



Libertad y Orden

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

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91 Piso 4º, Edificio de Despachos Judiciales CAN, piso 4º
Juez, CATALINA DÍAZ VARGAS

Bogotá, D.C., 10 de mayo de 2018, hora: 3:00 p.m.

ACTA DE AUDIENCIA DE INCORPORACIÓN DE PRUEBAS CON FALLO
(Artículos 181 y 183, Ley 1437 de 2011)

Expediente: 11001-33-35-016-2016-00223-00
Demandante: DOGNA YOVANA CASTELLANOS PÉREZ
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.
(HOSPITAL USME NIVEL II E.S.E.)

Tema: Contrato realidad

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral

1. ASISTENTES - numerales 2 y 4, artículo 180 de la Ley 1437 de 2011

1.1. Parte demandante: Abogado JHANIELA JIMÉNEZ GUTIÉRREZ, identificada con C.C. N° 1.065.810.074 y T. P. N° 290.137 del C. S. de la J., reconocida a folio 273 del expediente. No se ha hecho presente.

1.2. Entidad demandada – Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. (Hospital Usme II Nivel E.S.E.): Apoderado abogado EDGAR GUILLERMO CARREÑO LÓPEZ, identificado con C.C. N° 79'956.475 y T. P. N° 201.407 del C. S. de la J., reconocido a folio 249 del expediente. NO SE HA HECHO PRESENTE.

De otra parte el citado abogado mediante memorial recibido en este Juzgado el 7 de mayo de 2018, solicita el aplazamiento de la presente audiencia, por cuanto le tiene programadas otras audiencias para la misma fecha. Para el Juzgado no es viable acceder a lo solicitado, toda vez que en la agenda del Despacho ya se encuentran programadas las diligencias para los meses siguientes de este año, además conforme al artículo 180 inciso 3º de la Ley 1437, las justificaciones deben fundamentarse en un caso fortuito o fuerza mayor, situación que no se observa en el presente caso, puesto que el profesional del derecho podría haber sustituido el poder a otro abogado para que asistiera a la presente audiencia, sin embargo, no lo hizo.

Por las razones expuestas, el Despacho niega la solicitud del apoderado de la parte accionante y en consecuencia no reprograma la presente audiencia.

Esta decisión quedó notificada en estrado.

2. SANEAMIENTO DEL PROCESO - numeral 5, artículo 180 de la Ley 1437 de 2011

El Despacho indagó a las partes si hasta este momento procesal advierten algún vicio del proceso que deba ser saneado.

La Juez. Una vez revisadas las actuaciones hasta este momento surtidas en el proceso, el Despacho tampoco encuentra causales de nulidad que impidan su continuación.

En este estado de la diligencia se hace presente la apoderada de la parte demandante abogada JHANIELA JIMÉNEZ GUTIÉRREZ, quien ya se encuentra reconocida en el proceso.

En este estado de la diligencia se hace presente el abogado EDGAR GUILLERMO CARREÑO LÓPEZ, apoderado de la entidad demandada, quien ya se encuentra reconocido en el proceso.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

3. INCORPORACIÓN DE PRUEBAS - Artículo 181, Ley 1437 de 2011

De conformidad con lo ordenado en la Audiencia de Pruebas realizada el 23 de marzo de 2018 (fls. 273-274), se incorpora al expediente la declaración jurada rendida por la Gerente de la Sub-Red Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., visible a folios 283 a 284 del expediente.

Se les concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes para que realicen las manifestaciones pertinentes sobre las pruebas que se incorporaron en la presente audiencia.

La apoderada de la parte demandante está de acuerdo con las pruebas incorporadas en la presente audiencia.

El apoderado de la entidad demandada también está de acuerdo con las pruebas incorporadas en la presente audiencia.

En vista de que los apoderados de las partes no tienen ninguna objeción sobre las pruebas relacionadas anteriormente, el Juzgado las declara formalmente incorporadas al expediente.

Esta decisión quedó notificada en estrado. Sin recursos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y FALLO- ARTÍCULOS 179 y 182, Ley 1437 de 2011

El Despacho considera que las pruebas recolectadas son suficientes para proferir sentencia de fondo, por lo cual es procedente continuar con el trámite procesal pertinente, esto es escuchar a las partes en alegatos de conclusión.

Alegatos de conclusión de la parte demandante: Se ratifica en lo consignado en el escrito de demanda. Alegatos de conclusión quedan consignados en el C.D. que contiene el audio y video de la audiencia.

Alegatos de conclusión de la entidad demandada: Se ratifica en los argumentos consignados en la contestación de la demanda, solicita que no se condene en costas. Alegatos de conclusión quedan consignados en el C.D. que contiene el audio y video de la audiencia.

8. Sentencia – Inciso final artículo 179 de la Ley 1437 de 2011

Escuchados los alegatos de conclusión presentados por las partes, teniendo en cuenta las pruebas, los argumentos de las partes y el precedente jurisprudencial, el Despacho dictó la siguiente,

SENTENCIA N° 051 de 2018

De conformidad con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011, el JUZGADO 16 ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA, procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación:

1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

El señora DOGNA YOVANA CASTELLANOS PÉREZ solicita a esta Jurisdicción que anule el acto administrativo contenido en el Oficio N° 100-0177-2016 del 8 de febrero de 2016, por medio del cual el HOSPITAL USME II NIVEL E.S.E. (hoy SUBRED INTEGRADA 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 Auxiliar de Enfermería 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 5 de agosto de 2005 al 31 de octubre de 2012; 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, primas de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, compensación en dinero de las vacaciones; que se condene al pago de los aportes en salud y pensión que le correspondía realizar al Hospital durante el tiempo de vinculación de la accionante; le sean devueltos los pagos por pólizas y retención en la fuente; le sea reconocida la indemnización por despido injusto, la sanción moratoria contenida en la Ley 244 de 1995 y en la Ley 50 de 1990 y pago de perjuicios y que se le condene en costas, (fl. 153-157).

2. HECHOS DE LA DEMANDA

Se plantean en la demanda, en síntesis, los siguientes hechos:

La demandante sostiene que laboró para el hospital demandado bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios durante el 5 de agosto de 2005 al 31 de octubre de 2012, en el cargo de auxiliar de enfermería.

La accionante durante el tiempo de vinculación recibió un salario mensual, el cual fue consignado en una cuenta bancaria a su nombre, una vez se cumplía el mes de trabajo.

Sostiene que cumplía un horario de trabajo de domingo a domingo de 7:00 p.m. a 7 a.m., día intermedio y ejerció las funciones propias de una auxiliar de enfermería de la entidad para lo cual utilizó los elementos y herramientas dadas por el Hospital demandado.

El 7 de mayo de 2015, solicitó a la entidad el pago de todas las prestaciones una vez culminados los contratos, pero esa petición le fue negada a través del Oficio No. 100-0177-2016 del 8 de febrero de 2016 que es el acto acusado (fls. 157-164).

3.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

La parte demandante invoca como violadas normas de rango constitucional artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 53, 58, 121, 122, 123, 125, 126, 209, 277 y 351-1 y de orden legal las Leyes 4 de 1994, 332 de 1996, 1437 de 2011, 1564 de 2012, 100 de 1993, 244 de 1995, 443 de 1998, 909 de 2004, 80 de 1993, 50 de 1990 y los Decretos 3074/68, 3135/68, 1848/68, 1045/68, 01/84, 1335/90.

Sostiene que en el presente caso se desvirtuó la calidad de contratista del demandante, puesto que quedó probado que prestó sus servicios de forma personal e ininterrumpida al Hospital de Meissen II Nivel ESE, en los cargos de auxiliar de enfermería, es decir, se configuró la existencia de una relación laboral, por lo cual debe darse aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Sostiene que el artículo 25 de la C.P. consagra el trabajo como un derecho de rango fundamental, que le prohíben a la administración celebrar contratos de prestación de servicios que en su formación o ejecución contenga las características de un contrato de trabajo (Corte Constitucional, sentencia C-157 de 1997). En el mismo sentido, transcribe apartes de jurisprudencia del Consejo de Estado, en la cual determinó que “para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearon los empleos correspondientes, y en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”, puesto que existen limitaciones legales en la utilización del contrato de prestación de servicios que prohíben este tipo de acciones.

Finalmente, trae a colación fragmentos jurisprudenciales del Consejo de Estado, en los cuales se expone que cuando se demuestra la existencia de una relación laboral el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague, a título de indemnización, las prestaciones sociales ordinarias y compartidas reconocidas a un empleado de planta que desempeñe las mismas funciones (fls. 165-188).

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

La entidad contestó en forma oportuna la demanda mediante memorial visible a folios de 217-234 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 la 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 es el caso de la accionante.

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. PRUEBAS RELEVANTES QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

Obran en el expediente los siguientes supuestos fácticos y pruebas relevantes:

1. La accionante DOGNA YOVANA CASTELLANOS PÉREZ suscribió con el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL E.S.E., sendos contratos de prestación de servicios para desempeñar las funciones de Auxiliar de Enfermería de manera ininterrumpida, en el periodo comprendido entre el 1º de agosto de 2005 al 31 de octubre de 2012, según consta en los contratos de prestación de servicio que obran a folios 23 a 26 del expediente y en la certificación expedida el 12 de abril de 2013 por la Subdirectora Administrativa Hospital Meissen II Nivel ESE, que figura a folio 17 del expediente.
2. El 7 de mayo de 2018, la accionante solicitó al Hospital Meissen II Nivel ESE, por primera vez, el reconocimiento de acreencias laborales salariales durante el tiempo laborado en dicha entidad durante el 5 de agosto de 2005 al 31 de octubre de 2012 (fls. 10-16).
3. La anterior petición fue resuelta por la entidad a través de la petición No. 10021 del 2 de junio de 2015, a través del cual le negó el derecho reclamado por cuanto la accionante celebró con la entidad contratos de arrendamiento de servicios, los cuales no reconocen cesantías, seguridad social, pensión, caja de compensación ni primas (fls. 111-112).
4. La accionante el 20 de enero de 2016 radicó en el Hospital Meissen II Nivel ESE, petición solicitando el reconocimiento e información respecto al pago de acreencias laborales y prestacionales ocasionados por la configuración de una relación laboral con el Hospital Meissen II Nivel ESE, a través de los diversos contratos de prestación de servicios que suscribió con dicha entidad entre el 5 de agosto de 2005 hasta el 31 de octubre de 2012 (fl. 6-7).
5. La anterior petición, fue resuelta negativamente por dicha entidad, mediante el Oficio N° 100-0177-2016 del 8 de febrero de 2016 *-acto acusado-*, por cuanto los contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante y la entidad fueron bajo la modalidad de contrato de arrendamiento de servicios de carácter privado y contrato de prestación de servicios, *"evidenciándose así, que no hubo relación laboral, por lo tanto no se le puede reconocer los salarios y prestación social que devenga un empleado de planta global de la entidad"* (fls. 8-9).
6. En el anterior Oficio la entidad demandada certificó que la asignación mensual de un auxiliar de enfermería de planta es de \$1'582.596 y de un contratista que preste sus servicios de auxiliar de enfermería es de \$1'062.400 (fls. 8-9).
7. Certificación suscrita por el Profesional Especializado Financiero del Hospital Meissen II Nivel ESE, en la que constan los pagos realizados por dicha entidad a la accionante desde el año 2005 al 2012 (fl. 18-19).
8. Manual de funciones y competencias laborales de un Auxiliar de Enfermería Área Salud, código 412, grado 17 del Hospital Meissen II Nivel E.S.E., conforme a la Resolución No. 012 del 20 de enero de 2012, (fl.20).
9. Copia del extracto de cuenta de la accionante en la que constan los abonos por pago de nómina (fls. 37-44).

10. Planillas de liquidación de la accionante al Fondo de Pensiones Obligatorias (fls. 92-108) y salud en la EPS FAMISANAR (fls. 27-29).
11. La accionante suscribió pólizas de seguro de cumplimiento con Seguros del Estado, durante el periodo comprendido entre el 15 de noviembre de 2010 al 30 de junio de 2012 (fl. 30-36).
12. Declaraciones de las señoras Claudia Alicia Betancur Cuesta, Viviana Marcela Beltrán Rubiano, Yidis Zarina Pobeda Rodríguez, rendidas en audiencia del 23 de marzo de 2018 (fls. 273-274), en las que en resumen sostuvieron que la accionante se desempeñó como auxiliar de enfermería en turnos de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., noche intermedia, turnos que eran asignados por el coordinador, que no podía ausentarse sin previa autorización y los cambios debían ser informados al coordinador con 72 horas de anticipación. Señalaron que el turno de la accionante era prestado por un auxiliar de enfermería de planta y 5 contratistas.

En cuanto a la remuneración, sostuvieron que los contratistas recibían una asignación mensual que oscilaba entre \$1'040.000 a \$1'055.000 y un empleado de planta que desempeñaba las mismas funciones devengaba \$1'500.000 más prestaciones sociales.

Finalmente, indicaron que los elementos de trabajo eran suministrados por el Hospital y lo elementos de uso personal eran aportados por cada contratista.

Se tienen en cuenta las demás pruebas aportadas con la demanda y en la contestación.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Fueron rendidos por las partes de manera oral en la presente diligencia.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

7. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

7.1. Problema jurídico: Debe resolver el Juzgado si entre la señora DOGNA YOVANA CASTELLANOS PÉREZ y LA SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. (antes HOSPITAL USME II 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 6 de agosto de 2005 al 31 de octubre de 2012, en igualdad de condiciones de aquellas personas que se desempeñan en el cargo de Auxiliar de Enfermería 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.

7.2. NORMAS APLICABLES, PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

7.2.1. 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 correspondiente¹.

Conforme la disposición anterior, el legislador al proferir el Decreto 1569 de 1998², 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 Estado³.

Posteriormente y con el objeto de unificar las normas sobre el empleo público, fue expedida la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004⁴, que en su artículo 19 definió el empleo público y desarrolló las características inherentes a estos con el objetivo de satisfacer los fines del Estado⁵.

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*”.

7.2.2. 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 fin⁶.

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*”.

¹ 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 (...).

² “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.

³ 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”.

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

⁵ 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 funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;

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

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

⁶ 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).

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.

7.2.3. 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 2013⁸ 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 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.

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

La Corte Constitucional⁹ 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 “... *c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido...*”, por lo que en caso de prorrogarse las actividades contratadas de manera permanente e indefinida, superando el carácter excepcional

⁷ “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.”

⁸ “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”.

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

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 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...”.

En ese sentido, el Consejo de Estado¹⁰ 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 subordinación o dependencia (facultad de exigir al

¹⁰ 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).

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 Estado¹¹ 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.

7.2.5. 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 Estado¹² 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.

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 2016¹³, 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

¹¹ Sentencia del 13 de noviembre de 2014, proferida dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2012-00120-01 (4380-13), C.P. Alfonso Vargas Rincón (e).

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

¹³ 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.

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 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.

7.2.6 Del contrato realidad en materia de servicios de salud

Sobre el particular ha afirmado el Consejo de Estado¹⁴ que “... en el caso de quienes prestan servicios de salud es válida la suscripción de Contratos de Prestación de

¹⁴ 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.

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.”

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 mismo¹⁵ (Subrayas fuera del texto original).

8.- El Caso concreto

La señora DOGNA YOVANA CASTELLANOS PÉREZ solicita que se declare que existió una relación de naturaleza laboral al ejecutar diversos contratos de prestación de servicios suscritos con el Hospital Usme II Nivel E.S.E. (ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.), durante el 5 de agosto de 2005 al 31 de julio de 2012, como Auxiliar de Enfermería 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 II 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 DOGNA YOVANA CASTELLANOS prestó en forma personal sus servicios en desarrollo de los distintos contratos de prestación de servicios suscritos con el entonces HOSPITAL USME II 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.

¹⁵ *Ibíd.* 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.

De la lectura del contrato de prestación de servicios No. 515, visible a folios 23 a 25 del expediente, se evidencia que el objeto del mismo fue, entre otros: "(...) *Recibo y entrega de turno del servicio y sus pacientes con la enfermera según las normas de la institución, (...) 3. Brindar cuidado directo al paciente: toma de signos vitales, hoja neurológica, control de líquidos, aseo de pacientes, canalización de venas, toma de muestras de laboratorio, rotulación de líquidos y mezclas, verificación de permeabilidad de vena. (...) 5. Velar que los reportes de laboratorio y demás paraclínicos se encuentren oportunamente en las historias clínicas de todos los pacientes. (...) 11. Asistir a los pacientes durante su traslado en ambulancia cuando sea necesario. (...) 13. Mantener las dependencias del servicio y sus elementos listos, ordenados y adecuados para la atención de los pacientes. (...) 26. Realizar los cuidados propios de enfermería, según las normas de la institución y el ejercicio propio de la enfermería (...)*"

Además, tal como se evidencia de la certificación visible a folio 20 del expediente, el objeto del contrato suscrito por la accionante coincide que las funciones desempeñadas por un Auxiliar de Enfermería Área Salud, Código 412, Grado 17, las cuales son entre otras: "(...) *Participar activamente en el recibo y entrega de turno diario de los pacientes del servicio, Realizar toma de signos vitales, graficarlos según normas, procedimientos y protocolos establecidos, verificar que la historia clínica de los pacientes que van a ser intervenidos estén completas y en perfecto orden de acuerdo a normas y protocolos establecidos, arreglar la unidad y ambiente físico del paciente, tanto para la admisión como para estadía del mismo en la institución, (...) Asistir a los pacientes en actividades como alimentación, de ambulación y eliminación, (...) realizar en actividades de enfermería para la atención del usuario, teniendo en cuenta normas técnicas y administrativas vigentes y los diferentes programas que adelanta el Hospital (...)*"

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 *intuitu 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

Conforme a la certificación suscrita por el Profesional Especializado Financiero, visible a folios 18 a 19, se verifica que la entidad le fijó a la señora DOGNA YOVANA CASTELLANOS una retribución por sus servicios prestados en la entidad durante los años 2005 a 2012, que recibía mensualmente de parte del HOSPITAL USME II NIVEL E.S.E. (hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.) y que se efectuaban mes a mes a los cuales se les descontaba la Rete fuente (10%), Rete Ica (0,966%) y ARL (2,436%). También se verifican los pagos con cada uno de los desprendibles que reposan a folios 37 a 44 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 II Nivel E.S.E. (hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.) como Auxiliar de Enfermería, las cuales cumplió de manera reiterada e ininterrumpida por varios años, entre las cuales se encontraban las enunciadas previamente.

Respecto del cumplimiento de funciones y horario de labores que la entidad exigía a la demandante, los testigos que concurren a las audiencias de pruebas (fls. 273-274), coincidieron en señalar que para desarrollar el objeto contractual la demandante debía cumplir el horario asignado por el coordinador del contrato, el cual desarrolló en turnos diarios en horarios comprendidos entre las 7:00 p.m. a 7:00 a.m., noche intermedia. Adicionalmente que para asentarse debía pedir autorización del coordinador con 72 horas de anticipación.

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 Castellanos Pérez, en su condición de contratista ejercía las mismas funciones que un Auxiliar Área Salud, Código 412, Grado 17 (fl.20) 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 6 años, desde el 1º de agosto de 2005 al 31 de octubre de 2012 (fls. 17).

Entonces, el Hospital Usme II 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 auxiliar de enfermería, cargos que en efecto están creados en la planta de personal de la entidad 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 Dogna Yovana Castellanos prestó el servicio público en salud en el Hospital Usme II Nivel E.S.E., en las mismas

condiciones que los empleados de planta, en forma permanente, por más de 6 años (fls. 17).

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 Unificación¹⁶, 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, 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.

Según lo probado en el proceso la accionante el 7 de mayo de 2015 presentó, por primera vez, la petición ante el Hospital Usme II Nivel E.S.E. solicitando el reconocimiento de una relación laboral entre ambas partes y el consecuente pago de todas las prestaciones sociales y salariales derivadas de esa relación de trabajo entre el 1º de agosto de 2005 al 31 de octubre de 2012, es decir, 2 años y 6 meses después de finalizado el último contrato, según se verifica a folio 17 del expediente y lo expresa la accionante en los hechos de la demanda.

Por lo anterior, el Despacho basó su análisis en la citada petición del 7 de mayo de 2015; significa que la petición de reconocimiento y pago de los derechos salariales derivados de la aparente relación laboral se realizó dentro del término de 3 años (2 años y 6 meses) previsto en los artículos 41 del Decreto 3135/68 y 102 del Decreto 1848/69 y conforme a la jurisprudencia de unificación antes citada.

Sin embargo, respecto de los salarios y demás prestaciones anteriores al 7 de mayo de 2012 ha operado la prescripción extintiva trienal, teniendo en cuenta que la primera petición fue presentada en la entidad el 7 de mayo de 2015, en consecuencia, la señora Dogna Yovana Castellanos Pérez, tiene derecho al reconocimiento y pago como reparación del daño de las prestaciones sociales comunes devengadas por una Auxiliar de Enfermería de planta de la entidad únicamente por el periodo comprendido entre el 7 de mayo de 2012 hasta el 31 de octubre de 2012 (fecha en que terminó el último contrato) dada la prescripción trienal a la que se hizo referencia.

En cuanto a las cotizaciones destinadas a pensión es procedente ordenar a la entidad demandada tener en cuenta para efectos pensionales el tiempo comprendido entre el

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

5 de agosto de 2005 hasta el 31 de octubre de 2012 (periodo de desarrollo de los contratos de prestación de servicios), dado el carácter imprescriptible de esta prestación.

En cuanto a la devolución de los aportes de los pagos que hubiere efectuado la demandante al sistema de seguridad social en pensiones se deberá tener en cuenta la regla jurisprudencial establecida por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, es decir, “... 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...*”, en ese sentido solo tendrá derecho a la devolución de los aportes que excedan el 4% del 16% que se debe cotizar al sistema por el periodo comprendido entre el 7 de mayo de 2012 al 31 de octubre de 2012, si hubiere lugar a ello, una vez que la entidad haya determinado el IBC sobre el cual deben efectuarse dichos pagos.

Así entonces, para calcular el ingreso base de cotización (IBC) tanto para las prestaciones sociales comunes como para la pensional de la demandante, la entidad deberá tener en cuenta las siguientes reglas:

1. Si el cargo desempeñado por la contratista no existe en la planta de personal de la entidad o no tiene equivalencia ni en la misma entidad u otra entidad de su mismo nivel, se debe acudir a los **honorarios** pactados.
2. Si el empleo desarrollado por la demandante existe en la planta de personal y es desempeñado en igualdad de condiciones y funciones que los servidores públicos de la entidad o cuando los honorarios pactados son inferiores al salario devengado, se debe acudir al **salario** percibido por un empleado de planta de la entidad.

Una vez establecido lo anterior y como quiera que dentro de la planta de la entidad se encuentra creado el cargo de Auxiliar de Enfermería, el IBC deberá calcularse con el salario percibido por un empleado de planta.

La liquidación para pensión se deberá efectuar mes a mes y, de existir diferencias entre los aportes realizados por la demandante en calidad de contratista y los que se debieron efectuar, el Hospital deberá realizar las cotizaciones al respectivo fondo de pensiones de la suma faltante por concepto de aportes a pensión en la cuota parte que le correspondía como entidad empleadora esto es el 12% y a la demandante le corresponde aportar el 4%, de existir diferencias en los aportes que se debieron efectuar la demandada deberá trasladar a las entidades de seguridad social a la cual cotiza la demandante.

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 trabajador.

En cuanto al aporte del sistema de seguridad social en salud, el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que “*Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley (...)*”. Así mismo, conforme a lo establecido en el artículo 161 de la misma ley dentro de los deberes de

los empleadores esta, entre otros, la de pagar cumplidamente los aportes que le corresponden conforme a lo contemplado en el artículo 204 ibídem.

Al respecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, señala que *“La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8,5% y a cargo del empleado del 4%”* y en el párrafo primero de esa norma se estableció que *“La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, será la misma contemplada en el sistema general de pensiones de esta Ley.”*

Así las cosas, la entidad demandada deberá pagar a la demandante el valor correspondiente al 8.5% de la cotización mensual al sistema de salud, en caso que lo haya pagado, pero solo por el periodo comprendido entre el 7 de mayo de 2012 al 31 de octubre de 2012, liquidado sobre el salario del cargo de Auxiliar de Enfermería de la planta de personal del Hospital Meissen II Nivel E.S.E.

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:

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

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.

Por último, conviene reiterar que las entidades estatales no deben recurrir a la práctica de vincular personal bajo la modalidad de prestación de servicios para cumplir actividades permanentes propias de la administración y de esta manera evitar el pago de prestaciones sociales y de aportes parafiscales, entre otros, pues con dicha conducta, no sólo vulneran los derechos de los trabajadores sino que ese proceder desvirtúa la razón de ser del numeral 3º de la Ley 80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal, además esta conducta acarrea las sanciones que establece la ley para los servidores que utilicen en indebida forma los contratos de prestación de servicios, en consecuencia se ordenará compulsar copias de la presente sentencia a los organismos de control, para lo de su competencia.

7.7. 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 registrarán 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 representado.

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*¹⁷ expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, establece las tarifas y criterios que deben tenerse en cuenta por La Juez al momento de fijarlas¹⁸, en el artículo 5º 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 tasarán entre el 4% y 10% del valor de las pretensiones de la demanda.

En relación con este tema, la Corte Constitucional desarrolló diversa jurisprudencia¹⁹, de manera reciente en la sentencia T-625 de 2016²⁰ 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 Estado²¹, 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 demandada, en el equivalente al 4% del valor de las pretensiones de la demanda. En ese sentido, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de \$435.000 que deben ser liquidadas por Secretaría.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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 ibídem prevé que "(...) Para la fijación de agencias en 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 (...)"

¹⁹ 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 acarreó 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.

²⁰ M.P. María Victoria Calle Correa.

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

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,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que entre la señora DOGNA YOVANA CASTELLANOS PÉREZ, identificada con C.C. N° 35.532.373 y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. (antiguo Hospital Usme II 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° 100-0177-2016 del 8 de febrero de 2016, por medio del cual el HOSPITAL USME II NIVEL E.S.E. (hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.) le negó a la señora DOGNA YOVANA CASTELLANOS PÉREZ 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 DOGNA YOVANA CASTELLANOS PÉREZ, identificada con C.C. N° 35.532.373, las prestaciones salariales y sociales y demás emolumentos legales dejados de pagar, equivalentes a los que corresponda al cargo de Auxiliar de Enfermería de la planta de personal de la entidad en el periodo comprendido entre el 7 de mayo de 2012 al 31 de octubre de 2012, 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 DOGNA YOVANA CASTELLANOS PÉREZ anteriores al 5 de mayo 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 reparación del daño, 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 DOGNA YOVANA CASTELLANOS PÉREZ, para efectos pensionales, el tiempo comprendido entre el 1º de agosto de 2015 hasta el 31 de octubre de 2012 (periodo de desarrollo de los contratos de prestación de servicios), teniendo en cuenta las reglas expuestas para calcular el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante, 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 en la cuotas que le corresponde 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 trabajador.

SEXTO: A título de reparación del daño, se CONDENA a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., a que efectúe la devolución de los aportes de los pagos que hubiere efectuado la demandante al sistema de seguridad social en pensiones que excedan el 4% del 16% que se debe cotizar al sistema por el periodo

comprendido entre el 7 de mayo de 2012 al 31 de octubre de 2012, si hubiere lugar a ello. De igual manera, la entidad demandada deberá pagar a la demandante el valor correspondiente al 8.5% de la cotización mensual al sistema de salud, en caso que lo haga pagado durante el citado periodo, el cual deberá ser liquidado sobre el salario del cargo de Auxiliar de Enfermería de la planta de personal del Hospital Meissen II Nivel E.S.E., por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

SÉPTIMO: La entidad 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.

OCTAVO: Seniegan 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 cuatrocientos treinta y cinco mil pesos (\$435.000), por Secretaría liquídese.

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 Secretaria del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley, ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CATALINA DÍAZ VARGAS

Juez

Esta sentencia quedó notificada en estrado, incluidas las entidades que no se hicieron presentes, de acuerdo con el artículo 202 de la Ley 1437 de 2011.

RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA

La Juez indaga a las partes si van a apelar la sentencia.

El apoderado de la parte demandante. Solicita aclaración respecto de las condenas respecto a la solicitud de las pretensiones indemnizatorias de la demanda contenida en los literales j, k, m del numeral 2º que hacen relación a la indemnización por despido injusto y indemnización moratoria por el pago tardío de las prestaciones sociales.

La Juez. Sostiene que en cuanto a las pretensiones indemnizatorias resalta que es a partir de la presente sentencia es que se está reconociendo la existencia de la relación laboral, por ello no se puede pretender el reconocimiento de sanciones moratorias. En la sentencia al negar las demás pretensiones se estaban negando también las pretensiones aducidas por la parte demandante.

La apoderada de la parte demandante. Manifiesta que interpone recurso de apelación el cual sustenta de manera oral que queda grabado en audio y video en la presente audiencia.

La apoderado de la entidad demandada. Interpone recurso de apelación el cual sustentara dentro de los 10 días siguientes.

La Juez. Con fundamento en la anterior solicitud el expediente deberá permanecer en la Secretaría por el término de 10 días siguientes a la presente audiencia, para los efectos de lo dispuesto por el artículo 247 de la Ley 1437 de 2011.

CONTROL DE LEGALIDAD – ARTÍCULO 207 de la Ley 1437 de 2011

Los apoderados de las partes manifiestan que no observan ningún vicio que invalide las actuaciones adelantadas dentro del proceso.

Una vez revisadas las actuaciones adelantadas hasta este momento, el Despacho tampoco encuentra nulidades que impidan la continuación de proceso.

El Despacho deja constancia que cada acto procesal surtido en esta audiencia cumplió las formalidades esenciales. (Artículo 183-1-f CPA).

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada, siendo las 4:30 de la tarde y se firma la presente acta por quienes en ella intervinieron:


JANIELA JIMÉNEZ GUTIÉRREZ
C.C. N° 1.065.810.074
T. P. N° 290.137 del C. S. de la J
Apoderada de la parte demandante.

EDGAR GUILLERMO CARREÑO LÓPEZ
C.C. N° 79'956.475
T.P. N° 201.407 del C. S. de la J.
Apoderada de la entidad demandada.

ANGIE ELIZABETH PÉREZ RODRÍGUEZ
Profesional Universitario del Juzgado 16 Administrativo de Oralidad de Bogotá


CATALINA DÍAZ VARGAS
Juez