



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

Sección Segunda

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

Bogotá D.C., 7 de diciembre de 2017

Sentencia N° 0139 de 2017
(Artículo 183 ley 1437)

Expediente: 11001-33-35-016-2015-00187-00
Demandante: NORMA CONSTANZA ZAMORA RODRÍGUEZ
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO
PÚBLICO – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN
SOCIAL y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

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, no sin antes advertir que en la audiencia del 8 de agosto de 2017 en la etapa de saneamiento del proceso fue desvinculada del proceso la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en consecuencia, el Despacho basara el estudio de las pretensiones de la demandada únicamente frente a las actuaciones de la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL (fls. 520-521).

Así las cosas, se profiere sentencia con base en la siguiente motivación:

1.- PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La señora NORMA CONSTANZA ZAMORA RODRÍGUEZ, solicita a esta Jurisdicción que anule el acto administrativo contenido en el Oficio N° 2014-1110-1233561 del 4 de septiembre de 2014, mediante el cual la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y

PROTECCIÓN SOCIAL le negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral, que en su criterio existió, pese a haber suscrito sendos contratos de prestación de servicios como Auxiliar de Oficina al servicio de la liquidada E.S.E. LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO.

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 15 de julio de 2004 al 16 de agosto de 2007; como consecuencia de tal declaratoria, que se condene a la entidad accionada al reconocimiento y pago indexado de las prestaciones sociales causadas durante la ejecución de los contratos, esto es, auxilio de cesantías, intereses a las mismas, vacaciones, primas de servicios, de vacaciones, de navidad, bonificación por servicios prestados, aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones, pagos efectuados por pólizas de cumplimiento y retención en la fuente y demás prestaciones sociales, tomando como referente un Auxiliar de Oficina de la Planta de personal de la Entidad, reconocimiento y pago de perjuicios y que se le condene al cumplimiento de la sentencia en los términos estipulados en el artículo 188 y 192 de la Ley 1437 de 2011, así como la correspondiente condena en costas (fls. 205-207).

2.- HECHOS DE LA DEMANDA

La demandante sostiene que laboró para la liquidada E.S.E. LUÍS Carlos Galán Sarmiento bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios desde el 15 de julio de 2004, con prórrogas sucesivas e ininterrumpidas, hasta el 16 de agosto de 2007, cuyo objeto era suministrar apoyo en actividades relacionadas con las funciones de un Auxiliar de Oficina de la entidad.

Durante la “*relación laboral*” cumplió sus funciones como Auxiliar de Oficina, recibiendo instrucciones y horarios fijados por el hospital, 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 liquidado.

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. 207-210).

3.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

La parte demandante invoca como violadas normas de rango constitucional los artículos 13, 25, 53 y 58 y de orden legal los artículos 25, 27 y 48 de la Ley 734 de 2002, numeral 3º, artículo 32 de la Ley 80 de 1993, artículo 17 de la Ley 790 de 2002, Decretos 1042 y 1045 de 1978, 1750 de 2003 y 4171 de 2009, Ley 909 de 2004, Ley 1437 de 2011 y Sentencia C-154 de 1997, (fl. 210).

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

El apoderado de la demandante sustenta que el Hospital disfrazó la relación laboral mediante contratos de prestación de servicios, vulnerándole a la demandante los derechos a la igualdad, el trabajo, primacía de la realidad sobre las formalidades, beneficiándose de su trabajo personal y subordinado, sin cubrir los derecho y garantías laborales *mínimas* establecidos por la ley, pues desde su vinculación fue tratada como un empleada 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.

Cita la sentencia C-174 de 1997 de la Corte Constitucional que tiene 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 NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

La entidad contestó en forma oportuna la demanda mediante memorial visible a folios de 394-411 del expediente, en el que se opone a las pretensiones y condenas de la demanda.

El apoderado de la entidad demandada sostiene que esta no tuvo participación en las actuaciones administrativas que generaron la reclamación presentada por la parte demandante, ni fue la entidad empleadora de la misma, razón por la cual no debe asumir ningún tipo de responsabilidad en el *sub lite*. Adicionalmente, indica que mientras existió, la E.S.E. LUÍS Carlos Galán Sarmiento tuvo personería jurídica, por lo tanto los actos administrativos que expidió lo hizo con base en las facultades legales y administrativas, en consecuencia, el Ministerio de Salud y Protección Social no es el llamado a asumir una eventual condena, ni realizar el pago de las prestaciones sociales reclamadas.

Argumento que en virtud del Decreto 1750 de 2003 la E.S.E. LUÍS Carlos Galán Sarmiento se encontraba adscrita al Ministerio de Salud y Seguridad Social, situación que no implicaba la dependencia de dicha E.S.E. al citado ministerio, en la medida que la adscripción generaba únicamente un control de tutela para la verificación del cumplimiento de sus funciones, conforme a las políticas gubernamentales, sin que ello afectara la autonomía administrativa del centro hospitalario para la vinculación de personal externo en aras de cumplir los planes, metas y funciones indicadas en la ley.

Pese a lo expresado, manifiesta 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, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, contrato que se regula por la autonomía de la voluntad de las partes para el desarrollo de actividades relacionadas con el funcionamiento del hospital.

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.

Finalmente, transcribe apartes de distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que apoyan los argumentos de defensa antes referidos.

5.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN POR ESCRITO

5.1.- *Alegatos de la parte demandante.* (fls. 557-561). El apoderado de la parte demandante dentro del término legal escrito allegó los alegatos en el que reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

5.2.- *Alegatos de la entidad demandada* (fls. 549-556). Ratificó lo expuesto en la contestación de la demanda. Solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

6.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

6.1.- Problema jurídico: Debe resolver el Juzgado si entre la señora NORMA CONSTANZA ZAMORA RODRÍGUEZ y la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, como sucesora de la extinta E.S.E. LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO, 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 15 de julio de 2004 al 16 de agosto de 2007, en igualdad de condiciones de aquellas personas que se desempeñaron en el cargo de Auxiliar de Oficina en la planta de personal de la extinta 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 accionante NORMA CONSTANZA ZAMORA RODRÍGUEZ suscribió con la E.S.E. LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO, sendos contratos de prestación de servicios para desempeñar las funciones de Auxiliar de Oficina de manera ininterrumpida, en el periodo comprendido entre el 15 de julio de 2004 hasta el 16 de agosto de 2007, según consta en la certificación expedida el 11 de diciembre de 2008 por la Apoderada Especial del Liquidador Fiduagraria, que figura en original a folio 49 del expediente. Los precitados contratos también obran en fotocopias informales a folios 65-90 del expediente.
2. La accionante el 8 de julio de 2014 radicó bajo el N° 201442301031102 en el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, una petición mediante la cual solicitó el reconocimiento de la configuración de una relación laboral con la liquidada E.S.E. LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO, a través de los diversos contratos de prestación de servicios que suscribió con dicha entidad y como consecuencia de tal declaración se reconozcan y paguen todos las acreencias laborales y aportes al sistema general de seguridad social en pensiones que debió percibir entre el 15 de julio de 2004 y el 16 de agosto de 2007, (fl. 46).
3. La anterior petición, fue resuelta negativamente por el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, a través del Oficio N° 201411101233561 del 29 de agosto de 2014 -*acto acusado*-, en el que sostuvo que la accionante para ser beneficiaria de las prestaciones solicitadas, debió hacerse parte dentro del proceso liquidatorio de la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento, que dicho ente ministerial no sustituyó las funciones de la citada E.S.E., en consecuencia no se encuentra facultado para realizar pagos a cargo de la misma y, por ello, no es la entidad competente para decidir respecto a la contratación de la accionante, (fls. 47-48).
4. Comprobantes de pagos de los honorarios pagados por la E.S.E. Luís Carlos Galán Sarmiento a la accionante durante los años 2004 a 2007, (fls. 50-54).
5. Certificados expedidos el 15 de marzo de 2006 y el 28 de febrero de 2007 por la E.S.E. LUÍS Carlos Galán Sarmiento en el que constan los valores descontados a la demandante por concepto de retención en la fuente y el impuesto I.C.A., (fls. 55-56).
6. Planillas elaboradas por la Dirección Administrativa y Financiera de la Unidad Hospitalaria Clínica del Niño (centro hospitalario adscrito a la E.S.E. LUÍS Carlos Galán Sarmiento) que contienen los horario de trabajo y actividades desarrolladas

por la accionante en la entidad durante los años 2005 a 2007. En tales planillas se observa que durante los años relacionados la demandante cumplió turnos de 10 y 12 horas continuas de labores, (fls. 57-64).

7. Planillas que contienen los pagos efectuados por la demandante al Fondo de Pensiones Obligatorias Horizonte BBVA durante los años 2004 a 2007, (fls. 92-108) y comprobantes de pagos de aportes para salud a la E.P.S. Cafesalud durante los años 2006 y 2007, (fls. 110-111).
8. La demandante suscribió una póliza de seguro de cumplimiento con Seguros del Estado el 11 de septiembre de 2006 para garantizar el cumplimiento del contrato de prestación de servicios que suscribió con la E.S.E. LUÍS Carlos Galán Sarmiento para desempeñar las funciones de Auxiliar de Oficina de la citada entidad durante el periodo comprendido entre el 1º de junio de 2006 al 9 de febrero de 2007, (fl. 109).
9. Informes suscritos el 30 de junio y 24 de noviembre de 2006 y el 25 de abril y 25 de julio de 2007 por la señora NORMA CONSTANZA ZAMORA en el que hace un recuento detallado de las actividades desempeñadas en el cargo de Auxiliar de Oficina de la E.S.E. LUÍS Carlos Galán Sarmiento, (fls. 112-115).
10. Requerimiento y llamado de atención suscritos el 29 de marzo y el 10 de abril de 2007, respectivamente, por la Subdirección Administrativa de Admisiones de la E.S.E. LUÍS Carlos Galán Sarmiento (Unidad Hospitalaria Clínica del Niño) dirigido a la demandante y otro empleado de la entidad por el presunto incumplimiento de las funciones inherentes a su cargo, (fl. 116).
11. Manual de instrucciones elaborado por la E.S.E. LUÍS Carlos Galán Sarmiento (Unidad Hospitalaria Clínica Misael Pastrana Borrero) en el que detalla el proceso facturación, verificación, copagos, emisión de facturas, cobro de cuotas moderadoras y copagos y elaboración de estadísticas que debía cumplir la demandante en el ejercicio de sus funciones como Auxiliar de Oficina, (fls. 119-120).
12. Certificación proferida el 6 de octubre de 2017 por el Coordinador del Grupo de Entidades Liquidadas del Ministerio de Salud y Protección Social en la que indicó la asignación básica que percibió un Auxiliar Administrativo de la extinta E.S.E. LUÍS Carlos Galán Sarmiento, entre los años 2004 a 2007, (fls. 547-548). En la misma certificación consta que para efectos de asignaciones salariales y aportes

a seguridad social le eran aplicables a los empleados de planta los Decretos 3135 y 2400 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y 404 de 2006, junto con las normas que los modifican, aclaran o complementen. De la comparación entre el valor de los honorarios percibidos por la demanda (fls. 50-54) y la prueba antes relacionadas, se concluye que el salario percibido por un empleado de la planta de personal de la entidad (Auxiliar Administrativo) es superior a los honorarios pactados para la persona que prestaron sus servicios como Auxiliares de Oficina pero bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios.

13. Testimonio e interrogatorio de parte rendido por los señores HERNÁN LEAL ARIAS y NORMA CONSTANZA ZAMORA, (fl. 543).

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.¹

Conforme la disposición anterior, el legislador al proferir el Decreto 1569 de 1998,² 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.³

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 Estado.⁵

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

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.⁶

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.

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 (...).”

“ 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).

6.3.3. Del contrato de prestación de servicios

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

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

A su turno el Decreto 1510 del 17 de julio de 2013⁷ 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...” (Subrayas del Juzgado).

De conformidad con lo anterior, este tipo de contratos puede ser prestado por personas naturales o jurídicas para cumplir actividades que no puedan ser desarrolladas por el personal de planta 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 “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”.

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 Constitucional⁸ 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 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.

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-154 de 1997- M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

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 Estado⁹ 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 el actor tiene la carga probatoria de indicar los elementos esenciales de la

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

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 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 Estado¹⁰ 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 Estado¹¹ ha sostenido que pese

¹⁰ 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).

¹¹ Sentencia del 4 de febrero de 2016, C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación 27001-23-31-000-2013-00334-01(3275-14).

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 2016,¹² 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:

“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).

¹² 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.

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.

6.3.4. Del contrato realidad en materia de servicios de salud

Sobre el particular ha afirmado el Consejo de Estado¹³ 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

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 1 de marzo de 2012, expediente No. 25000-23-25-000-2008-0034-01 (0681-11). C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

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 *intuito 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.

7.2. De la remuneración

En los diversos contratos de prestación de servicios que obran en el expediente (fls. 65-90), se verifica que la entidad le fijó a la señora Norma Constanza Zamora Rodríguez una retribución por sus servicios como Auxiliar de Oficina, que recibía mensualmente de parte de la E.S.E. LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO y que se efectuaban según “(...) VALOR: *El valor total del presente contrato se estipula en hasta la suma de SETECIENTOS SETANTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS PESOS (\$774,500), por concepto de honorarios (...) FORMA DE PAGO: Cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, la EMPRESA pagara al contratista (...) mes vencido a través de transferencia bancaria a cuenta de ahorros a nombre del CONTRATISTA, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la expedición de la certificación (...)*” (tomado del contrato N° 18009-06, fls. 67-68). De la misma forma se estipuló en cada uno de los contratos y prorrogas suscritas por la actora con el Hospital las sumas de dinero que debía recibir como contraprestación por sus servicios.

Prueba de los pagos referidos son los desprendibles de pago de los años 2004 a 2007, en los que se indican los valores cancelados a la señora Zamora Rodríguez como retribución a sus servicios en el Hospital (fls. 50-54).

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

7.3. Subordinación o dependencia

Este es, en ultimas, según la Corte Constitucional y 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 la E.S.E. LUÍS Carlos Galán Sarmiento como Auxiliar de Oficina, las cuales cumplió de manera reiterada e ininterrumpida por varios años, entre las cuales se encontraban, en síntesis, las de “(...) APERTURA DE HISTORIAS CLÍNICAS, HOSPITALIZACIÓN DE PACIENTES, SALIDAS DE PACIENTES, ARCHIVO DE CONSULTAS DE URGENCIAS, RECEPCIÓN TELEFÓNICA, COMPROBACIÓN DE DERECHOS DEL USUARIO, VERIFICACIÓN DE AUTORIZACIONES DE ATENCIÓN (IPS-EPS-SECRETARÍA DE SALUD), INFORME OPORTUNO DE ATENCIÓN A PARTICULARES, INGRESO DE PACIENTES, EGRESO DE PACIENTES, ELABORACIÓN DE STICKERS, RECIBIR PAGOS ESPORÁDICOS DE CONSULTA, INSUMOS Y ABONOS A PAGARES, ELABORACIÓN DE CENSO, VERIFICACIÓN DE CENSO, SOLICITUD A INFORMÁTICA DE ACTUALIZACIONES DE INGRESOS, RECEPCIÓN Y TRÁMITE DE LOS INFORMES DE TRASLADO INTERNO DE PACIENTES, INFORME OPORTUNO DE NOVEDADES DE COORDINACIÓN DE ADMISIONES, OTRAS ACTIVIDADES INHERENTES AL SERVICIO DE ADMISIONES, GENERACIÓN DE STICKERS PARA QUIRÚRGICAS Y CONSULTA EXTERNA (...)”, es decir, que las cumplía en las mismas condiciones que el personal de planta de la entidad.

Respecto del cumplimiento de funciones y horario de labores que la entidad exigía a la demandante, la demandante allegó al expediente las planillas de turnos programados para los funcionarios que se desempeñaban en diversos cargos, entre esos, auxiliares de oficina y su equivalente en la planta de personal del Hospital, esto es, auxiliar administrativo y entre los cuales se encontraba la accionante, durante los años 2005 a 2007 (fls. 57-64) y tanto el testigo que concurrió a la audiencia de pruebas (fls. 541-542), como la propia demandante coincidieron en señalar que para desarrollar el objeto contractual la demandante debía cumplir el horario asignado

por su jefe inmediato, el cual desarrolló en todos los turnos (mañana, tarde y noche) en horarios comprendidos entre las 7:00 p.m. a 7:00 a.m., 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y 1:00 p.m. a 7:00 p.m., respectivamente, según se extrae de sus declaraciones.

Advierte el Despacho que la actora no solo estaba sometida y obligada al cumplimiento de un horario de trabajo previamente definido por la propia entidad, así como al constante obedecimiento de las órdenes impartidas por sus superiores, sino que también fue objeto de llamados de atención por el desarrollo de sus funciones, como se verifica en el requerimiento y memorando suscritos el 29 de marzo y 10 de abril de 2007 por la Subdirección Administrativa de Admisiones de la E.S.E. LUÍS Carlos Galán Sarmiento que figuran a folios 116 y 117, respectivamente. Textualmente se lee en el memorando “(...) *No hay excusa para que algunas de estas actividades no se lleven a cabo, se deben ejecutar el total de ellas para evitar traumatismos en el servicio, según los procedimientos que ya les han sido informados suficientemente, mediante documentos firmados y recibidos por ustedes como lo son: el Acta de Compromiso, Manual de Procesos y Procedimientos, Oficios, Memorandos e Instructivos. Hacemos entonces énfasis en que la atención del área de Admisiones en horarios nocturnos, dominicales o festivos, en los que no hay Control Administrativo directo, no es independiente, ni ajena a este, y debe funcionar como un todo para nuestros usuarios...*” (fl. 116).

Como se pudo verificar, la demandante, más allá de una relación de coordinación, se encontraba sometida y obligada 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, 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 la actora 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.

También se verifica en la certificación proferida el 6 de octubre de 2017 por el Coordinador del Grupo de Entidades Liquidadas del Ministerio de Salud y Protección Social que de la comparación entre el valor de los honorarios percibidos por la demandante (fls. 50-54) y el salario devengado por un empleado de la planta

de personal de la entidad (Auxiliar Administrativo), este último es superior a los honorarios pactados para aquellas personas que prestaron sus servicios como Auxiliares de Oficina pero bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, a pesar de que realizaron las mismas labores y se encontraban sometidos a un mismo horario y al cumplimiento de la misma cantidad de trabajo, sin embargo, presentaron diferencias significativa en cuanto al valor del salario y demás emolumentos que percibieron uno y otro.

En fin, se comprobó que existían empleados de planta que ejercían las mismas funciones que la señora Norma Constanza Zamora Rodríguez, en su condición de contratista, 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 3 años, desde el 15 de julio de 2004 al 16 de agosto de 2007 (fl. 49).

Entonces, la E.S.E. LUÍS Carlos Galán Sarmiento, 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 auxiliares de oficina, cargo que en efecto está creado en la planta de personal de la entidad (como Auxiliar Administrativo, fls. 547-548) y que también desempeñaba la demandante en calidad de contratista, lo cual no era procedente por el carácter de permanente de la labor, de modo que la demandante dejó de ser una contratista y se convirtió en una persona que desarrolló su actividad bajo la realidad de 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 Norma Constanza Zamora Rodríguez prestó el servicio público en salud en la E.S.E. LUÍS Carlos Galán Sarmiento, en las mismas condiciones que los empleados de planta, en forma permanente, por más de 3 años.

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 empleado

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 o las demás formas contempladas en la ley).

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

De conformidad con lo planteado por el Consejo de Estado 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.

7.5. De la prescripción

El Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación¹⁵ 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, 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.

Sin embargo, en el presente asunto, se ha configurado la prescripción extintiva de las prestaciones y emolumentos reclamados, teniendo en cuenta que tal y como consta en la certificación del 11 de diciembre de 2008 (fl. 49) y lo acepta el apoderado de la parte demandante en los hechos y pretensiones de la demanda (fls. 205-210), el último contrato de prestación de servicios suscrito por la señora NORMA CONSTANZA ZAMORA RODRÍGUEZ con la E.S.E. LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO fue el N° 1085-07 suscrito para el periodo comprendido entre el 5 de enero al 16 de agosto de 2007.

Según lo probado en el proceso la accionante presentó una petición el 7 de agosto de 2014 ante el Ministerio de Salud y Protección Social solicitando el reconocimiento de una relación laboral (y el consecuente pago de todas las prestaciones sociales y salariales derivadas de esa relación de trabajo entre los años 2004 al 2007 (original visible a folio 46 del expediente), esto es, más de 6 años después de finalizado el término de ejecución del último contrato de prestación de servicios (contrato

¹⁵ 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.

ejecutado entre el 5 de enero y el 16 de agosto de 2007, según se verifica a folio 49 y lo expresa la accionante en los hechos y pretensiones de la demanda).

Por lo anterior, el Despacho basa su análisis en la citada petición del 7 de agosto de 2014 (fl. 46), es decir, que la petición de reconocimiento y pago de los derechos salariales derivados de la aparente relación laboral se realizó 6 años, 11 meses y 21 días después de la terminación del último contrato de prestación de servicios (16 de agosto de 2007), es decir por fuera de término de 3 años previsto en los artículos 41 del Decreto 3135/68 y 102 del Decreto 1848/69, conforme a la jurisprudencia de unificación antes citada.

Así las cosas, como la reclamación de los derechos laborales que la demandante pretendía hacer derivar de sus relaciones con la administración, que inicialmente se pactaron como contractuales, se hizo en forma extemporánea, se extinguió cualquier derecho a su favor por esa causa, tal como lo señaló el Consejo de Estado en la sentencia del 9 de abril de 2014 y lo reiteró en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, citadas en párrafos anteriores, lo cual conlleva al Despacho a declarar probada la excepción de prescripción extintiva total de los derechos reclamados relacionados con las cesantías, primas y demás emolumentos reclamados, excepto las cotizaciones con destino al sistema general de seguridad social, como pasa a explicarse.

7.6. 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 15 de julio de 2004 y el 16 de agosto de 2007 (periodo de desarrollo de los contratos de prestación de servicios, fl. 13) 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 este 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 Auxiliar de Oficina en la extinta E.S.E. LUÍS Carlos Galán Sarmiento bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, esto es, desde el 15 de julio de 2004 al 16 de agosto de 2007, 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.

7.7. 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 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 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*¹⁶ expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, establece las tarifas y criterios que deben tenerse en cuenta por la Juez al momento de fijarlas¹⁷, 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 tasará entre el 4% y 10% del valor de las pretensiones de la demanda.

En relación con este tema, la Corte Constitucional desarrolló diversa jurisprudencia¹⁸, de manera reciente en la sentencia T-625 de 2016¹⁹ 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 Estado²⁰, 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.

¹⁶ Acuerdo que derogó los Acuerdo 1886 de 2003, Acuerdos 2222 del 10 de diciembre de 2003 y PSAA13-0943 del 4 de julio de 2013.

¹⁷ 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 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 (...)"

¹⁸ 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.

¹⁹ M.P. María Victoria Calle Correa.

²⁰ Sección Segunda, Subsección A – Consejo de Estado, C.P. William Hernández Gómez.

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, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de \$224.000 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,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que entre la señora NORMA CONSTANZA ZAMORA RODRÍGUEZ, identificada con C.C. N° 52.065.634 y la E.S.E. LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO – Liquidada 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 lapso, de acuerdo con las razones expuestas.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se declara nulo el 201411101233561 del 29 de agosto de 2014, por medio del cual la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL le negó a la señora NORMA CONSTANZA ZAMORA RODRÍGUEZ el reconocimiento y pago los derechos y acreencias laborales solicitados, de acuerdo con los motivos expuestos en esta providencia.

TERCERO: Declarar configurada la prescripción extintiva total de las acreencias laborales reclamadas por la señora NORMA CONSTANZA ZAMORA RODRÍGUEZ, excepto los aportes destinados a seguridad social en pensión, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, se CONDENA a la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL a que reconozca y pague en forma indexada a la señora NORMA CONSTANZA ZAMORA RODRÍGUEZ, para

efectos pensionales, el tiempo comprendido entre el 15 de julio de 2004 y el 16 de agosto de 2007, 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 desempeñara 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 el 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 Auxiliar de Oficina de la extinta E.S.E. LUÍS CARLOS GALÁN SARMIENTO bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, esto es, desde el 15 de julio de 2004 al 16 de agosto de 2007, se debe computar para efectos pensionales, por las razones expuestas.

QUINTO: 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.

SEXTO: Seniegan las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

SÉPTIMO: CONDENAR 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 doscientos veinticuatro mil pesos (\$224.000), por Secretaría liquídese.

OCTAVO: 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.

NOVENO: 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.

DÉCIMO: 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 autentica 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.

UNDÉCIMO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado háganse las anotaciones de ley y ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE


CATALINA DÍAZ VARGAS

JUEZ

HJDC

JUZGADO DIECISEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ SECCIÓN SEGUNDA Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art 201) se notificó a las partes la providencia anterior, hoy 13 de diciembre de 2017 a las 8:00 a.m. Secretaria Hoy 13 de diciembre de 2017 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. Secretaria
