000-2002-00244-01 (2152-06) DE 2008 CONSEJERO PONENTE: DR. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. APELACIÓN SENTENCIA. AUTORIDADES MUNICIPALES. ACTOR: ROBERTO URANGO CORDERO. BOGOTÁ, D.C., SEIS (6) DE MARZO DE DOS MIL OCHO (2008). De la prescripción trienal, que se citan en la presente demanda en el acápite de normas violadas y conceptos de la violación.**

QUINTA: Como consecuencia de lo anterior, condenar a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. antes Hospital de Meissen II Nivel E.S.E.** de Bogotá, a pagar a favor de mi mandante a título de reparación del daño, todos los emolumentos con sus respectivos factores salariales y prestacionales como se le pagan a un empleado de planta teniendo en cuenta para su liquidación el **salario** que devenga un **Funcionario** de planta, ya que existe el referente, como se demostró con las pruebas aportadas, o de un empleo público con similares funciones ejercidas por mi poderdante tales como: Riesgos Profesionales que fueron descontados en sus contratos, Prima de servicio, Bonificación por Servicios, a título de indemnización el pago de las Vacaciones remuneradas por el tiempo laborado que nunca disfruto mientras dura la relación laboral, Prima de Vacaciones, Bonificación por Vacaciones, Prima de Navidad, Cesantías, Intereses a las Cesantías, pago de los recargos nocturnos y horas extras, reembolso de los pagos que realizó el demandante a las Aseguradoras de Riesgos Laborales, aportes a pensión y salud que pago mi poderdante, en el poderdante, que estos sean cancelados al fondo respectivo por la demandada en el porcentaje que le corresponda, y que los tiempos cotizados se tengan en cuenta para pensión, pago a favor de mi poderdante de los aportes que debió cancelar a las cajas de compensación familiar la demandada, por lo manifestado en los hechos de la demanda y la jurisprudencia del consejo de estado citados, y demás prestaciones sociales que según las normas legales y vigentes regulen a la entidad pública antes **Hospital de Meissen II Nivel E.S.E., Bogotá, hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** en esta materia, por el tiempo laborado por la señora **ANA LUCIA HORMIGA MARIN** al servicio de dicha entidad.

SEXTA: Condenar a las **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., antes Hospital de Meissen II Nivel E.S.E.** de Bogotá, para que las sumas a que resulte condenado a pagar a mi poderdante, le reconozca y pague las sumas necesarias por indexación para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, como lo preceptúa al artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 C.P.A.C.A.

SEPTIMA: Ordenar que la entidad pública demandada dé cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 C.P.A.C.A.

OCTAVA: Condenar a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., antes Hospital de Meissen II Nivel E.S.E.** de Bogotá, si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto de la ley 1437 de 2011, a

reconocer y pagar a favor de mi mandante los intereses comerciales, contados a partir de la ejecutoria del fallo e intereses de mora, según lo contemplado en el artículo 192 de la ley 1437 de 2011 C.P.A.C.A.

NOVENA: *Que se condene a la demandada a pagar las diferencias que resulten entre los honorarios pactados en los contratos y lo devengado por los demás empleados de planta del mismo nivel ya que existe el referente de la existencia de los cargos que desempeñó la demandante.*

DECIMA: *Que se condene a la demandada a pagar la indemnización moratoria de que trata la ley 224 de 1995, término que empezará a correr a partir de la ejecutoria del fallo mediante el cual se acceden a las suplicas de la demanda, y que corresponde a un día de salario por cada día de retardo hasta cuando se haga efectivo el pago de las mismas.*

DECIMAPRIMERA: *Que se condene en costas a la demandada de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.”*

I. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos fueron estudiados y señalados, en la audiencia inicial del 27 de mayo de 2019, como consta en acta y CD visibles a folio 215-217 y 219 del expediente, así:

1.- *La señora Ana Lucia Hormiga Marín laboró desde el 11 de mayo de 2004 y hasta el 1 de enero de 2014, mediante contratos u órdenes de servicios, en los cargos de enfermero profesional (enfermero jefe), profesional administrativo especializado y profesional administrativo en garantía en el antes Hospital de Meissen Nivel II E.S.E de Bogotá, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. (fls. 4-5)*

2.- *Sostuvo que la demandante nunca disfrutó de vacaciones y que pago los aportes a pensión, salud y riesgos profesionales, durante el tiempo que duraron los contratos de prestación de servicios, es decir, durante 9 años y 8 meses, y el pago de sus servicios se realizó mes vencido.*

3.- *El apoderado de la señora Ana Lucia Hormiga Marín, presentó petición el 11 de octubre de 2016, ante la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** (fl. 2) solicitando el pago de sus derechos laborales, y la entidad dio respuesta con el Oficio N°. OJU-E-529-2016 del 8 de diciembre de 2016, suscrito por la Subgerente Administrativa Unidad Prestadora de Servicios de Salud – Meissen, Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., negando lo solicitado por la demandante (fl.3), notificada el 30 de noviembre de 2016 (fl.7).*

II. NORMAS TRANSGREDIDAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante manifestó como normas trasgredidas:

De orden Constitucional: los artículos 1, 6, 13, 25, y 53.

De orden Legal: los artículos 2 y 7 del Decreto 2400 de 1968; artículos 2, 6, y 7 del Decreto 1950 de 1973; artículos 32 y 81 de la Ley 80 de 1993; artículos 8 y 11 del Decreto 3135 de 1968; artículos 43 y 51 del Decreto 1848 de 1969; Ley 1437 de 2011; artículos 5, 8, 16, 21, 24, 32, 34, 40, 45, 46 del Decreto 1045 de 1968, y Decreto 1919 de 2002.

En cuanto al concepto de violación el apoderado de la demandante sostuvo que el Hospital de Meissen II Nivel de Bogotá, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur

E.S.E., al no reconocer el pago de prestaciones sociales a la señora Ana Lucia Hormiga Marín, como se le pagan a un empleado de planta, vulnera las normas constitucionales y el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales, pues afirmó que la demandante prestó una actividad de carácter laboral de manera personal, permanente y subordinada en los distintos cargos.

En ese sentido, citó y transcribió normas y jurisprudencia referente al tema bajo estudio, indicando que el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973, prohíbe celebrar contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, luego como la actora laboró por 9 años y 8 meses, en el Hospital de Meissen II Nivel E.S.E., por órdenes de prestación, para el servicio de salud, desempeñando funciones y obligaciones propias de un empleo público, es evidente que no es un servicio temporal, y la forma de vinculación debió de hacerse de forma legal y reglamentaria.

Así mismo, manifestó que los contratos de prestación del servicio, por naturaleza se celebran para desarrollar actividades especializadas y altamente técnicas, y por el término estrictamente necesario, por lo tanto, agregó que a la entidad desconocer la relación laboral y el pago de prestaciones sociales e indemnizaciones vulneró los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1968, 1045 de 1978 y 1919 de 2002.

De otra parte, referente a la prescripción agregó que en aplicación a la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, como el tiempo que laboró la demandante fue desde el 11 de mayo de 2004 hasta el 1 de enero de 2014, y la solicitud del reconocimiento de prestaciones sociales se hizo el 11 de octubre de 2016, al interrumpirse el término de prescripción dentro de los 3 años siguientes a la terminación del último contrato, no opera la prescripción.

III. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., No contestó la demanda.

IV. AUDIENCIA INICIAL

El 27 de mayo de 2019, se celebró la audiencia inicial agotándose las etapas de saneamiento, excepciones previas, fijación del litigio, conciliación, y en la etapa de pruebas se decretaron las solicitadas por las partes, unas de oficio, y se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de pruebas.

V. AUDIENCIA DE PRUEBAS

El 12 de agosto de 2019, se llevó a cabo la audiencia de pruebas, donde se incorporaron las documentales allegadas, se escucharon los testimonios, y el interrogatorio de parte, requiriéndose por segunda vez a la entidad.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la demandante: presentó alegatos de conclusión, como consta a folios 319-321 del expediente, manifestando que existió entre la actora y la entidad demandada una verdadera relación laboral, así:

Presentación personal del servicio: sostuvo que dentro del expediente se probó con las documentales allegadas que los contratos u órdenes de servicios ejecutados por la señora Ana Lucía Hormiga Marín, que se prolongaron ininterrumpidamente durante 9 años y 8 meses, fue personal como se observa en el *“OBJETO DEL CONTRATO: que es contratada para ejecutar actividades Jefe de salas de cirugía, recuperación sala de partos y central de esterilización (...), actividades estas propias de un*

enfermero profesional (Enfermero Jefe), igualmente en las respectivas certificaciones expedidas por la entidad, obrantes en el plenario se establecen los cargos que cumplió como ENFERMERO JEFE y PROFESIONAL ESPECIALIZADO GARANTÍA.”

Remuneración: añadió que con ocasión a los contratos firmados por la actora, recibió unos honorarios por sus servicios, pagaderos mensualmente, pero no le reconocieron las prestaciones sociales.

Subordinación o dependencia del trabajador: señaló que teniendo en cuenta el fallo de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, se presume que hay subordinación cuando se exige el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo, y lugar, se imponen reglamentos, y la labor es inherente a la entidad, es así, que como la demandante cumplía con las funciones establecidas por el coordinador del servicio y médicos, ocupando los cargos de Enfermera Jefe y Profesional Especializado Garantía en la entidad, con funciones asistenciales y administrativas, desarrollando las actividades dentro del horario de trabajo fijado por el Hospital, como lo mencionó el señor David Leonardo Peñuela Escobar en la declaración rendida, y se evidenció en la copia del libro de entrega de turnos y el Oficio N°. OJU-E-240-2017, existió dependencia y subordinación en la prestación del servicio de la actora.

A su vez, afirmó que con la declaración del testigo se dijo que las actividades que realizaba la señora Hormiga Marín consistía en: cumplir con los protocolos que le daban los médicos jefes de cada unidad o del servicio de acuerdo con las ordenes médicas para la atención de pacientes, apoyar en la aplicación de medicamentos, y en los procesos de auditoría. Igualmente, señaló que como enfermera tenía un horario de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. días intercalados, y como auditora de 7:00 a.m. a 4:00 o 5:00 de la tarde, que el control de este horario lo realizaba el superior con una planilla firmando la entrada y salida, que para desarrollar las actividades la actora recibía instrucciones de los superiores, debía presentar un informe mensual para el pago de honorarios, tenía que pedir permiso para ausentarse del trabajo, utilizaba los equipos de la entidad, había personal de planta que cumplía las mismas funciones que la demandante, y las actividades fueron permanentes.

Por lo anterior, concluyó que con las pruebas allegadas al proceso, se puede establecer que entre la demandante y la demandada existió una verdadera relación laboral, por lo que se debe cancelar todos los emolumentos de carácter salarial y prestacional.

Posteriormente, se refirió a la prescripción citando jurisprudencia del Consejo de Estado y solicitando que las vacaciones le sean canceladas teniendo en cuenta las consideraciones señaladas para las demás prestaciones.

La apoderada de la entidad demandada: presentó alegatos de conclusión, como consta a folios 322-327 del expediente, señalando que se tengan como pruebas las siguientes:

Las documentales presentadas con la contestación de la demanda y en especial la certificación expedida por la dirección de contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, (fl. 279) indicando que no existió relación laboral, por cuanto, firmó varios contratos para desempeñar actividades como enfermera jefe, profesional administrativo especializado, profesional administrativo en garantía y auditor de servicios de salud, por necesidad del servicio.

De los testimonios, sostuvo que frente al único testimonio del señor Daniel Peñuela Escobar, quien prestó sus servicios para la entidad demandada desde el año 2008 a 2013, se evidenció que no tiene conocimiento de las actividades y de la manera en que la demandante cumplió los contratos, ya que el testigo se desempeñaba en un

área diferente, tampoco refiere los nombres de los jefes de la demandante, y se contradice pues no logró establecer la fecha exacta que se conocieron, además, referente al control de entrada y salida que llevaba el vigilante, del cual, se puede establecer que dicho control se realizaba por seguridad y no para el cumplimiento del horario, por lo tanto, afirmó que no se probó la existencia de una relación laboral, luego el vínculo entre las partes fue de carácter civil rigiéndose por la Ley 100 de 1993, pues desde el inicio de la relación contractual las partes sabían la modalidad y régimen de contratación.

Igualmente, citó y transcribió las normas aplicables y jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, agregando que para declarar la existencia de un contrato realidad, debía la parte actora demostrar la subordinación, concluyendo que la entidad siempre ha dado cumplimiento a las normas y a lo pactado en los contratos de prestación de servicios firmados, en consecuencia, solicita que se absuelva a la entidad de las pretensiones de la demanda, puesto que no existe obligación alguna pendiente por cumplir y mucho menos indemnizaciones que deban reconocerse, declarando probadas las excepciones presentadas con la contestación de la demanda, teniendo en cuenta la solución de continuidad que se presenta en los contratos, y como efecto de ello la prescripción del derecho.

El Ministerio Público: no emitió concepto.

Surtido el trámite de Ley, sin que se observe causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, el despacho procederá a decidir de fondo a través de sentencia, previas las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

Tal como quedó estipulado en la fijación del litigio, consiste en determinar si entre la señora Ana Lucía Hormiga Marín y la entidad accionada, existió una relación de naturaleza laboral desde el 11 de mayo de 2004 y hasta el 1 de enero de 2014, sin solución de continuidad, por cumplir las funciones correspondientes a los empleos de planta. Y en consecuencia determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, primas, bonificaciones, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, horas extras, recargos nocturnos, aportes a seguridad social, debidamente indexadas.

Acervo probatorio

Documentales

En el expediente obra la siguiente documentación relevante para el caso concreto:

- Derecho de petición radicado con el N°. 201603510111442 del 11 de octubre de 2016, suscrito por el abogado de la señora Ana Lucía Hormiga Marín, solicitando el pago de prestaciones sociales y demás acreencias laborales desde el 11 de mayo de 2004 hasta el 1 de enero de 2014, ante la Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., por el tiempo laborado en esta. (fl.2)
- Oficio N°. OJU-E-529-2016 del 8 de noviembre de 2016, con radicado N°. 201603510044871 del 28 de noviembre de 2016, suscrito por la Subgerente Administrativa Unidad Prestadora de Servicios de Salud – Meissen de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., dando respuesta al derecho de petición radicado por la demandante, negando lo pretendido. (fl.3)

- Certificación del 10 de enero de 2014, suscrita por el Subdirector Administrativo (E) del Hospital Meissen II Nivel E.S.E., indicando los términos de ejecución de los contratos suscritos con la señora Ana Lucía Hormiga Marín. (fls. 4-5)
- Oficio N°. OJU-E-222-2017 del 2 de febrero de 2017, con radicado N°. 201703510013700 del 6 de febrero de 2017, suscrita por la Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., anexando la constancia de notificación del Oficio N°. OJU-E-529-2016 del 8 de noviembre de 2016. (fls. 6 y 7)
- Oficio N°. OJU-E-240-2017 del 6 de febrero de 2017, con radicado N°. 201703510017501 del 15 de febrero de 2017, suscrita por la Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., dando respuesta a derecho de petición, expedición de certificaciones laborales y pagos realizados. (fls. 8-12)
- Fotocopia de contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora Ana Lucía Hormiga Marín y el Hospital Meissen II Nivel E.S.E., identificados así: N°. 112 de 2014 del 2 de enero de 2014; N°. 3624 de 2013 del 2 de diciembre de 2013; N°. 3244 de 2013 del 1 de noviembre de 2013, N°. 3511 de 2013 del 18 de noviembre de 2013; N°. 2842 de 2013 del 1 de octubre de 2013; N°. 2440 de 2013 del 2 de septiembre de 2013; N°. 2041 de 2013 del 1 de agosto de 2013; N°. 1534 de 2013 del 31 de mayo de 2013; N°. 1125 de 2013 del 30 de abril de 2013; N°. 515 de 2013 del 1 de febrero de 2013; N°. 129 de 2013 del 2 de enero de 2013; N°. A-1631 de 2012 del 3 de diciembre de 2013; N°. 1233 de 2012 del 1 de noviembre de 2012; N°. A-785 de 2012 del 1 de octubre de 2012; adición contrato N°. A-530 de 2012 del 23 de julio de 2012; adición contrato N°. A-530 de 2012 del 29 de junio de 2012; adición contrato N°. A-530 de 2012 del 31 de mayo de 2012; N°. A-530 del 7 de mayo de 2012; N°. 2-156-2012 del 2 de enero de 2012; prorrogación y adición del contrato N°. 2-864-2011 del 12 de diciembre de 2011; prorrogación y adición del contrato N°. 2-864-2011 del 29 de noviembre de 2011; prorrogación y adición del contrato N°. 2-864-2011 del 20 de octubre de 2011; prorrogación y adición del contrato N°. 2-864-2011 del 7 de septiembre de 2011; prorrogación y adición del contrato N°. 2-864-2011 del 12 de agosto de 2011; prorrogación y adición del contrato N°. 2-864-2011 del 29 de julio de 2011; N°. 2-864-2011 del 1 de julio de 2011; N°. 2-571-2011 del 1 de abril de 2011; N°. 2-101-2011 de enero de 2011; N°. 2-186-2010 de 9 de enero de 2010; prorrogación y adición del contrato N°. 2-369-2009 del 22 de diciembre de 2009; prorrogación y adición del contrato N°. 2-369-2009 del 27 de noviembre de 2009; prorrogación y adición del contrato N°. 2-369-2009 del 30 de octubre de 2009; prorrogación y adición del contrato N°. 2-369-2009 del 25 de septiembre de 2009; prorrogación y adición del contrato N°. 2-369-2009 del 1 de septiembre de 2009; prorrogación y adición del contrato N°. 2-369-2009 del 1 de julio de 2009; prorrogación y adición del contrato N°. 2-369-2009 del 30 de junio de 2009; N°. 2-369-2009 del 1 de abril de 2009; N°. 2-087-2009 del 2 de enero de 2009; adición del contrato N°. 2-458-2008 del 12 de diciembre de 2008; adición del contrato N°. 2-458-2008 del 21 de noviembre de 2008; adición del contrato N°. 2-458-2008 del 4 de noviembre de 2008; adición del contrato N°. 2-458-2008 del 21 de octubre de 2008; adición del contrato N°. 2-458-2008 del 29 de septiembre de 2008; adición del contrato N°. 2-458-2008 del 29 de agosto de 2008; N°. 2-458-2008 del 24 de junio de 2008; N°. 2-308-2008 del 1 de abril de 2008; N°. 2-011-2008 del 3 de enero de 2008; prorrogación y adición N°. 2-459-2007 del 30 de noviembre de 2007; prorrogación y adición N°. 2-459-2007 del 25 de octubre de 2007; prorrogación y adición N°. 2-459-2007 del 23 de octubre de 2007; prorrogación y adición N°. 2-459-2007 del 25 de septiembre de 2007; prorrogación y adición N°. 2-459-2007 del 16 de agosto de 2007; N°. 2-459-2007 del 29 de junio de 2007; prorrogación y adición del contrato N°. 2-281-2007 del 22 de mayo de 2007; N°. 2-144-2007 del 30 de marzo de 2007; N°. 2-145-2007 del 2 de enero de 2007; adición de contrato N°. 2-321 A-2006 del 26 de diciembre de 2006; prorrogación y adición de contrato N°. 2-321 A-2006 del 30 de noviembre de 2006; adición de contrato N°. 2-321 A-2006 del 2 de noviembre de 2006; prorrogación de contrato N°. 2-321 A-2006 del 27 de

octubre de 2006; aclaración y adición del contrato N°. 2-321 A-2006 del 25 de septiembre de 2006; adición del contrato N°. 2-321-2006 del 1 de septiembre de 2006; adición del contrato N°. 2-321-2006 del 31 de agosto de 2006; N°. 2-321-2006 del 1 de agosto de 2006; adición de contrato N°. 2-280-2006 del 28 de junio de 2006; N°. 2-280-2006 del 31 de marzo de 2006; N°. 2-116-2006 del 2 de enero de 2006; N°. 2-515-2005 del 1 de diciembre de 2005; N°. 4-528-2004 del 29 de junio de 2004; N°. 4-358-2004 del 1 de junio de 2004; adición del contrato N°. 4-335-2004 del 20 de mayo de 2004; N°. 4-335-2004 del 11 de mayo de 2004. (fls. 13-137)

- Fotocopia del acuerdo N°. 641 del 6 de abril de 2016 “Por el cual se efectúa la reorganización del sector salud de Bogotá, Distrito Capital, se modifica el acuerdo 257 de 2006 y se expiden otras disposiciones”. (fls. 138-143)
- Fotocopia de la cédula de ciudadanía N°. 52.858.754 correspondiente a la señora Ana Lucía Hormiga Marín. (fl. 149)
- Fotocopia de entregas de turnos del 14 de septiembre de 2009 al 12 de abril de 2010. (fls. 150-165)
- Fotocopia de una parte de la Resolución N°. 012 del 20 de enero de 2012 “Por la cual modifica el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del Hospital Meissen II Nivel Empresa Social del Estado.” (fls. 166-170)
- Oficio N°. OJU-E-0492-19 del 7 de febrero de 2019, radicado el 12 de febrero de 2019, suscrito por la Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., allegando hoja de vida de la señora Ana Lucía Hormiga Marín, con los contratos, adiciones y prorrogas. (fls. 208-210)
- Oficio N°. OJU-E-3114-19 del 6 de junio de 2019, radicado el 10 de junio de 2019, suscrito por la Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., allegando certificación de los pagos que se le realizaron a la demandante con ocasión a los contratos firmados con la entidad. (fls. 224-229)
- Oficio N°. OJU-E-3249-19 del 14 de junio de 2019, radicado el 18 de junio de 2019, suscrito por la Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., allegando copia de acuerdos, resoluciones o decretos que se fijaron para la planta de personal de la entidad que regía para los años 2004 a 2014, y los certificados de disponibilidad presupuestal que se requieren para la firma de los contratos de prestación de servicios. (fls. 230-263)
- Oficio N°. OJU-E-3395-19 del 21 de junio de 2019, radicado el 27 de junio de 2019, suscrito por la Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., allegando expediente administrativo en medio magnético de la demandante, certificación contractual del señor David Leonardo Peñuela Escobar y certificación manifestando que no se evidencia registro de transferencia de certificados de disponibilidad. (fls. 264-268)
- Oficio N°. OJU-E-4364-19 del 20 de agosto de 2019, radicado el de agosto de 2019, suscrito por la Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., allegando copia de los certificados de disponibilidad presupuestal, certificación de los honorarios pagados, informes mensuales, oficio indicando que no existe el empleo enfermero nivel profesional, copia de los contratos firmados. (fls. 277-312)

Contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante y el Hospital de Meissen II Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.:

- 1- N°. 4-335. Enfermero Jefe Inicio el 11 de mayo de 2004 y terminó el 30 de mayo de 2004 (fl. 279)
- 2- N°. 4-358. Enfermero Jefe Inicio el 1 de junio de 2004 y terminó el 30 de junio de 2004 (fl. 279)
- 3- N°. 4-528. Enfermero Jefe Inicio el 1 de julio de 2004 y terminó el 30 de septiembre de 2004 (fl. 279)

- 4- N°.2-515. Enfermero Jefe Inicio el 1 de diciembre de 2005 y terminó el 31 de diciembre de 2005 (fl. 279)
- 5- N°. 2-116. Enfermero Jefe Inicio el 3 de enero de 2006 y terminó el 31 de marzo de 2006 (fl. 279)
- 6- N°. 2-280. Enfermero Jefe Inicio el 1 de abril de 2006 y terminó el 31 de julio de 2006 (fl. 279)
- 7- N°. 2-321. Enfermero Jefe Inicio el 1 de agosto de 2006 y terminó el 1 de enero de 2007 (fl. 279)
- 8- N°. 2-145. Enfermero Jefe Inicio el 2 de enero de 2007 y terminó el 30 de marzo de 2007 (fl. 279)
- 9.- N°. 2-144. Enfermero Jefe Inicio el 1 de abril de 2007 y terminó el 30 de junio de 2007 (fl. 279)
- 10.-N°. 2-281. Enfermero Jefe Inicio el 1 de abril de 2007 y terminó el 30 de junio de 2007 (fl. 279)
- 11.- N°.2-459. Enfermero Jefe Inicio el 1 de julio de 2007 y terminó el 2 de enero de 2008 (fl. 279)
- 12.- N°. 2-011. Enfermero Jefe Inicio el 3 de enero de 2008 y terminó el 31 de marzo de 2008 (fl. 279)
- 13.- N°. 2-308. Enfermero Jefe Inicio el 1 de abril de 2008 y terminó el 30 de junio de 2008 (fl. 279)
- 14.- N°. 2-458. Enfermero Jefe Inicio el 1 de julio de 2008 y terminó el 1 de enero de 2009 (fl. 279)
- 15.- N°. 2-087. Enfermero Jefe Inicio el 2 de enero de 2009 y terminó el 31 de marzo de 2009 (fl. 279)
- 16.- N°. 2-369. Enfermero Jefe Inicio el 1 de abril de 2009 y terminó el 3 de enero de 2010 (fl. 279)
- 17.- N°. 2-186. Enfermero Jefe Inicio el 4 de enero de 2010 y terminó el 3 de enero de 2011 (fl. 279)
- 18.- N°. 2-101. Enfermero Jefe Inicio el 4 de enero de 2011 y terminó el 31 de marzo de 2011 (fl. 279)
- 19.- N°. 2-571. Enfermero Jefe Inicio el 1 de abril de 2011 y terminó el 30 de junio de 2011 (fl. 279)
- 20.- N°. 2-864. Enfermero Jefe Inicio el 1 de julio de 2011 y terminó el 3 de enero de 2012 (fl. 279)
- 21.- N°. 2-156. Enfermero Jefe Inicio el 4 de enero de 2012 y terminó el 30 de abril de 2012 (fl. 279)
- 22.- N°. A-530. Enfermero Jefe Inicio el 7 de mayo de 2012 y terminó el 30 de septiembre de 2012 (fl. 279)
- 23.- N°. A-785. Profesional Administrativo Especializado Inicio el 1 de octubre de 2012 y terminó el 31 de octubre de 2012 (fl. 279)
- 24.- N°. 1233. Profesional Especializado Garantía Inicio el 1 de noviembre de 2012 y terminó el 30 de noviembre de 2012 (fl. 279)
- 25.- N°. A-1631. Profesional Especializado Garantía Inicio el 3 de diciembre de 2012 y terminó el 31 de diciembre de 2012 (fl. 279)
- 26.- N°. 129. Profesional Especializado Garantía Inicio el 16 de enero de 2013 y terminó el 31 de enero de 2013 (fl. 279)
- 27.- N°. 515. Profesional Especializado Garantía Inicio el 1 de febrero de 2013 y terminó el 30 de abril de 2013 (fl. 279)
- 28.- N°. 1125. Profesional Especializado Garantía Inicio el 1 de mayo de 2013 y terminó el 31 de mayo de 2013 (fl. 279 vto.)
- 29.- N°. 1534. Profesional Especializado Garantía Inicio el 1 de junio de 2013 y terminó el 31 de julio de 2013 (fl. 279 vto.)
- 30.- N°. 2041. Profesional Especializado Garantía Inicio el 1 de agosto de 2013 y terminó el 1 de septiembre de 2013 (fl. 279 vto.)
- 31.- N°. 2040. Profesional Especializado Garantía Inicio el 2 de septiembre de 2013 y terminó el 30 de septiembre de 2013 (fl. 279 vto.)

- 32.- N°. 2842. Profesional Especializado Garantía Inicio el 1 de octubre de 2013 y terminó el 31 de octubre de 2013 (fl. 279 vto.)
- 33.- N°. 3244. Profesional Especializado Garantía Inicio el 1 de noviembre de 2013 y terminó el 15 de noviembre de 2013 (fl. 279 vto.)
- 34.- N°. 3511. Profesional Especializado Garantía Inicio el 18 de noviembre de 2013 y terminó el 30 de noviembre de 2013 (fl. 279 vto.)
- 35.- N°. 3624. Profesional Universitario Inicio el 2 de diciembre de 2013 y terminó el 1 de enero de 2014 (fl. 279 vto.)
- 36.- N°. 112. Profesional Universitario Inicio el 2 de enero de 2014 y terminó el 31 de enero de 2014 (fl. 279 vto.)
- 37.- N°. 1178. Auditor de Servicios de Salud Inicio el 2 de enero de 2014 y terminó el 31 de enero de 2014 (fl. 279 vto.)
- 38.- N°. 1356. Auditor de Servicios de Salud Inicio el 17 de mayo de 2014 y terminó el 30 de septiembre de 2014 (fl. 279 vto.)
- 39.- N°. 1613. Auditor de Servicios de Salud Inicio el 1 de octubre de 2014 y terminó el 28 de febrero de 2015 (fl. 279 vto.)
- 40.- N°. 208. Auditor de Servicios de Salud Inicio el 1 de marzo de 2015 y terminó el 31 de mayo de 2015 (fl. 279 vto.)
- 41.- N°. 1252. Auditor de Servicios de Salud Inicio el 1 de junio de 2015 y terminó el 30 de junio de 2015 (fl. 279 vto.)

Testimoniales

David Leonardo Peñuela Escobar, identificado con la cédula de ciudadanía N°. 79.529.712, rindió testimonio, minuto 25:23 hasta el minuto 52:48, indicó:

- Que conoció a la señora Ana Lucía Hormiga en el Hospital de Meissen, pues trabajo en el mes de marzo de 2008 hasta finalizar noviembre de 2013, trabajando en la oficina de planeación; señalando que la demandante estuvo un tiempo como enfermera jefe y después paso a ser auditora médica.
- Manifestó que se vincularon mediante contrato de prestación de servicios, pero cumplían un horario, pues les hacían firmar unas planillas en la entrada del edificio, donde el señor vigilante les hacía llenar una planilla de salida y de entrada, y en el caso de la actora había turnos, cuando estaba de enfermera jefe, y firmaba la entrada y salida del turno.
- Que como la demandante fue auditora médica hacían en conjunto los trabajos administrativos, y las oficinas eran pegadas, y debido a su trabajo tenía contacto con todas las áreas de gestión del Hospital.
- Referente a que actividades desarrollaba la demandante como enfermera jefe, y como auditora contestó: *“Como enfermera jefe las actividades propias de su profesión, y era pues cumplir digamos con los protocolos que les daba los médicos o el subgerente científico para la atención a los pacientes, entonces básicamente esa era la labor, apoyando en la aplicación de medicamentos, y todos los protocolos (...) y como auditora tuve la posibilidad de trabajar con ella acompañándola en varios procesos, porque ella trabaja en la oficina de garantías de la calidad, (...) y yo estaba en la oficina de planeación, y las oficinas de planeación de casi todas las entidades manejan todo el Sistema de Gestión de Calidad, entonces teníamos que trabajar en conjunto, porque pues, yo soy ingeniero, pero hay cosas de medicina que obviamente no conozco, entonces nos apoyamos en los procesos de auditoria con la parte asistencial de los auditores médicos”*
- Que desde la oficina de planeación se maneja todos los procedimientos y procesos de la entidad, entonces era muy sencillo saber que tenía que hacer la actora como enfermera, y de acuerdo también a unos protocolos que manejaban en la oficina.
- Que los horarios como enfermera, se tenían unos turnos de 7:00 de la mañana a 7:00 de la noche, y era intercalados entre días, y como auditora si tenían el mismo horario, entrando a las 7:00 de la mañana a 4:00 o 5:00 de la tarde más o menos.
- Quienes establecían el horario eran los superiores.

- Que tenían un control a la entrada y salida, el vigilante llevaba un libro.
- Que la señora Ana Lucía recibía instrucciones de jefes de planta y ordenes de superiores.
- Que como tenía que hacer auditorias de calidad y levantar indicadores de gestión para alimentar el tablero de gestión, para enviar los informes, sabía que actividades desarrollaba la actora, pues hay unos procesos y procedimientos que se manejan desde la oficina de planeación, con el tema de calidad sabía que se tenía que cumplir con los procesos.
- Que tocaba pedir permiso bien sea verbal, pues los contratos se hacían mes a mes y se activaban automáticamente, y si no se cumplía el horario o una actividad, pues podía no seguir ahí.
- Que como era una Empresa Social del estado no se podía faltar al trabajo, a menos que se avisara y presentara solicitud de permiso, bien sea verbal o escrito, porque son las 24 horas funcionando y no se podía faltar.
- Que utilizaba en su labor la señora Hormiga Marín, todos los equipos suministrados por el Hospital de Meissen.
- Que había gente de planta ejecutando las mismas labores que la señora Ana Lucía.
- Que no era autónoma la señora Ana Lucía para realizar las actividades que debía ejecutar, pues tenía un supervisor que le indicaba los protocolos, y dichas labores eran permanentes pues tenían que ver con la atención al usuario.
- Que la actora debía realizar informes mensuales para pasar la cuenta de cobro.
- Que a todos los contratistas les tocaba pagar los parafiscales.
- Que no recuerda el nombre de los jefes de la señora Ana Lucía Hormiga Marín.

VIII. NORMAS Y JURISPRUDENCIA

Inicialmente el despacho debe señalar que, el artículo 5 de la Ley 909 de 2004 de acuerdo con la Constitución Política, precisa que las personas que se vinculan de manera laboral con el Estado, lo hacen a través de una relación legal y reglamentaria como ocurre, en: empleos de carrera administrativa, libre nombramiento y remoción, provisionales y periodo fijo, siendo llamados empleados públicos. De otra parte, existe otro tipo de relación laboral que se realiza mediante contratos de trabajo, siendo estos trabajadores oficiales. Finalmente, existe el vínculo derivado de la relación contractual con la administración, que se realiza a través de contratos u órdenes de prestación de servicios.

Visto este panorama, para determinar cuál de las relaciones con el Estado se presentan el caso estudiado, es preciso estudiar los siguientes aspectos, así:

1. Contrato de Prestación de Servicios

En lo referente a los contratos de prestación de servicios el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, precisa:

ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

...

3o. Contrato de Prestación de Servicios. <Apartes subrayados **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES**> 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.

2. Contrato Laboral

Los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señalan la definición del contrato de trabajo y sus elementos esenciales, veamos:

ARTICULO 22. DEFINICION

1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, {empleador}, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.

ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos **tres** elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle 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 contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez **reunidos los tres elementos** de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. Negrilla fuera de texto

De los anteriores elementos, es necesario precisar que la diferencia entre contrato de prestación de servicios y contrato laboral, es la existencia de **tres elementos: prestación personal del servicio, continuada subordinación laboral y remuneración como contraprestación de este.**

Atendiendo lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997, estableció diferencias, 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.

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.³

³ Resaltado por el Despacho.

Por consiguiente, quien celebra un contrato de prestación de servicios, tiene la condición de contratista independiente, sin derecho a prestaciones sociales, por su parte, quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas.

Es así como, el contrato de prestación de servicios desaparece cuando se demuestra subordinación o dependencia respecto del empleador, dando paso a la configuración del derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, de conformidad con el principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.

En desarrollo de lo anterior, la Corte Constitucional⁴ precisó que la administración no puede considerar que los contratos de prestación de servicios son para desempeñar funciones de carácter permanente, por esto indicó:

(...) la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”; (ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”; (iii) al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”; (iv) al criterio de excepcionalidad, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”; y (v) al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.

De otra parte, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - mediante sentencia del 19 de febrero de dos mil 2009⁵, sobre este punto precisó:

...
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 conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado. A Juicio de la Sala, la labor desarrollada por la actora durante varios años, advierte la necesidad de sus servicios y la vulneración del artículo 53 de la Constitución que establece una “estabilidad en el empleo”, que jamás pudo ostentar en igualdad de condiciones a los empleados públicos del establecimiento demandado, configurándose la existencia del contrato realidad, pues se dieron los tres

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-171 del 7 de marzo de 2012.

⁵ Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05)

elementos que tipifican la relación laboral como son la subordinación, el salario como retribución y la actividad personal del funcionario.

...⁶

Es importante destacar que, la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que conlleva a que el contratista se someta a las condiciones que se requieran para el proceso eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

Ahora bien, para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público, y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

En ese camino, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han sido claros al precisar que, para que se configure la relación laboral en el contrato de prestación de servicios, se requiere demostrar los tres elementos arriba citados: *i)* prestación personal del servicio, *ii)* continua subordinación y dependencia laboral y *iii)* remuneración, una vez probada la relación laboral, se tiene derecho al pago de las prestaciones sociales por el tiempo laborado, atendiendo así al principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, contenido en el artículo 53 de la Constitución Política.

3. Interrupción del Contrato

En lo relacionado al reconocimiento de las prestaciones sociales sin solución de continuidad, cuando se presentan interrupciones entre los contratos, el Consejo de Estado mediante sentencia del 4 de mayo de 2017⁷, precisó:

...

*Así las cosas, **la línea jurisprudencial** en materia de la aplicación de la primacía de la realidad sobre las formas, en los que se debate la existencia de una relación laboral regida en principio bajo la modalidad de contratos de prestación de servicio, no se ha encargado de definir o precisar el término que se debe tener en cuenta para determinar la pérdida de la solución de continuidad, en aquellos contratos de prestación de servicios que se pactan en forma continua y por un tiempo determinado, pero que presentan interrupción en la celebración de uno y otro.*

*En ese orden, **ha considerado la jurisprudencia para algunos casos que, en los eventos donde se presentan interrupciones contractuales en virtud del cual, queda cesante el contratista, habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones sociales sin solución de continuidad siempre y cuando entre la terminación de una orden de servicio y el inicio de la siguiente haya transcurrido un término razonable, sin definir de manera concreta límite temporal alguno.***

...⁸ *Negrillas fuera del texto*

Es decir, no resulta relevante que se presenten interrupciones entre los diferentes contratos, siempre y cuando estas sean razonables, de tal forma que pueda inferirse que existe continuidad en la prestación.

⁶ Resaltado por el Despacho.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda-Subsección B - Radicación número: 08001-23-31-000-2007-00062-01(1736-15).

⁸ Resaltado por el Despacho

4. Hospital Meissen II Nivel E.S.E.

El Hospital Meissen II Nivel E.S.E., fue creado mediante el Acuerdo 20 de 1990, “*Por el cual se organiza el Sistema Distrital de Salud de Bogotá*”, y modificado por el Acuerdo 17 de 1997, “*Por el cual se transforman los Establecimientos Públicos Distritales Prestadores de Servicios de Salud como Empresa Social del Estado*”, en sus artículos 5 y 31 enuncia las funciones de las Empresas Sociales del Estado. Al respecto, el Artículo 5 señala que “*el objeto de la Empresa Social del Estado será la prestación de servicios de salud, entendidos como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud. En consecuencia, en desarrollo de este objeto, adelantará acciones y servicios de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación de la salud, los cuales deberá dirigir prioritariamente a la población pobre y vulnerable, independiente de sí esté afiliada o no al Régimen Subsidiado de la Seguridad Social*”.

A su turno, el artículo 31 de la citada norma, establece que “*Los Establecimientos Públicos que se transforman por el presente Acuerdo en Empresas Sociales del Estado y que venían prestando las funciones de inspección y vigilancia a los factores de riesgo, del ambiente y del consumo, de acuerdo con la competencia que señala la Ley, continuarán prestando estas funciones. La Secretaría Distrital de Salud contratará con las Empresas Sociales del Estado la prestación de dicho servicio*”.

En ese entendido, el Consejo de Estado⁹ ha precisado:

«(...) Su objeto es dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en salud en el Departamento de Arauca, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia (art. 3º) y sus funciones se encuentran detalladas en el art. 13º ibidem y en esencia son las siguientes: (i) La dirección del sector salud en el ámbito departamental, (ii) gestionar la prestación de los servicios de salud, (iii) adoptar, difundir, implantar y ejecutar la política de salud pública formulada por la Nación y (iv) ejercer en su jurisdicción la vigilancia y el control del aseguramiento en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y en los regímenes de excepción definidos en la Ley 100 de 1993.

De lo anterior, se puede establecer que las funciones desarrolladas por la demandante en calidad de contratista, son inherentes al objeto de la UAE de Salud de Arauca, toda vez que la asistencia técnica y seguimiento para evaluar la gestión operativa y funcional del plan de salud de las entidades territoriales del Departamento de Arauca, sin duda contribuye al desarrollo de los objetivos y funciones del ente demandado, cual es la dirección del sector salud en el ámbito Departamental. Igualmente se trata de funciones permanentes pues al ser inherentes al objeto de la entidad, requieren continuidad y permanencia en su desarrollo.

(...)

Como se advierte, las funciones asignadas a la demandante no son transitorias como se afirma en el texto del contrato, pues claramente se trata de funciones inherentes al objeto de la entidad que requieren una continuidad y permanencia para el desarrollo de los fines sociales de la UAE de Salud de Arauca.

⁹ CONSEJO DE ESTADO - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D.C., cuatro (04) de febrero de 2016. Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14).

De otra parte, no se encuentra probado que dichas funciones no podían llevarse a cabo con personal de la planta de cargos, por el contrario, el acto de creación de la entidad (Decreto 333 de 18 de Julio de 2005) permite establecer que dentro de las funciones de la entidad se encontraban las funciones contratadas con la demandante, razón por la cual, era deber de la entidad crear los empleos necesarios en su planta de personal para atender las funciones encomendadas en el acto de creación, y no acudir a la contratación de servicios para asegurar el cumplimiento de las funciones que le son inherentes, toda vez que dicho instrumento no puede ser utilizado para encubrir verdaderas relaciones laborales con la administración y eludir los derechos y garantías laborales previstas a favor de los empleados públicos.

(...)

*Como se indicó, la demandante ejerció **funciones inherentes a la entidad**, como lo es la asistencia técnica y seguimiento para evaluar los planes de salud de las entidades territoriales del Departamento de Arauca, por un espacio de tiempo superior a 42 meses comprendidos entre el 02 de abril de 2007 y el 31 de diciembre de 2011, por lo tanto, es evidente que se trata del cumplimiento, en forma permanente, de funciones propias de la entidad que como tal, **no podían ser ejercidas de manera autónoma e independiente por la contratista, sino que debían cumplirse con sujeción a los precisos términos indicados por la administración**, bajo los parámetros, planes, programas y proyectos establecidos para el desarrollo del sector salud, atendiendo las actividades que por escrito le eran asignadas por el líder de proyecto de gestión del PSPIC, cumpliendo los horarios establecidos por la entidad, y utilizando para el desarrollo de las mismas, los bienes y elementos suministrados por la Unidad.*

*Para la Sala es claro que **las actividades encomendadas no eran ocasionales, accidentales o transitorias**, ya que los servicios de asistencia técnica, coordinación, elaboración de informes, revisión presupuestal, coordinación y elaboración de planes operativos y proyectos, promoción del liderazgo de las entidades territoriales, inducción de personal, seguimiento al cumplimiento de metas del POA, entre otras, contratadas por la entidad, **contradicen el carácter temporal propio de este tipo de acuerdo**. Debe recordarse que la modalidad contractual de prestación de servicios se encuentra justificada como un instrumento temporal y excepcional, para atender funciones ocasionales y no funciones permanentes o propias de la entidad, o que siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados. En el presente caso, **las actividades desarrolladas son permanentes e inherentes a la dirección del sector salud en el ámbito departamental a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, en ese orden, corresponden al giro ordinario de la entidad.***

En el proceso no se acreditó la existencia de cargos similares dentro de la planta de personal de la entidad para el desarrollo de las actividades contratadas, sin embargo, dicha situación no exonera de responsabilidad a la entidad demandada toda vez que por tratarse de actividades inherentes al objeto de la entidad que debían ser desarrolladas de forma permanente y subordinada, no podían ser contratadas con terceros, al tenor del artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 que prohíbe la contratación de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, caso en el cual debieron crearse los empleos correspondientes para atender con personal de planta las funciones propias y permanentes de la entidad, toda vez que las actividades contratadas son inherentes al objeto de la entidad y por tal razón, debieron ser atendidas en forma permanente y con

personal de planta con el fin de asegurar los fines y cometidos de la entidad, y acudir a la celebración de contratos de prestación de servicios como ocurrió.

(...)

En consecuencia, la regla general es que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos y no a través de la contratación de servicios con terceros, pues aunque se trata de una modalidad legalmente válida, puede resultar inconstitucional su uso indebido, como cuando se emplea con la finalidad de disfrazar una verdadera relación de trabajo.

Sobre lo que debe entenderse como función permanente, la Corte Constitucional ha acudido a los siguientes criterios de identificación: **“(i) criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”;** **(ii) criterio de igualdad, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”;** **(iii) al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”;** **(iv) al criterio de excepcionalidad, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”;** y **(v) al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral”».**
Negritas fuera del texto

Caso Concreto

En el caso bajo estudio, es preciso entrar a analizar cada uno de los elementos que configuran la relación laboral, así:

1. Prestación Personal del Servicio

La demandante prestó sus servicios en el Hospital Meissen II Nivel E.S.E Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., en cumplimiento de diferentes contratos de prestación de servicios, desempeñando sus funciones desde el 11 de mayo de 2004 hasta el 30 de junio de 2015, sin embargo, se estudiará solamente el periodo demandado por la señora Ana Lucía Hormiga Marín, esto es, desde el 11 de mayo de 2004 hasta el 1 de enero de 2014, en donde los objetos contractuales fueron referentes a los cargos de: enfermero jefe, profesional administrativo especializado, y profesional especializado garantía.

Lo cual, es verificado con las órdenes de prestación de servicios, visibles a folios 13 a 137, en CD folios 263 y 280, y la certificación allegada (fl. 279), así:

CONTRATO Nº.	DESDE	HASTA	OBJETO
4-335	11 de mayo de 2004	30 de mayo de 2004	Enfermero Jefe

4-358	1 de junio de 2004	30 de junio de 2004	Enfermero Jefe
4-528	1 de julio de 2004	30 de septiembre de 2004	Enfermero Jefe
2-515	1 de diciembre de 2005	31 de diciembre de 2005	Enfermero Jefe
2-116	3 de enero de 2006	31 de marzo de 2006	Enfermero Jefe
2-280	1 de abril de 2006	31 de julio de 2006	Enfermero Jefe
2-321	1 de agosto de 2006	1 de enero de 2007	Enfermero Jefe
2-145	2 de enero de 2007	30 de marzo de 2007	Enfermero Jefe
2-144	1 de abril de 2007	30 de junio de 2007	Enfermero Jefe
2-281	1 de abril de 2007	30 de junio de 2007	Enfermero Jefe
2-459	1 de julio de 2007	2 de enero de 2008	Enfermero Jefe
2-308	1 de abril de 2008	30 de junio de 2008	Enfermero Jefe
2-458	1 de julio de 2008	1 de enero de 2009	Enfermero Jefe
2-087	2 de enero de 2009	31 de marzo de 2009	Enfermero Jefe
2-369	1 de abril de 2009	3 de enero de 2010	Enfermero Jefe
2-186	4 de enero de 2010	3 de enero de 2011	Enfermero Jefe
2-101	4 de enero de 2011	31 de marzo de 2011	Enfermero Jefe
2-571	1 de abril de 2011	30 de junio de 2011	Enfermero Jefe
2-864	1 de julio de 2011	3 de enero de 2012	Enfermero Jefe
2-156	4 de enero de 2012	30 de abril de 2012	Enfermero Jefe
A-530	7 de mayo de 2012	30 de septiembre de 2012	Enfermero Jefe
A-785	1 de octubre de 2012	31 de octubre de 2012	Profesional Administrativo Especializado
1233	1 de noviembre de 2012	30 de noviembre de 2012	Profesional Especializado Garantía
A-1631	3 de diciembre de 2012	31 de diciembre de 2012	Profesional Especializado Garantía
129	16 de enero de 2013	31 de enero de 2013	Profesional Especializado Garantía
515	1 de febrero de 2013	30 de abril de 2013	Profesional Especializado Garantía
1125	1 de mayo de 2013	31 de mayo de 2013	Profesional Especializado Garantía
1534	1 de junio de 2013	31 de julio de 2013	Profesional Especializado Garantía
2041	1 de agosto de 2013	1 de septiembre de 2013	Profesional Especializado Garantía
2040	2 de septiembre de 2013	30 de septiembre de 2013	Profesional Especializado Garantía
2842	1 de octubre de 2013	31 de octubre de 2013	Profesional Especializado Garantía
3244	1 de noviembre de 2013	15 de noviembre de 2013	Profesional Especializado Garantía

3511	18 de noviembre de 2013	30 de noviembre de 2013	Profesional Especializado Garantía
3624	2 de diciembre de 2013	1 de enero de 2014	Profesional Universitario

Revisado lo anterior, se evidenció que la entidad contrató de manera directa a la demandante, pues sus labores fueron desarrolladas permanentemente, sin embargo, se presentó interrupciones desde el 11 de mayo de 2004 al 30 de septiembre de 2004, no obstante, desde el 1 de diciembre 2005 al 1 de enero de 2014 si bien presentó interrupciones, estas no tuvieron mayor duración, es decir, es indiscutible que la prestación de sus servicios al Hospital Meissen II Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud E.S.E., fue personal y no tuvo para el anterior tiempo solución de continuidad.

Ahora bien, de los contratos de prestación de servicios firmados por la señora Ana Lucía Hormiga Marín, se estableció que se hacía necesario que prestara sus servicios profesionales de manera personal a los intereses de la entidad hoy demandada, como se indicó en cada objeto contractual, así:

Contrato de Prestación de Servicios N°. 2-515 del 1 de diciembre de 2005

“OBJETO: En el desarrollo del presente contrato el CONTRATISTA se compromete para con el HOSPITAL a realizar las siguientes actividades: 1. Actividades Jefe Salas de Cirugía, Recuperación, Sala de Partos y Central Esterilización: 2. Establecer medidas de control de infecciones para casos de cirugía infectadas o contaminadas 3. Evaluar el Programa de Cirugías, Reportar número y tipo de cirugías diarias y mensualmente a la subdirección de (sic) servicios quirúrgicos. 4. Planear, coordinar, dirigir, supervisar, evaluar las normas relacionadas con la prevención y control de infecciones nosocomiales. (...) 37. Realizar las demás actividades acordes con la naturaleza del objeto del contrato.”

Contrato de Prestación de Servicios N°. 2-459 del 29 de junio de 2007

“OBJETO: En el desarrollo del presente contrato el CONTRATISTA se compromete para con el HOSPITAL a realizar las siguientes actividades: 1. Actividades Jefe Salas de Cirugía, Recuperación, Sala de Partos y Central Esterilización: 2. Establecer medidas de control de infecciones para casos de cirugía infectadas o contaminadas 3. Evaluar el Programa de Cirugías, Reportar número y tipo de cirugías diarias y mensualmente a la subdirección de (sic) servicios quirúrgicos. 4. Planear, coordinar, dirigir, supervisar, evaluar las normas relacionadas con la prevención y control de infecciones nosocomiales. (...)”

Contrato de Prestación de Servicios N°. 2-369 del 1 de abril de 2009

“OBJETO: En el desarrollo del presente contrato el CONTRATISTA se compromete para con el HOSPITAL a realizar las siguientes actividades: 1. Actividades Jefe Salas de Cirugía, Recuperación, Sala de Partos y Central Esterilización: 2. Establecer medidas de control de infecciones para casos de cirugía infectadas o contaminadas 3. Evaluar el Programa de Cirugías, Reportar número y tipo de cirugías diarias y mensualmente a la subdirección de (sic) servicios quirúrgicos. 4. Planear, coordinar, dirigir, supervisar, evaluar las normas relacionadas con la prevención y control de infecciones nosocomiales. (...)”

Contrato de Prestación de Servicios N°. 2-864 del 1 de julio de 2011

“OBJETO: En el desarrollo del presente contrato el CONTRATISTA se compromete para con el HOSPITAL a realizar las siguientes actividades: 1. Actividades Jefe Salas de Cirugía, Recuperación, Sala de Partos y Central Esterilización: 2. Establecer medidas de control de infecciones para casos de cirugía infectadas o contaminadas 3. Evaluar el Programa de Cirugías, Reportar número y tipo de cirugías diarias y mensualmente a la subdirección de (sic) servicios quirúrgicos. 4. Planear, coordinar, dirigir, supervisar, evaluar las normas relacionadas con la prevención y control de infecciones nosocomiales. (...).”

Contrato de Prestación de Servicios N°. A-785 del 1 de octubre de 2012

“OBJETO: EL CONTRATISTA se compromete para con EL HOSPITAL a: Prestar servicios de apoyo al Hospital Meissen II Nivel Empresa Social del Estado, en la ejecución de actividades como Profesional Administrativo Especializado, de acuerdo con las normas, lineamientos y procedimientos establecidos por la ESE. Comprometerse a aprender, comprender, apreciar e identificarse con la naturaleza, características requisitos y fundamentos de las actividades asignadas en razón del contrato suscrito (...).”

Contrato de Prestación de Servicios N°. 1233 del 1 de noviembre de 2012

“OBJETO: EL CONTRATISTA se compromete para con EL HOSPITAL a prestar sus servicios como PROFESIONAL ESPECIALIZADO GARANTÍA con oportunidad y eficacia. SEGUNDA – ACTIVIDADES: EL CONTRATISTA obliga a cumplir con las siguientes actividades: 1. Realizar la evaluación y seguimiento de las guías y/o protocolos de manejo para las diferentes patologías que se presenten en el hospital. 2. Elaborar los informes requeridos de acuerdo con los lineamientos impartidos. 3. Participar en la actualización de procesos y procedimientos del Hospital de acuerdo con la normatividad vigente. 4. Diseñar, implementar y realizar seguimiento de indicadores que permitan medir la gestión del servicio de enfermería del hospital. 5. Recomendar acciones de mejora para fortalecer la oportunidad y calidad del servicio de enfermería 6. Las demás que se requieran para el cumplimiento del objeto contractual (...).”

Contrato de Prestación de Servicios N°. 1125 de 30 de abril de 2013

“OBJETO: EL CONTRATISTA se compromete para con EL HOSPITAL a Prestar servicios de apoyo y soporte al Hospital Meissen II Nivel Empresa Social del Estado, en la ejecución de actividades como Profesional Especializado en garantía, de acuerdo con las normas, lineamientos y procedimientos establecidos por la ESE. Con oportunidad y eficiencia. SEGUNDA – ACTIVIDADES: EL CONTRATISTA obliga a cumplir con las siguientes actividades: 1. Realizar auditorías para verificar el cumplimiento de los componentes del Sistema Obligatorio de Garantías de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, referente a las condiciones que deben cumplir los Prestadores de Servicios en Salud para habilitar sus servicios, de acuerdo a la normatividad vigente. 2. Realizar auditorías que garanticen el cumplimiento de los componentes del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, referente a las condiciones que deben cumplir los Prestadores del Servicio de Salud para acreditar sus servicios, de acuerdo a la normatividad vigente. 3. Participar en la implementación del programa de auditoría para el mejoramiento de la calidad de la atención en salud “PAMEC” basado en la normatividad vigente. 4. Realizar el seguimiento y evaluación de la gestión de la calidad con base en la detección de riesgos que amenazan la vida o la salud de los usuarios, de acuerdo con lo estipulado en la normatividad vigente, mediante los indicadores de monitoría del Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad. (...).”

Entonces, pese a que existieron varios objetos contractuales, de la lectura de los mismos, se puede establecer que efectivamente la demandante, desarrollaba dichas actividades dentro de la entidad, luego tenía que asistir al Hospital, siendo necesario la utilización de equipos, computadores y programas suministrados por la demandada.

2. Subordinación

El Despacho entró a verificar los diferentes aspectos que rodearon el desarrollo del trabajo de la demandante, con el objetivo de determinar si existió subordinación, para lo cual, estudio el siguiente material:

- En la Resolución N°. 039 de 2000 *“Por la cual se adopta el Manual específico de Funciones y Requisitos de los diferentes empleos de planta de personal del Hospital Meissen II Nivel Empresa Social del Estado”*, se encuentra el empleo de Enfermero, código 365, grado 19. En la Resolución N°. 121 del 14 de septiembre de 2005 *“Por el cual se ajusta el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la planta de personal del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL E.S.E. a lo establecido en el Decreto Ley 785 de 2005”*, se encuentra el empleo de Enfermero, código 243, grado 19 indicando que existe el cargo de enfermera sala de cirugía, recuperación y sala de partos, cuyo propósito es liderar los procesos de administración del servicio de enfermería estableciendo los planes de cuidado de enfermería específicos para cada paciente y brindando asistencia al individuo, familia y comunidad, al igual que las Resoluciones N°. 024 de 2006, N°. 002 de 2007, N°. 102 de 2008, N°. 144 de 2010, y N°. 012 de 2012.

- Hojas de entrega de turno de los años 2009 y 2010, donde se encuentra el sello de la demandante.

A las anteriores documentales, se sumó la valoración conjunta con el testimonio del señor David Leonardo Peñuela Escobar (CD folio 276), de los cuales se estableció:

- Que conoció a la señora Ana Lucía Hormiga en el Hospital de Meissen, pues trabajó en el mes de marzo de 2008 hasta finalizar noviembre de 2013, trabajando en la oficina de planeación; señalando que la demandante estuvo un tiempo como enfermera jefe y después pasó a ser auditora médica.

- Manifestó que se vincularon mediante contrato de prestación de servicios, pero cumplían un horario, pues les hacían firmar unas planillas en la entrada del edificio, donde el señor vigilante les hacía llenar una planilla de salida y de entrada, y en el caso de la actora había turnos, cuando estaba de enfermera jefe, y firmaba la entrada y salida del turno.

- Referente a que actividades desarrollaba la demandante como enfermera jefe, y como auditora contestó: *“Como enfermera jefe las actividades propias de su profesión, y era pues cumplir digamos con los protocolos que les daba los médicos o el subgerente científico para la atención a los pacientes, entonces básicamente esa era la labor, apoyando en la aplicación de medicamentos, y todos los protocolos (...) y como auditora tuve la posibilidad de trabajar con ella acompañándola en varios procesos, porque ella trabaja en la oficina de garantías de la calidad, (...) y yo estaba en la oficina de planeación, y las oficinas de planeación de casi todas las entidades manejan todo el Sistema de Gestión de Calidad, entonces teníamos que trabajar en conjunto, porque pues, yo soy ingeniero, pero hay cosas de medicina que obviamente no conozco, entonces nos apoyamos en los procesos de auditoría con la parte asistencial de los auditores médicos”*

- Que los horarios como enfermera, se tenían unos turnos de 7:00 de la mañana a 7:00 de la noche, y era intercalados entre días, y como auditora si tenían el mismo horario, entrando a las 7:00 de la mañana a 4:00 o 5:00 de la tarde más o menos.

- Que la señora Ana Lucía recibía instrucciones de jefes de planta y ordenes de superiores.
- Que como era una Empresa Social del Estado no se podía faltar al trabajo, a menos que se avisara y presentara solicitud de permiso, bien sea verbal o escrito, porque son las 24 horas funcionando y no se podía faltar.
- Que utilizaba en su labor la señora Hormiga Marín, todos los equipos suministrados por el Hospital de Meissen.
- Que había gente de planta ejecutando las mismas labores que la señora Ana Lucía.
- Que no era autónoma la señora Ana Lucía para realizar las actividades que debía ejecutar, pues tenía un supervisor que le indicaba los protocolos, y dichas labores eran permanentes pues tenían que ver con la atención al usuario.

La declaración fue rendida por una persona que se caracterizó por ser coherente, espontánea y por exponer en detalle las razones de sus dichos. En consecuencia, merecen credibilidad. Además el testimonio no fue tachado de conformidad con el artículo 211 del CGP.

Ahora bien, en gracia de discusión, que se hubiera realizado tacha por haber presentado la testimonial, demanda en igual sentido, este despacho debe señalar que no considera que dicha circunstancia, constituya fundamento de la tacha, por cuanto las declaraciones se limitaron a señalar, aspectos que conocen y les consta, de otra persona que laboró en la misma época que el accionante.

Ahora bien, en relación con el elemento de la subordinación o dependencia, se advierte que, la actora cumplía con un programa de actividades mensuales dentro de un horario de trabajo establecido por la entidad demandada y atendiendo órdenes de superiores. Además, del testimonio rendido se establece que, si la accionante se ausentaba debía mediar autorización de los Jefes Inmediatos, quienes a su vez designaban los horarios, las labores, las personas a cargo en la sala de cirugía y en la oficina de auditoría médica. Por lo tanto, es evidente la falta de autonomía y libertad para desarrollar sus funciones, las cuales por demás, no podían ser ejercidas de otra forma dada la naturaleza misma de las labores a su cargo.

Adicionalmente, se acreditó mediante los manuales de funciones que los cargos de Jefe de Enfermería, profesional universitario y profesional administrativo en garantía, existía en la planta de personal del Hospital de Meissen II y que estos cargos tiene como superior jerárquico a quien ejercía la supervisión directa de la labor desarrollada.

Por lo anterior, se determinó que la demandante realizaba prestación directa de su labor, en una actividad propia de la entidad, como es Jefe de Enfermeras, Profesional Universitario, y Profesional Especializado Garantía, siguiendo órdenes de la demandada, cumpliendo con sus tareas, donde dichas labores no requerían conocimientos técnicos o científicos específicos, y sus actividades correspondían en principio a labores propias de la naturaleza de la entidad demandada, como es la prestación de servicios de salud, al Hospital Meissen II Nivel E.S.E., y posteriormente atendiendo la obligación de contribuir a la implementación del Sistema Integrado de Gestión de Calidad, en los procesos misionales, estratégicos, de apoyo y evaluación, debiendo: *“Realizar la evaluación y seguimiento de las guías y/o protocolos de manejo para las diferentes patologías que se presenten en el hospital. 2. Elaborar los informes requeridos de acuerdo con los lineamientos impartidos. 3. Participar en la actualización de procesos y procedimientos del Hospital de acuerdo con la normatividad vigente. 4. Diseñar, implementar y realizar seguimiento de indicadores que permitan medir la gestión del servicio de enfermería del hospital. 5. Recomendar acciones de mejora para fortalecer la oportunidad y calidad del servicio de enfermería 6. Las demás que se requieran para el cumplimiento del objeto contractual (...)”* entre

otros, actividades éstas que debía de desarrollar al interior de la entidad, cumpliendo un horario.

Así las cosas, claramente no se logra desvirtuar que la demandante haya podido realizar de manera independiente y sin la dirección de la entidad sus trabajos; luego, estos elementos, llevan a establecer que la señora Ana Lucía Hormiga Marín, actuaba bajo permanente subordinación, en tanto, debía cumplir sus funciones de acuerdo con las órdenes impartidas por los jefes. Por tanto, resulta evidente que no se cumplen con esta característica del contrato de prestación de servicios, ni hay elementos para inferir la existencia de una relación de coordinación entre las partes contratantes.

3. Remuneración

El despacho comprobó que la demandante recibía por parte de la accionada, sumas de dinero como contraprestación directa por sus laborales, las cuales fueron pagadas mensualmente, afirmación a la que se llega, luego de confrontar la información contenida en cada uno de los contratos, en los que se determina su valor en las siguientes documentales:

- Certificación del 5 de junio de 2019, suscrita por la Tesorera de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., indicando que la señora Ana Lucía Hormiga Marín, se le pagaron honorarios (fls. 226-229)

- Certificación del 16 de agosto de 2019, suscrita por la Tesorera de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., indicando que la señora Ana Lucía Hormiga Marín, se le pagaron honorarios (fl. 282)

De otra parte, se debe señalar que el Hospital de Meissen II Nivel E.S.E., dentro de sus actividades se encontraba la atención de pacientes y las auditorías a los protocolos preestablecidos por la institución, en ese sentido, el juzgado evidencia que las funciones que realizaba la demandante, no están revestidas con un carácter ocasional o transitorio, ni son extrañas a la entidad contratante, por cuanto dichas funciones son esenciales para el cumplimiento de los objetivos de la entidad.

Finalmente, respecto a las horas extras y los recargos nocturnos, como quiera que los mismos no fueron probados con las documentales allegadas y el testimonio recibido, se negarán.

Igualmente, no es posible acceder a las indemnizaciones toda vez que dicho reconocimiento nace solo con la declaratoria de la relación laboral que con derecho a tal prestación, se plasme en la sentencia constitutiva que defina la controversia.

Conclusión

Visto lo anterior, se determina: *i.* se estructura la existencia de un contrato realidad, al demostrarse sus tres elementos: prestación directa, subordinación y remuneración, *ii.* se desvirtúa la existencia de contrato de prestación de servicios, y *iii.* se desvirtúa la presunción de legalidad del acto administrativo. A pesar de este último punto, el Despacho advierte que el hecho que se haya probado la relación laboral, no implica que se adquiera la condición de empleado público, dado que para que ello se presente, es necesario ser designado y posesionado, cumpliendo los presupuestos del artículo 122 de la Constitución Política, y las leyes que rigen la vinculación laboral en cada entidad.

Es así como, se **declarará nulidad** del acto acusado Oficio N°. OJU-E-529-2016 del 8 de noviembre de 2016, proferido por la accionada, mediante el cual niega la existencia

de una relación laboral entre la accionante y accionada, y en su lugar, se tendrá como existente una relación laboral.

A título de restablecimiento del derecho se condenará a la accionada a reconocer, liquidar y pagar, a favor de la señora Ana Lucía Hormiga Marín, identificada con cédula de ciudadanía N°. 52.858.754, a TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO las prestaciones sociales, tomando como base para liquidarlas, los salarios que devengaba otro funcionario en un cargo equivalente a los ocupados por la demandante, esto, si el valor de lo pactado en los contratos fue inferior, en los periodos correspondientes en los cuales se demostró la relación laboral sin solución de continuidad, es decir, entre: el primero (1) de diciembre de dos mil cinco (2005) al primero (1) de enero de dos mil catorce (2014).

Así mismo, deberá hacerse el pago de los aportes para el 11 de mayo de 2004 al 30 de septiembre de 2004, y del 1 de diciembre 2005 al 1 de enero de 2014, a las entidades de seguridad social, por los conceptos de pensión y salud en la proporción que legalmente corresponda, salvo las interrupciones de cada contrato. Igualmente, se declarará que el tiempo laborado por la actora, bajo la modalidad del contrato realidad se debe computar para efectos pensionales.

Prescripción

En lo referente a la prescripción, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación¹⁰ de fecha 16 de agosto de 2016, precisó:

...

*En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca de su fundamento normativo, es decir, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, **según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador**, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.*

...

3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y 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.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Exp.2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de 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 se 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.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado 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 accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

...¹¹

Así las cosas, en el presente caso opera el fenómeno de la prescripción respecto al tiempo comprendido entre el 11 de mayo de 2004 a 30 de septiembre de 2004, pues se interrumpió el contrato por casi un año, sin interrumpir dentro de los tres años siguientes contados a partir de 30 de septiembre de 2004, el término con la reclamación.

Ahora bien, para el periodo de 1 de diciembre 2005 a 1 de enero de 2014, no opera el fenómeno de la prescripción en relación al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, toda vez, que la última vinculación del cargo reclamado por la demandante con la accionada, terminó el 1 de enero de 2014, como se observa en los contratos obrantes en el expediente, por tanto, contaba con el término de 3 años para reclamar la existencia de la relación laboral y el pago de sus prestaciones sociales, el cual vencía el 1 de enero de 2017, sin embargo, efectuó reclamación ante la administración el 11 de octubre de 2016 (fl. 2), la cual se le respondió mediante el acto aquí acusado, es decir, dentro del término de los tres años, que señalan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969.

¹¹ Resaltado por el Despacho

De otra parte, las sumas que deberá cancelar la entidad accionada, tendrán que ser ajustadas en los términos del artículo 187 del CPACA., teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de prestaciones sociales, 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 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.

Costas y Agencias en Derecho

Como quiera que la condena en costas con la expedición de la Ley 1437 de 2011, pasó de ser valorada subjetivamente a establecer si efectivamente estas se han causado, el despacho observa que tanto la parte demandante como la demandada para poder acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, deben de hacerlo a través de un profesional del derecho quien con sus conocimientos jurídicos represente los intereses del particular o de la entidad, debiendo además asumir costos de diferente índole: abogado, copias, transportes, correos, etc., por lo que, es evidente que se incurre para cualquiera de los extremos procesales en gastos.

En ese entendido, se considera pertinente atender la línea jurisprudencial mantenida por el Consejo de Estado¹² sobre este tema, por tanto, atenderá los criterios que en esta materia ordena el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en tal sentido para fijarlas tendrán en cuenta¹³:

*a) El legislador **introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio << subjetivo >> - CCA- a uno << objetivo valorativo >> -CPACA-**.*

b) Se concluye que es << objetivo >> porque en toda sentencia se << dispondrá >> sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las premisas regladas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de << valorativo >> porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

¹² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. Sentencia del 7 de abril de 2016. Rad.: 13001-23-33-000-2013-00022-01.

¹³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. Sentencia del 22 de marzo de 2018. Rad.: 08001-23-33-000-2014-00565-01.

(...)

Por lo que, teniendo en cuenta lo contemplado en el artículo 188 del CPACA y 365 del Código General del Proceso -CGP, se impone condenar en costas objetiva y valorativamente a la parte demandada, extremo procesal vencido, condena que se establece, en: **doscientos mil (\$200.000) pesos mcte.**, y se liquidará por la Secretaría del Despacho, siguiendo el trámite contemplado en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Frente a las agencias en derecho el numeral 3.1.2 del Acuerdo N°. 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, fija como tarifa para los procesos ordinarios de primera instancia con cuantía en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, hasta un 20 % del valor de las pretensiones reconocidas en la sentencia, en ese sentido, el Despacho estima pertinente fijar como agencias el valor, de: **trescientos noventa (\$390.000) mil pesos mcte.**, a cargo de la entidad demandada.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Cinco (55) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, – Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR NULIDAD del acto administrativo acusado, Oficio N°. OJU-E-529-2016 de 8 de noviembre de 2016, proferido por la accionada, mediante el cual se niega la existencia de una relación laboral entre accionante y accionada.

SEGUNDO.- DECLARAR LA EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL de derecho público, entre la señora Ana Lucía Hormiga Marín y la accionada, desde el once (11) de mayo de dos mil cuatro (2004) a treinta (30) de septiembre de dos mil cuatro (2004), y del primero (1) de diciembre de dos mil cinco (2005) a primero (1) de enero de dos mil catorce (2014), sin que esto constituya declaración de empleado público.

TERCERO.- DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción de las prestaciones sociales adeudadas, solamente para el periodo comprendido desde el 11 de mayo de 2004 a 30 de septiembre de 2004, conforme a la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- CONDENAR a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., a reconocer, liquidar y pagar, a favor de la señora: Ana Lucía Hormiga Marín, identificada con cédula de ciudadanía N°. 52.858.754, a Título de Restablecimiento del Derecho, las prestaciones sociales, tomando como base para liquidarlas, los salarios que devengaba otro funcionario en los cargos equivalentes a los desempeñados por la actora para la época de los hechos, si el valor de lo pactado en los contratos resulta inferior, correspondientes a los periodos en los cuales se demostró la relación laboral y no se encuentran prescritos, es decir, entre el primero (1) de diciembre de dos mil cinco (2005) al primero (1) de enero de dos mil catorce (2014).

Igualmente, deberá hacerse el pago de los aportes para los periodos: del 11 de mayo de 2004 a 30 de septiembre de 2004, y del 1 de diciembre 2005 a 1 de enero de 2014, a las entidades de Seguridad Social, por los conceptos de pensión y salud en la proporción que legalmente corresponda, de acuerdo con lo indicado en la parte motiva de esta providencia, salvo las interrupciones de cada contrato. Así mismo, se declara que el tiempo laborado por la actora, bajo la modalidad del contrato realidad se debe computar para efectos pensionales.

QUINTO.- Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada, tendrán que ser ajustadas en los términos del artículo 187 del CPACA., teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de prestaciones sociales, 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 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.

SEXTO.- CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada extremo procesal vencido, por el valor, de: **doscientos mil (\$200.000) pesos mcte.**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y sígase para el procedimiento establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso - C.G.P.

SÉPTIMO.- FIJAR como agencias en derecho el valor, de: **trescientos noventa mil (\$390.000) pesos mcte.**, a cargo de la: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO.- NEGAR las demás súplicas de la demanda por las razones expuestas.

NOVENO.- La entidad deberá cumplir la sentencia en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del CPACA.

DÉCIMO.- Ejecutoriada la presente providencia, por la Secretaria del Juzgado **DEVUÉLVASE** a la parte interesada el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, procédase a la liquidación de costas y **ARCHÍVESE** el expediente, con las anotaciones pertinentes de cada actuación en el Sistema de Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUÍS EDUARDO GUERRERO TORRES
Juez