



JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio Sede de Despachos Judiciales CAN, piso 4°

Juez, CATALINA DÍAZ VARGAS

Bogotá D.C., 16 de febrero de 2018

Sentencia N° 019 de 2018

(Artículo 183 Ley 1437)

Expediente: 11001-33-35-016-2015-00947-00
Demandante: DELSY EUCARIS BEJARANO HENAO
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. (Hospital Usme I Nivel E.S.E.)
Contrato Realidad

ASUNTO

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la siguiente sentencia que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y conforme la siguiente motivación:

1.- PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La señora DELSY EUCARIS BAJARANO HENAO solicita a esta Jurisdicción que anule el acto administrativo contenido en el Oficio N° OJU-E-305-15 del 10 de agosto de 2015, por medio del cual el HOSPITAL USME I NIVEL E.S.E. (hoy SUBRED INTREGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.) le negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral, que en su criterio existió, pese a haber suscrito contratos de prestación de servicios como enfermera jefe al servicio del citado centro de salud.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se declare la existencia de una relación laboral entre el mencionado HOSPITAL y la demandante, durante el periodo de la ejecución de los contratos de prestación de servicios, comprendido del 7 de junio de 2005 al 10 de julio de 2013; como consecuencia de tal declaratoria, que se condene a la entidad accionada al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales durante la ejecución de los contratos, esto es, cesantías,

intereses a las mismas, vacaciones, primas de servicios, primas semestrales, de antigüedad, de vacaciones y de navidad, subsidio de transporte, horas extras, recargos nocturnos, aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones, tomando como referente los cargos de enfermera jefe de la Planta de personal de la Entidad; los pagos por pólizas y retención en la fuente, reconocimiento y pago de perjuicios y que se le condene en costas, (fl. 2).

## 2.- HECHOS DE LA DEMANDA

La demandante sostiene que laboró para el hospital demandado bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios desde el 7 de junio de 2005, con prórrogas sucesivas e ininterrumpidas, hasta el 10 de julio de 2013, cuyo objeto era suministrar apoyo en actividades relacionadas con las funciones de enfermera jefe y coordinadora de centro médico.

Durante la “*relación laboral*” cumplió sus funciones como enfermera jefe y coordinadora de centro médico, recibiendo instrucciones y horarios fijados por el hospital, en turnos de 10 horas diarias, incluido trabajo desarrollado en jornadas de fines de semana cada 15 días, es decir, prestó sus servicios de manera personal y siempre estuvo sometida a constante subordinación por parte de sus superiores inmediatos dentro de la estructura de jerarquía del centro de salud demandado.

Finalmente, solicitó a la entidad el pago de todas las prestaciones una vez culminados los contratos, pero esa petición le fue negada a través del acto acusado (fls. 1-2).

## 3.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

La parte demandante invoca como violadas normas de rango constitucional el artículos 25 y de orden legal los artículos 1º, 5º, 12.f de la Ley 6ª de 1945, artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 20 y 51 del Decreto 2172 de 1945, artículo 1º del Decreto 797 de 1949, artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, Ley 80 de 1993, artículo 4º de la Ley 712 de 2001, Ley 909 de 2004, (fls. 5-11).

Formula los cargos de violación a la Constitución y la ley, desviación de poder y falsa motivación del acto demandado.

La apoderada de la demandante sustenta que el hospital demandado disfrazó la relación laboral con la señora Bejarano Henao mediante sucesivos contratos de prestación de servicios, vulnerándole los derechos a la igualdad, el trabajo, las estabilidad laboral, beneficiándose de su trabajo personal y subordinado, sin cubrir los derechos y garantías laborales *mínimas* establecidos por la ley, pues desde su vinculación fue tratado como un empleado más de la planta, cumpliendo las mismas funciones de éstos, bajo los mismo horarios y recibiendo órdenes de jefes o superiores, pero al momento de hacer el reconocimiento de la correspondiente remuneración se abstenía de reconocerle las prestaciones sociales y demás emolumentos legales a los que tenía derecho por el desempeño de sus labores.

A su juicio, en el presente caso se reunieron los tres requisitos: subordinación, prestación personal del servicio y remuneración salarial, por lo cual se debe declarar la relación laboral reclamada, toda vez que las labores que desempeñó durante su vinculación hacen parte del giro normal de las funciones que en este caso desempeña un hospital público, es decir, los servicios prestados están relacionados con el objeto o razón de ser de la entidad demandada (servicios de salud), por lo que se entiende que las funciones realizadas al interior de esta eran de carácter permanente y habitual y no simplemente ocasionales o distintas a las que permanentemente se desarrollan en un centro de salud.

Finalmente, cita distintas sentencias de las altas cortes que tienen en cuenta la primacía de la realidad sobre las formas para el reconocimiento de una verdadera relación laboral y no una simple prestación de servicios.

Por todo lo anterior, estima que existió falsa motivación y desviación de poder en el acto demandado y por lo tanto le asiste el derecho a lo reclamado.

#### 4.- Oposición a la demanda por la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. (antes HOSPITAL USME I NIVEL E.S.E.)

La entidad contestó en forma oportuna la demanda mediante memorial visible a folios de 160-163 del expediente, en el que se opone a las pretensiones y condenas de la demanda.

Expresa que los diversos contratos de prestación de servicios que celebró la entidad con el accionante se efectuaron de conformidad con las normas que regulan este tipo de vinculación, es decir, la Ley 80 de 1993, artículo 32, contrato que se regula por la autonomía de la voluntad de las partes para el desarrollo de actividades relacionadas con el funcionamiento del hospital.

Argumentó que el fuero de estabilidad se predica exclusivamente de los empleados de carrera administrativa, razón por la cual no podría aplicarse a los contratistas de las entidades públicas, ni a los empleados provisionales que no se encuentren, como el accionante, inscritos en carrera administrativa (Ley 909 de 2004).

Sostiene que la contratación de personal a través de contratos de prestación de servicios no genera ningún tipo de estabilidad laboral, dada la existencia de una serie de requisitos previos, tales como el pago de seguridad social, entre otros, que de no realizarse por parte del contratista implicarían la no continuidad de la relación contractual.

Argumenta que no es viable acceder a las pretensiones planteadas por la parte accionante, toda vez que esta efectúa una serie de contraprestaciones a su cargo y por cuenta propia bajo la supervisión de un servidor de la entidad contratante, que no genera ningún tipo de estabilidad para el contratista, ni derechos equivalentes al del personal de planta de la entidad.

## 5.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN POR ESCRITO

5.1.- *Alegatos de la parte demandante*, (fls. 240-243). La apoderada de la parte demandante dentro del término legal allegó los alegatos en los que reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

5.2.- *Alegatos de la entidad demandada*, (fls. 233-239). Ratificó lo expuesto en la contestación de la demanda; sostiene que los beneficios que reclama el actor corresponden solo a empleados vinculados de manera legal y reglamentaria a la entidad (empleados públicos) y no a aquellas personas que desempeñaron labores mediante contratos de prestación de servicios, conforme a la Ley 80 de 1993. Además, no se acreditaron la totalidad de los elementos que constituyen el contrato laboral.

Indica que la actora era conocedora de la forma en que era contratada, sin embargo, no se opuso a la misma, por lo tanto aceptó las condiciones contractuales propuestas por la entidad y en consecuencia no le asiste el derecho a percibir los emolumentos pretendidos.

Cita jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia.

## 6.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

6.1.- Problema jurídico: Debe resolver el Juzgado si entre la señora DESLSY EUCARIS BAJARANO HENAO y LA SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. (antes HOSPITAL USME I NIVEL E.S.E.), se configuró una relación laboral, pese a haber suscrito y ejecutado diversos y continuos de contratos de prestación de servicios y, en consecuencia, se le deben reconocer y pagar las acreencias laborales durante el periodo comprendido desde el 7 de junio de 2005 al 10 de julio de 2013, en igualdad de condiciones de aquellas personas que se desempeñan en el cargo de enfermera jefe en la planta de la entidad.

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

6.2.- Hechos y pruebas relevantes que obran en el expediente.

Dentro del proceso obran las siguientes pruebas de los hechos más relevantes del litigio:

1. La demandante DELSY EUCARIS BAJARANO HENAO suscribió con el HOSPITAL USME I NIVEL E.S.E. (hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.), sendos contratos de prestación de servicios para desempeñar distintas actividades como Profesional de Enfermería (Enfermera Jefe) del citado centro de salud de manera ininterrumpida, en el periodo comprendido entre el 7 de junio de 2005 hasta el 10 de julio de 2013, tal como se relacionan a continuación:

- Contrato N° 831-2005, desde el 7 de junio hasta el 6 de septiembre de 2005 (fls. 13-17).
- Contrato N° 1570-2005, del 6 de septiembre al 5 de diciembre de 2005 (fls. 18-22).
- Contrato N° 483-2006, del 2 al 31 de enero de 2006 (fls. 23-28).
- Contrato N° 892-2006, del 1° de febrero al 31 de marzo de 2006 (fls. 29-33).
- Contrato de trabajo, del 1° al 30 de abril de 2006 (fls. 34-35).
- Certificación de prestación de servicios expedida el 30 de diciembre de 2006 por la Directora operativa de la empresa "Ser Temporales" donde consta que la accionante presto sus servicios a la entidad demandada entre el 1° de abril al 30 de diciembre de 2006 (fl. 36).
- Contrato N° 375-2007, desde el 2 de enero hasta el 28 de febrero de 2007 (fls. 37-41).
- Contrato N° 167-2007, del 1° de marzo al 31 de mayo de 2007 (fls. 43-44). El anterior contrato fue adicionado y prorrogado desde el 1° de junio al 15 de julio de 2007 (fl. 46).
- Contrato N° 1173-2007, del 16 de julio al 30 de agosto de 2007 (fl. 47).
- Certificación de prestación de servicios expedida el 15 de marzo de 2010 por la Coordinadora de Talento Humano de la empresa "SET LABORAL S.A.S" donde consta que la accionante prestó sus servicios a la entidad demandada entre el 16 de junio de 2009 al 15 de marzo de 2010 (fecha de expedición de la certificación, fl. 48).
- Contrato 167-2010, del 5 de abril al 4 de agosto de 2010 (fls. 49-50).
- Contrato N° 2651-2010, del 4 al 29 de octubre de 2010 (fl. 51).
- Contrato N° 3927-2010, del 1° al 30 de diciembre de 2010 (fl. 52).
- Contrato N° 080-2011, del 3 al 31 de enero de 2011 (fl. 55).
- Contrato N° 1705-2011, del 1° de junio al 30 de septiembre de 2011 (fls. 56-57).
- Contrato N° 2542-2011, del 1° al 31 de octubre de 2011 (fls. 58-59).
- Contrato N° 3834-2011, del 1° al 30 de noviembre de 2011 (fls. 60-63).
- Certificación de prestación de servicios expedida el 31 de agosto de 2012 por la Coordinadora del Programa Ampliado de Inmunizaciones del Hospital Usme I Nivel E.S.E. donde consta que la accionante prestó sus servicios a la citada entidad entre el 1° de febrero y el 31 de agosto de 2012 (fl. 64).
- Contrato N° 3366, del 1° de septiembre al 1° de noviembre de 2012 (fl. 65). El anterior contrato fue prorrogado y adicionado del 4 al 30 de diciembre de 2012 (fl. 66).
- Contrato N° 446, del 1° de enero al 28 de febrero de 2012 (fl. 67). El anterior contrato fue prorrogado y adicionado del 1° de marzo al 30 de abril de 2012 (fls. 68-69) y del 1° al 31 de mayo de 2013 (fl. 70).
- Contrato N° 2137, del 1° al 30 de junio de 2013 (fl. 71). El anterior contrato fue prorrogado y adicionado del 1° al 10 de julio de 2013, fecha en que finalizó su ejecución (fl. 72). Tal situación lo certifica la entidad en las comunicaciones informales que obran a folios 73-74 del expediente.

2. Certificaciones expedidas el 28 de marzo y el 16 de agosto de 2017 por la Profesional Especializada de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. en la que consta que la parte demandante prestó sus servicios a la entidad demandada bajo la modalidad de ordenes o contratos de prestación de servicios en calidad de enfermera jefe, durante el periodo comprendido entre el 7 de junio de 2005 al 10 de julio de 2013. En la misma certificación se encuentran

señaladas las funciones y actividades desempeñadas por una enfermera de la planta de personal de la entidad demandada, (original visible a folios 187-189 del plenario).

3. La actora solicitó ante al Hospital Usme I Nivel E.S.E., mediante petición enviada a través de correo certificado, solicitó el reconocimiento y pago, durante todo el tiempo laborado en la entidad accionada bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios como Enfermera (7 de junio de 2005 al 10 de julio de 2013), de todos los emolumentos, prestaciones, aportes a seguridad social e indemnizaciones de manera indexada, (fotocopia informal visible a folios 110-112 del expediente).

4. La anterior petición fue recibida por la entidad demandada el 5 de agosto de 2015 (según la constancia de la empresa de correos que obra en original a folio 114 del expediente) y resuelta en forma desfavorable por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Hospital Usme I Nivel E.S.E., a través del Oficio OJU-E-305-15 del 10 de agosto de 2015 – *acto acusado* -, en el cual la entidad le indicó que *“(...) no es posible dicho reconocimiento para la señora Delsy Eucaris Bejarano Henao toda vez que la vinculación con la entidad fue mediante contratos de prestación de servicios, y en este orden de ideas el contratista, en primer lugar, ejecuta el contrato con total autonomía e independencia sin estar sujeto al cumplimiento de horario, sin tener ninguna subordinación con los servidores públicos del hospital y que conforme a lo pactado en los contratos, recibió una contraprestación que no tiene la connotación de salario, sino precio o valor del contrato, a lo cual durante la ejecución del mismo (...)// (...) Con fundamento en lo anteriormente señalado no le son aplicables las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo sobre el reconocimiento y pago de la liquidación de prestaciones sociales, en razón a que este tipo de vinculación no genera ninguna relación con la entidad y, se reitera, el contratista goza de plena autonomía e independencia en la ejecución del objeto contractual (...)”*, (original visible a folio 115 del expediente).

5. Agendas de trabajo, constancias de entrega de implementos de trabajo, actas de asistencia, actas de reuniones y en general, constancias de distintas actividades desempeñadas por la parte actora durante el año 2013 con ocasión de su vinculación como enfermera jefe al servicio del Hospital Usme I Nivel E.S.E. bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, (fotocopias informales obran a folios 190-222 del expediente).

6. Desprendibles de los pagos que la entidad accionada realizó a favor de la accionante por la ejecución de los contratos relacionados anteriormente y que corresponden a los meses de junio de 2005 a febrero de 2007, (fotocopias informales reposan a folios 75-86 del expediente).

7. Desprendibles de los pagos que la entidad demandada efectuó a favor de la accionante por la ejecución de los contratos de prestación de servicios ya mencionados y que corresponden a los meses de marzo a diciembre de 2010, (fotocopias informales militan a folios 87-95 del expediente).

8. Desprendibles de los pagos que la entidad demandada realizó a favor de la parte actora por la ejecución de los contratos de prestación de servicios citados y que corresponden a los meses de enero a agosto de 2012 y enero a junio de 2013, (fotocopias informales obran a folios 96-109 del expediente).

9. Certificación expedida el 22 de agosto de 2017 por la Directora Operativa de Talento Humano (E) de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. en la que constan la totalidad de cargos de empleados públicos y trabajadores oficiales de la planta de personal de la entidad durante los años 2005 a 2013, (original reposa a folio 245 del expediente). La anterior información se encuentra incluida en CD que reposa a folio 249 del expediente, en el que también se observa que conforme al Acuerdo N° 002 expedido el 17 de marzo de 2006 por la Junta Directiva del Hospital Usme I Nivel E.S.E., existe el cargo de enfermera dentro de la planta de personal de la entidad (fl. 249).

### 6.3-. NORMAS APLICABLES AL CASO Y PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

#### 6.3.1. Noción de empleo público en el ordenamiento jurídico colombiano.

Los artículos 122 y 125 de la Constitución Política de 1991 contemplan la función pública e indican que no habrá empleo público que no tenga definida sus funciones y remuneración de forma detallada en la ley o en el reglamento correspondiente<sup>1</sup>.

Conforme la disposición anterior, el legislador al proferir el Decreto 1569 de 1998<sup>2</sup>, en su artículo 2º realizó una definición de los empleos de las entidades territoriales e indicó que la creación de los mismos se encuentra sometido a las funciones y requisitos específicos fijados por las autoridades competentes con el fin de realizar las funciones del Estado<sup>3</sup>.

Posteriormente y con el objeto de unificar las normas sobre el empleo público, fue expedida la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004<sup>4</sup>, que en su artículo 19 definió el empleo público y desarrolló las características inherentes a estos con el objetivo de satisfacer los fines del Estado<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Constitución Política de 1991. Artículo. 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (...).

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

<sup>2</sup> "por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades territoriales que deben regularse por las disposiciones de la Ley 443 de 1998.

<sup>3</sup> Decreto 1569 de 1998. Artículo 2. De la Noción de Empleo. Se entiende por empleo el conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

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

<sup>4</sup> Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

<sup>5</sup> Ley 909 de 2004. Artículo 19. El Empleo Público. 1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado. 2. El diseño de cada empleo debe contener:

a) La descripción del contenido del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;

b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;

Inmediatamente, el artículo 2º del Decreto 770 de 2005 ofreció una definición de empleo público adecuada y ajustada a los principios y finalidades del Estado. Sobre el particular puntualizó que el empleo público es *“el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”*.

### 6.3.2. Contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas - Prohibición

Desde la expedición del Decreto 1950 de 1973 estuvo reflejada la voluntad del legislador al limitar la figura de los contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones propias de la administración pública y así lo estableció en el artículo 7º del referido decreto al señalar que en ningún caso es posible celebrar contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas que tengan el carácter de ser habituales y permanentes, para lo cual se deben crear los empleos necesarios para tal fin<sup>6</sup>.

Por otra parte, la Ley 734 de 2002, por la cual se expidió el Código Único Disciplinario, establece en el numeral 29 del artículo 48 como falta gravísima la de *“... Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”*.

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

### 6.3.3. Del contrato de prestación de servicios

El contrato de prestación de servicios se encuentra definido en el numeral 37 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. A su turno el Decreto 1510 del 17 de julio de 2013<sup>8</sup> vigente desde el 15 de agosto del mismo año, dispuso en su artículo 81 que las entidades estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos a *“... persona natural o jurídica que esté en capacidad de*

c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales (...)”

<sup>6</sup> Decreto 1950 de 1973. Artículo 7º. Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad” (Énfasis del Juzgado).

<sup>7</sup> “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.”

<sup>8</sup> “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”.

*ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la entidad estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate...” y advirtió que “... Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales...”*

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

#### 6.3.4. Del contrato realidad. Principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en los contratos de prestación de servicios

La Corte Constitucional<sup>9</sup> al estudiar la constitucionalidad del numeral 3 de la Ley 80 de 1993, expuso las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral y la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en aquellas relaciones de trabajo, cuando bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicio se esconde en realidad una relación de carácter laboral.

Al respecto destacó la Corte que “... *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. (...)*”, de la misma forma sostuvo que “... *e. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido...*”, por lo que en caso de prorrogarse las actividades contratadas de manera permanente e indefinida, superando el carácter excepcional que les dio origen, era necesario que la entidad que hacía uso de esa modalidad de contratación, adoptara las medidas pertinentes para dar prelación al postulado del artículo 122 de la Carta Política de 1991, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente para su mantenimiento.

Conforme lo anterior, insistió la Corte en que no es dable a la administración confundir el contrato de prestación de servicios con otras formas contractuales y menos aún con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual en los casos en que el

<sup>9</sup> Corte Constitucional Sentencia C-154 de 1997- M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, resulta claro si se acredita la existencia de las características esenciales de éste y por lo tanto quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado (prestación de servicios) y en consecuencia surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Así, el contrato de trabajo tiene tres elementos que lo diferencian del de prestación de servicios independientes y dichos elementos son: 1. prestación personal del servicio, 2. la continuada subordinación laboral y 3. la remuneración como contraprestación del mismo. Por su parte, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada por el contratista, puede tener origen en una persona jurídica con la cual puede carecer del elemento de subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Por ello, recalcó la Corte que el elemento de subordinación o dependencia es el que marca la pauta diferenciadora entre el contrato laboral y el de prestación de servicios, en virtud de que *"... en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza (...) no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente..."*.

Por su parte, el Consejo de Estado<sup>99</sup> respecto del contrato de prestación de servicios y el principio de la realidad sobre las formalidades, ha sostenido que el contrato de prestación de servicios no puede ser una herramienta de la administración para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarlas, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

El Consejo de Estado ha insistido en que para efectos de demostrar la relación laboral la parte interesada tiene la carga probatoria de indicar los elementos esenciales de la misma, esto es, que la actividad desempeñada en la entidad haya sido personal y que por su labor reciba una contraprestación o pago, además de que la relación con el empleador estuvo gobernada por la

<sup>99</sup> Consejo de Estado Sección Segunda C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve- 15 de junio de 2011-Rad: 25000-23-25-000-2007-00395-01 (1129-10).

subordinación o dependencia (facultad de exigir al servidor el cumplimiento de órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo, cantidad, imposición de reglamentos), además debe demostrar que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Además, sostiene que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador y como consecuencia de ello surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, conforme al principio de la favorabilidad previsto en el artículo 53 superior.

Congruente con lo expresado, la Alta Corporación señaló que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir al beneficiario la condición de empleado público, en razón a que esa calidad no se adquiere por el solo hecho de trabajar para el Estado, por cuanto para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la ley (esta posición fue reiterada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias del 16 de febrero de 2012, expediente No. 41001-23-31-000-2001-00050-01 (1187-11), C.P. Gerardo Arenas Monsalve, y del 2 de mayo de 2013, radicación 05001-23-31-000-2004-03742-01 (2027-12), C. P. Alfonso Vargas Rincón).

Adicionalmente, el Consejo de Estado<sup>11</sup> expuso que pese a que se haya realizado una vinculación bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, si el demandante logra demostrar el elemento de subordinación o dependencia, tiene derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales.

#### 6.3.5. Efectos de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral. Pautas jurisprudenciales

En cuanto a los efectos de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral y especialmente sobre la prescripción, el Consejo de Estado<sup>12</sup> sostiene que pese a que los efectos que se derivan de dicha declaratoria se traducen en una sentencia constitutiva del derecho, no puede pasarse por alto que la reclamación del interesado debe realizarse dentro de un término prudencial que no puede exceder el de la prescripción de los derechos prestacionales y salariales, es decir, tres (3) años contados desde que finaliza la relación contractual, so pena de que prescriban los derechos salariales y prestacionales que se puedan derivar de la relación laboral.

<sup>11</sup> Sentencia del 13 de noviembre de 2014, proferida dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2012-00120-01 (1380-13), C.P. Alfonso Vargas Rincón (e).

<sup>12</sup> Sentencia del 4 de febrero de 2016, Consejero ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación 27001-23-31-000-2013-00334-01(3275-14).

Sin embargo, si se ha configurado el fenómeno jurídico de la prescripción, frente a los derechos que tengan el carácter de prescriptibles, es necesario dejar a "... salvo los derechos pensionales, que no tienen dicha naturaleza..." (Subrayado fuera del texto original).

Sobre el particular, el Consejo de Estado en reciente Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016<sup>13</sup>, estableció una serie de reglas para el estudio de las controversias relacionadas con el contrato realidad, especialmente en materia de prescripción extintiva de los derechos que de dicha relación se derivan. Al efecto expuso que:

*“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.*

*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*

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C. P. CARMELO PERDOMO CUÉTER, Rad. N° 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005 16.

*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.*

*De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados”.*

En conclusión, quien crea tener derecho a los beneficios económicos que de la declaratoria de una relación laboral se desprende tratándose de entidades públicas, debe presentar la reclamación respectiva dentro de los 3 años siguientes a la finalización del último contrato de prestación de servicios celebrado, so pena de que opere la prescripción extintiva de tales emolumentos, sin embargo, esa sanción no opera en cuanto a la reclamación de los aportes destinados a seguridad social, los cuales se pueden solicitar en cualquier tiempo dado su carácter de imprescriptibles.

#### 6.3.4. Del contrato realidad en materia de servicios de salud

Sobre el particular ha afirmado el Consejo de Estado<sup>14</sup> que “... en el caso de quienes prestan servicios de salud es válida la suscripción de Contratos de Prestación de Servicios, en tanto sus servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la entidad respectiva o cuando para tal efecto se requiere de conocimientos especializados, de tal manera que en atención a situaciones excepcionales que se requieren para la prestación del servicio médico en sus diferentes disciplinas y a la autonomía e independencia inherente a la aplicación y ejercicio del mismo, se ha habilitado dicha modalidad para la contratación del personal en los servicios en salud.”

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 1 de marzo de 2012, expediente No. 25000-23-25-000-2008-00344-01 (0681-11). C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

También ha sostenido que si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud por *“la especialidad de que se revisten los servicios de salud –tratándose de personas naturales...”*, esto *“... no excluye por sí sola la posibilidad del empleo público y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado al extralimitar el contenido real y la naturaleza de un contrato de prestación de servicios, de manera que no puede admitirse de forma absoluta que en cuanto a tales servicios no quepa la figura del contrato realidad”*, máxime si la prestación del servicio de salud constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las entidades estatales prestadoras del mismo<sup>15</sup> (Subrayas fuera del texto original).

#### 7.- El Caso concreto

7.1. De manera previa se debe resolver la tacha de los testigos. La apoderada de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. en la audiencia de pruebas que reposa a folios 223 a 225 se refirió a la tacha del testigo Carlos Andrés Pizza Bernal, por ser demandantes tanto él como la señora Bejarano Henao contra el Hospital Usme I Nivel E.S.E., igualmente por haber sido compañero de labores, en consecuencia, estima que se están beneficiando, en su parecer, recíprocamente con sus testimonios.

Al respecto el Despacho considera que no prospera la tacha formulada por cuanto la sola circunstancia de que el testigo sea demandantes por haber sido también compañero de la aquí accionante en el Hospital Usme I Nivel E.S.E. por contrato de prestación de servicios, no conduce necesariamente a inferir que falte a la verdad en su declaración.

Ordena el artículo 176 del C.G.P. que las pruebas deberán ser apreciadas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Para el Despacho lo declarado por el testigo merece credibilidad por cuanto coincide con las pruebas documentales que reposan en el expediente y su versión se refiere, no a conceptos, sino a hechos, que precisamente, por haber sido contratista del Hospital Usme I Nivel E.S.E. se halla bajo las mismas formas de ejecución de tales contratos y de igual forma sometido a condiciones de ejecución como le correspondió a la aquí demandante.

Teniendo en cuenta lo expuesto, no prospera la tacha formulada por la apoderada de la entidad demandada.

Resuelto el punto anterior, pasa a estudiar el Despacho el caso concreto.

La señora DELSY EUCARIS BAJARANO HENAO solicita que se declare que existió una relación de naturaleza laboral al ejecutar diversos contratos de prestación de servicios suscritos

<sup>15</sup> Ibid. En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado en sentencia del 13 de febrero de 2014 dentro del expediente N° 68001-23-31-000-2010-00449-01 (1807-13), C.P. Alfonso Vargas Rincón.

con el Hospital Usme I Nivel E.S.E. (ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.) , durante el 7 de junio de 2005 al 10 de julio de 2013, como Enfermera Jefe y que en consecuencia considera que tiene derecho a que la entidad le reconozca y pague todos los derechos laborales y prestacionales derivados de tal relación, en aplicación del principio de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de la Carta Política.

Por su parte, la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. (antes Hospital Usme I Nivel E.S.E.), considera que la accionante prestó sus servicios a la entidad bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios contenida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por lo tanto este tipo de contratación no genera ningún tipo de estabilidad laboral, dada la existencia de una serie de requisitos previos, tales como el pago de seguridad social, entre otros, que de no realizarse por parte del contratista implicarían la no continuidad de la relación contractual. En conclusión, sostiene que no le asiste derecho a lo reclamado.

Vista las posiciones de las partes en litigio, procede el Despacho entonces a establecer si se cumplieron los requisitos del contrato laboral, esto es: *i) la prestación personal del servicio, ii) la remuneración y iii) la subordinación o dependencia*, pese a que la vinculación se hizo a modo de contratos de prestación de servicios.

#### 7.2. De la prestación personal del servicio

De acuerdo con las pruebas aportadas e incorporadas al expediente, se demostró que la señora DELSY EUCARIS BAJARANO HENAO prestó en forma personal sus servicios en desarrollo de los distintos contratos de prestación de servicios suscritos con el entonces HOSPITAL USME I NIVEL E.S.E. (hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.), cuya relación quedó consignada en el capítulo de pruebas de esta sentencia.

Además, de la lectura de las funciones asignadas al cargo de enfermera jefe de la entidad, así como de algunos de los contratos de prestación de servicios, entre otros, los N° 0446, N° 2137 y N° 03366, que obran a folios 65, 67, 71 y 247-248 del expediente, respectivamente, se lee textualmente que el objeto de los mismos fue, entre otros: “ (...) *prestar servicios como Profesional de Enfermería en el plan de intervenciones colectivas en salud pública de la E.S.E. (...)*”, así como “(...) *implementar las estrategias para dar respuesta integral al territorio y/o locales según lo estipulen los lineamientos vigentes entregados por la Secretaría Distrital de Salud en el marco del plan de intervenciones colectivas en Salud Pública (...)* acompañar y realizar seguimiento, monitoreo y evaluación por equipo de trabajo en terreno (...) realizar capacitación de los temas y conceptos nuevos que se implementen en el tema de vacunación (...) apoyar las visitas de asistencia técnica y no programadas a las IPS públicas y privadas con bajo cumplimiento (...) garantizar el adecuado manejo de reacciones anafilácticas (...) supervisar el manejo adecuado de insumos (...) participar en las reuniones pertinentes para la estrategia (...) garantizar las medidas de frío y las medidas de bioseguridad (...) liderar la vacunación por equipos extramurales y territorios saludables a la población sujeto del PAI

*en las diferentes estrategias de Vacunación (...) lograr coberturas de vacunación superiores al 95%, cumplir con la meta mensual programada y establecida en la coordinación PAI, con el fin de alcanzar la cobertura de 8.3% correspondiente a cada mes en el equipo extramural, tablero de control mensual, informe consolidado mensual de estrategia, justificación de dosis, KARDEX – SIS, formato de seguimiento a vacunados, fichas de seguimiento, diario aplicativo, aplidiarias (...)*”.

Como claramente se puede observar, la demandante para poder cumplir estas funciones debió someterse además al cumplimiento de turnos, horarios, recibir órdenes de sus superiores y la actividad debía realizarla en forma personal.

Como los contratos de prestación de servicios se realizaron *intuitio personae*, dada la formación profesional de la demandante, no hay duda que la ejecución fue cumplida personalmente por esta, según las pruebas que reposan en el expediente. Además, este aspecto no lo discuten las partes.

### 7.3. De la remuneración

En los diversos contratos de prestación de servicios que obran en expediente (fls. 13-72), se verifica que la entidad le fijó a la señora DELSY EUCARIS BAJARANO HENAO una retribución por sus servicios como Enfermera Jefe, que recibía mensualmente de parte del HOSPITAL USME I NIVEL E.S.E. (hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.) y que se efectuaban según “(...) *VALOR FISCAL: El valor total de la presente orden es por la suma de (...) incluidos los impuestos, tasas y contribuciones de orden nacional, Departamental y Distrital a que haya lugar. El valor final será resultante de la sumatoria de los servicios efectivamente ejecutados por EL PRESTADOR en EL HOSPITAL previa certificación escrita expedida por el supervisor del mismo con base en las compensaciones pactadas (...) El valor determinado de la presente orden será cancelada en un pago dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la cuenta de cobro y del informe y de la certificación del cumplimiento de las actividades realizadas (...)*” (tomado del contrato visible a folios 60-63 del expediente. De la misma forma, se estipuló en cada uno de los contratos y prorrogas suscritas por el actor con el Hospital las sumas de dinero que debía recibir como contraprestación por sus servicios. También se verifican los pagos con cada uno de los desprendibles que reposan a folios 75 a 109 del plenario.

El hecho anterior no lo discute la entidad, por lo cual se tiene como probado.

### 7.4. Subordinación o dependencia

Este es, en últimas, según la Corte Constitucional y el Consejo de Estado tal como se expuso en el acápite normativo y jurisprudencial de la presente sentencia, el requisito que marca jurídicamente la diferencia entre un contrato de prestación de servicios y uno laboral.

Una cosa es la relación de coordinación que debe existir entre el contratista y la entidad a través del supervisor o interventor del contrato, y otra muy distinta es la relación de subordinación o dependencia que la entidad imponga al contratista de modo que afecte la autonomía e independencia que este debe tener durante la ejecución del contrato.

En el caso *sub examiné* bastaría para condenar el reconocimiento de la relación laboral tener como prueba las funciones desarrolladas por la demandante en el Hospital Usme I Nivel E.S.E. (hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.) como Enfermera Jefe, las cuales cumplió de manera reiterada e ininterrumpida por varios años, entre las cuales se encontraban las enunciadas previamente (fls. 247-248).

Respecto del cumplimiento de funciones y horario de labores que la entidad exigía a la demandante, los testigos que concurrieron a las audiencias de pruebas (fls. 223-225 y 230-231), como la propia demandante coincidieron en señalar que para desarrollar el objeto contractual la demandante debía cumplir el horario asignado por sus jefes inmediatos, el cual desarrolló en turnos diarios en horarios comprendidos entre las 7:00 a.m. a 5:00 p.m. y debía prestar el servicio el día sábado cada quince días durante los años que duró la ejecución de cada uno de los contratos, según se extrae de sus declaraciones.

Como se pudo verificar, la demandante, más allá de una relación de coordinación, se encontraba sometida a cumplir las funciones antes relacionadas y para ello es necesario el acatamiento de los horarios asignados por el hospital, así como estar disponible cuando las funciones propias del servicio así lo requiriera y, en efecto, se estaba plenamente subordinada a las instrucciones impartidas por la entidad, en cuanto al modo, tiempo y horarios establecidos o requeridos, con lo cual se desvirtúa que el actor tenía la autonomía e independencia para desarrollar el objeto de los contratos de prestación de servicios.

Así mismo, quedó demostrado que la entidad contrataba a la actora bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios porque la planta de personal no era suficiente, o sea, para cumplir funciones permanentes y misionales de la entidad.

En fin, se comprobó que existían empleados de planta que ejercían las mismas funciones que la señora Bejarano Henao, en su condición de contratista (ver Acuerdo N° 002 del 17 de marzo de 2006 expedido por la Junta Directiva del Hospital Usme I Nivel E.S.E. que reposa en CD que obra a folios 249 del expediente), por lo tanto se trató del cumplimiento de funciones de carácter permanente en servicios de salud, para las cuales, por expresa disposición legal, está prohibida la celebración de contratos de prestación de servicios con la administración, menos aún si se tiene en cuenta que la vinculación de la demandante no fue para suplir actividades transitorias, sino que la misma perduró durante más de 8 años, desde el 7 de junio de 2005 al 10 de julio de 2013 (fls. 247-248).

Entonces, el Hospital Usme I Nivel E.S.E., al ser una Empresa Social del Estado que presta los servicios de salud (artículos 194-197 de la Ley 100 de 1993), para el desarrollo de su función permanente requiere de enfermeras jefes, cargos que en efecto están creados en la planta de personal de la entidad (Acuerdo N° ) y que también desempeñaba la demandante en calidad de contratista, lo cual no era procedente por el carácter de permanente de las labores ejercidas, de modo que la demandante dejó de ser contratista y se convirtió en una persona que desarrolló sus actividades bajo la realidad de sucesivos contratos laborales.

Así las cosas, desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en el desarrollo de los contratos suscritos por la actora, así como la temporalidad de un verdadero contrato de prestación de servicios, considera el Despacho que en el presente caso se configuró una relación laboral, en tanto que la señora Delsy Eucaris Bejarano Henao prestó el servicio público en salud en el Hospital Usme I Nivel E.S.E., en las mismas condiciones que los empleados de planta, en forma permanente, por más de 8 años (fls. 245-248).

Empero, es importante precisar que como se indicó en el acápite de normas y precedente jurisprudencial aplicable, el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir a la accionante la condición de empleada público, puesto que dicha calidad no se otorga por el sólo hecho de trabajar para el Estado, sino que la misma se adquiere en las formas establecidas en la ley para ello (mediante concurso de méritos para acceder a la carrera administrativa, en provisionalidad, entre otras formas contempladas en la ley para tal fin).

#### 7.5. De pago de las prestaciones sociales en el contrato realidad desvirtuado

De conformidad con lo planteado por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 en los casos de los contratos de prestación de servicios que ocultan una relación laboral respecto al pago de prestaciones sociales son procedente siempre y cuando no opere la prescripción extintiva, como se pasa a estudiar.

#### 7.6. De la prescripción

El Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación<sup>10</sup> ya varias veces citada estableció de manera específica la regla jurisprudencial relacionada con que quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta (prestaciones sociales, aportes a seguridad social, etc.), 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.

<sup>10</sup> C.E., SCA, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016 C.P. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

Ahora bien, conforme la certificación expedida por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. (fl. 187), los contratos de prestación de servicios que suscribió la demandante con la entidad para desempeñar las funciones propias del cargo de Enfermera Jefe de la Entidad lo fueron desde el 7 de junio de 2005 al 10 de julio de 2013.

Como la petición interrumpe la prescripción por los tres (03) años anteriores a la fecha de presentación (5 de agosto de 2015, según certificación expedida por la empresa de correos "Express Services" (fl. 114), significa que en este caso se deben reconocer las prestaciones, a partir del 5 de agosto de 2012, fecha en la cual estaba en ejecución el contrato N° 3047 (fl. 187) hasta el 10 de julio de 2013, fecha en que finalizó el vínculo de la actora con la entidad (fl. 187), por prescripción extintiva de los demás periodos, conforme lo señalado por la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

En consecuencia, se ordenará el pago de las prestaciones salariales, cesantías, primas de vacaciones, de navidad, de servicios, bonificaciones por servicio prestados, etc., a la actora tomando como referencia las que percibió de acuerdo con la ley una ENFERMERA JEFE de la planta de personal del Hospital Usme I Nivel E.S.E. (hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.) durante el periodo comprendido entre el 5 de agosto de 2012 al 10 de julio de 2013, por haber operado la prescripción extintiva de las citadas prestaciones por los periodos anteriores al señalado.

De otra parte, no se ordena realizar o devolver los aportes para el sistema pensional por cuanto la demandante no demostró que los haya efectuado y en los mismos términos no hay lugar al reconocimiento de intereses a las cesantías, por cuanto esta sentencia es constitutiva del derecho.

#### 7.7. De las cotizaciones destinadas al sistema general de seguridad social.

Pese a lo anterior y siguiendo las directrices establecidas por el Consejo de Estado es procedente ordenar a la entidad demandada tener en cuenta para efectos pensionales el tiempo comprendido entre el 7 de junio de 2005 y el 10 de julio de 2013 (periodo de desarrollo de los contratos de prestación de servicios, fl. 187) y el ingreso base de cotización (IBC) pensional calculado con base en el salario que percibía un empleado de la planta de personal de la entidad que desempeñara las funciones equivalentes a las ejercidas por la actora para la época en que esta prestó sus servicios a la entidad, mes a mes, y de existir diferencias entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, deberá realizar las cotizaciones al respectivo fondo de pensiones de la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como entidad empleadora, para lo cual la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en caso de no haberlas realizado o que existieran diferencias en su contra, tendrá la carga de completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, así mismo, se declarará que el tiempo laborado por la demandante como Enfermera Jefe del

antiguo Hospital Usme I Nivel E.S.E. bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, esto es, desde el 7 de junio de 2005 al 10 de julio de 2013, se debe computar para efectos pensionales.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial, las normas y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda deben prosperar en la forma indicada, en cuanto que el acto administrativo demandado es nulo por haberse expedido con desconocimiento de las normas superiores invocadas, desvirtuando así la presunción de legalidad que lo amparaba.

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

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

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

#### 7.8. Costas y agencias en derecho

Finalmente, en relación con las costas tenemos que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 sostiene que la sentencia dispondrá sobre las mismas cuya liquidación y ejecución se regirán de conformidad con las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, ahora Código General del Proceso.

Este último código en el numeral 1º del artículo 365 sostiene que la condena en costas se aplicará a la parte que resulte vencida dentro del proceso, en este caso quien resultó vencido fue la parte demandada quien estuvo debidamente representada.

Como quiera que las costas se componen de los gastos y las agencias en derecho, el *Acuerdo PSAA-16-10554 del 05 de agosto de 2016*<sup>17</sup> expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, establece las tarifas y criterios que deben tenerse en cuenta por la Juez al momento de fijarlas<sup>18</sup>,

<sup>17</sup> Acuerdo que derogó los Acuerdos 1886 de 2003, Acuerdos 2222 del 10 de diciembre de 2003 y PSAA13-9943 del 4 de julio de 2013.

<sup>18</sup> En la parte considerativa del acuerdo, se describe que las agencias en derecho "corresponden a una contraprestación por los gastos en que se incurre para ejercer la defensa legal de los intereses dentro de un trámite judicial, en atención a la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente". Y en el artículo 2º ibidem prevé que "(...) Para la fijación de agencias en

Expediente: 2015-0947  
Actor: DELSY EUCARIS BEJARANO HENAO

en el artículo 5° del acuerdo (numeral 1, subnumeral 2, literal a, subliteral 1) señala que las tarifas de las agencias en derecho cuando se trate de procesos declarativos de menor cuantía, la tarifa se tasará entre el 4% y 10% del valor de las pretensiones de la demanda. En relación con este tema, la Corte Constitucional desarrolló diversa jurisprudencia<sup>19</sup>, de manera reciente en la sentencia T-625 de 2016<sup>20</sup> respecto de lo que constituyen las costas y las agencias en derecho, manifestó que las costas procesales son todos aquellos gastos en que incurre la parte por acción del proceso, dicha noción comprende tanto las agencias que son las expensas por concepto de apoderamiento del proceso y la Juez las reconoce de forma discrecional a favor de la parte vencedora siguiendo lo reglamentado en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Y así lo reitero nuestro órgano de cierre en la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>21</sup>, en sentencia del 07 de abril de 2016 manifestó que acoge el criterio objetivo de la condena en costas incluyendo las agencias en derecho, al incluir que no se debe evaluar la conducta de las partes, lo que se tiene que tener en cuenta para la causación de costas son los aspectos objetivos tal y como lo contempla el artículo 365 del Código General del Proceso.

Conforme a lo anterior, el Despacho considera que deberá condenarse en costas en las que se encuentran incluidas las agencias en derecho de la primera instancia a la entidad demandante, en el equivalente al 4% del valor de las pretensiones de la demanda. En ese sentido, fijese por concepto de agencias en derecho la suma de \$126.000 que deben ser liquidadas por Secretaría.

Para el cabal cumplimiento de esta sentencia la entidad demandada debe tener en cuenta los artículos 192 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, cuya observancia por parte de la administración debe darse sin necesidad de otro mandato judicial.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites (...)"

<sup>19</sup> Respecto a la condena en costas, se encuentra la sentencia T-432 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto donde la Corte se refirió al tema y expresó que en cuestión de costas se aplica el *dictum* romano, según el cual quien ha sido vencido en un proceso judicial debe cancelar al ganador los gastos que acarreo el proceso. La Corporación indicó que justo la doctrina sostiene que las costas equivalen a la carga económica que debe enfrentar quien no tuvo la razón dentro del juicio y estas se reconocen a favor de la parte y no del apoderado pues puede haber una confusión respecto del pago de las costas a favor del proceso y la obligación de cancelar los honorarios al abogado por parte del poderdante.

Posteriormente, en la Sentencia C-368 de 2011, en la que explica que las costas procesales se desarrollan en un ámbito conceptual más definido, el cual se materializa con el pago de los gastos que deben satisfacer las partes como consecuencia del proceso que promueven y del que una de ellas puede resarcirse en caso de salir vencedora. De esta manera, dichos recursos se destinan exclusivamente a cubrir los gastos que se han generado el proceso y nada más.

En sentencia del 21 de marzo de 2013 esa misma Corporación manifestó que la condena en costas es el resultado de la derrota en el proceso para alguna de las partes o en algún recurso que se haya presentado, más no el resultado de una actuación producto de la mala fe o de una actuación temeraria por parte de la parte vencida dentro del proceso. De conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso la condena en costas y las agencias en derecho corresponden a los costos en que la parte beneficiada por la sentencia incurrió dentro del trámite del proceso, siempre que exista prueba de ello y de que dichas actuaciones correspondan a las autorizadas por la ley. Así las cosas, la condena en costas y las agencias en derecho no tienen como finalidad resarcir un perjuicio causado por el mal proceder de una de las partes así que no pueden ser asumidas como una sanción en su contra.

<sup>20</sup> M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>21</sup> Sección Segunda, Subsección A – Consejo de Estado, C.P. William Hernández Gómez.

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que entre la señora DELSY EUCARIS BEJARANO HENAO, identificada con C.C. N° 39.581.781 y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. (antiguo Hospital Usme I Nivel E.S.E.) se configuró una relación laboral de naturaleza pública durante los periodos indicados en la parte motiva del esta sentencia, con ocasión de la ejecución de los contratos de prestación de servicios celebrados y ejecutados en esos lapsos, de acuerdo con las razones expuestas.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se declara nulo el Oficio N° OJU-E-305-15 del 10 de agosto de 2015, por medio del cual el HOSPITAL USME I NIVEL E.S.E. (hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.) le negó a la señora DELSY EUCARIS BEJARANO HENAO el reconocimiento y pago los derechos y acreencias laborales solicitados, de acuerdo con los motivos expuestos en esta providencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, se CONDENA a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. a que reconozca y pague en forma indexada a la señora DELSY EUCARIS BEJARANO HENAO, identificada con C.C. N° 39.581.781, las prestaciones salariales y sociales y demás emolumentos legales dejados de pagar, equivalentes a los que corresponda al cargo de ENFERMERA JEFE de la planta de personal de la entidad en el periodo comprendido entre el 5 de agosto de 2012 al 10 de julio de 2013, por las razones indicadas en la parte motiva de este fallo.

CUARTO: Declarar configurada la prescripción extintiva de las acreencias laborales reclamadas por la señora DELSY EUCARIS BEJARANO HENAO anteriores al 5 de agosto de 2012, excepto los aportes destinados a seguridad social en pensión, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, se CONDENA a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. a que reconozca y pague en forma indexada a la señora DELSY EUCARIS BEJARANO HENAO, para efectos pensionales, el tiempo comprendido entre el 7 de junio de 2005 al 10 de julio de 2013, teniendo en cuenta para calcular el ingreso base de cotización (IBC) el salario que percibía un empleado de la planta de personal de la entidad que desempeñaba las funciones equivalentes a las ejercidas por la actora para la época en que esta prestó sus servicios a la entidad demandada, mes a mes, y de existir diferencias entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, realizar las cotizaciones al respectivo fondo de pensiones de la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como entidad empleadora, para lo cual la demandante debe acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en caso de no haberlas realizado o que existieran diferencias en su contra, tendrá la carga de completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, así mismo, se declarará que el tiempo laborado por la demandante como Enfermera Jefe del

Expediente: 2015-0947  
Actor: DELSY EUCARIS BEJARANO HENAO

262

antiguo Hospital Usme I Nivel E.S.E. bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, esto es, desde el 7 de junio de 2005 al 10 de julio de 2013, se debe computar para efectos pensionales, por las razones expuestas.

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

SÉPTIMO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas. Se CONDENA en costas y agencias en derecho a la entidad demandada correspondientes en un 4% del valor de las pretensiones de la demanda, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de ciento veintiséis mil pesos (\$126.000), por Secretaría líquídense.

OCTAVO: Declarar no probada la tacha de los testigos, propuesta por la entidad demandada, por las razones expuestas.

NOVENO: Compulsar copias a la Contraloría General de la Nación, Procuraduría General de la Nación y Fiscalía General de la Nación, para que se determine el actuar de los funcionarios que promovieron la vinculación de personal mediante contratos de prestación de servicios para cumplir funciones propias del objeto misional de la entidad, por las razones expuestas.

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

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

DUODÉCIMO Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado hágase las anotaciones de ley y ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CATALINA DÍAZ VARGAS

JUEZ

LLDG

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL  
CIRCUITO DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art 201) se notificó a las partes providencia anterior, hoy 21 de febrero de 2018 a las 8:00 a.m.

Secretaría

Hoy 21 de febrero de 2018 se envió mensaje de texto de la notificación por ESTADO ELECTRÓNICO de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.

Secretaría