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

Sección Segunda

Carrera 7 N°12B-27 Piso 6 Bogotá D.C.

Juez, Doctor **JAIME HENRY RAMIREZ MORENO**

Bogotá D.C., julio 18 de 2016

Sentencia N° 95 de 2016 Sistema Oral

(Artículo 183 ley 1437)

Expediente:	11001-33-35-016-2015-00581-00
Demandante:	MONICA LILIANA SARMIENTO NOVOA
Demandado:	HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR II NIVEL E.S.E.

Contrato Realidad

ASUNTO

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

1.- PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La señora **MONICA LILIANA SARMIENTO NOVOA** solicita a esta Jurisdicción que anule el acto administrativo contenido en el **Oficio N° 01235 del 10 de abril de 2015**, por medio del cual el **HOSPITAL SIMÒN BOLÍVAR III NIVEL E.S.E.** le negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral, que en su criterio existió, pese haber suscrito contratos de prestación de servicios.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se declare la existencia de una relación laboral entre el **HOSPITAL DE SIMÒN BOLÌVAR III NIVEL E.S.E.** y la demandante, durante el periodo comprendido del **17 de julio de 2007 al 4 de**

abril de 2014; como consecuencia de tal declaratoria se condene a la entidad accionada al reconocimiento y pago indexado de las prestaciones sociales devengadas durante la duración de los contratos (17 de julio de 2007 al 4 de abril de 2014); a que se reconozca y pague la indemnización establecida en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 y que le reconozca y pague las horas extras, recargos nocturnos, trabajo supletorio, indemnizaciones y aportes a seguridad social que dejaron de pagarse durante todo el vínculo laboral (fl. 37).

2.- HECHOS DE LA DEMANDA

Relata la demandante que laboró para el Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E. como Auxiliar de Enfermería mediante sendos contratos de prestación de servicios de forma interrumpida y sucesivas prórrogas durante el periodo comprendido entre el 17 de julio de 2007 al 4 de abril de 2014.

Sostiene que durante la vinculación con la institución hospitalaria prestó sus servicios de manera personal, habitual y con sujeción a las órdenes impartidas por sus superiores inmediatos, en horarios que iban de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., 7:00 a.m. a 1:00 p.m., 1:00 p.m. a 7:00 p.m. de lunes a viernes; los fines de semana debía cumplir turnos alternos de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. y los días festivos prestaba servicios en turnos de 6 horas de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y viceversa.

Manifiesta que desempeñó su labor en distintas áreas del Hospital, tales como UCI neonatos, urgencias, pos quirúrgico, medicina interna, pediatría, ginecología, y en la unidad de quemados, donde desempeñó la mayor parte de su trabajo como auxiliar de enfermería.

Que siempre laboró bajo continua subordinación, respetando el cumplimiento de los horarios impuestos por la Institución, en las mismas condiciones como lo realizaban los auxiliares de enfermería de planta, sin embargo, al estar vinculada bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, no recibió el pago de las distintas prestaciones sociales que devengaban los empleados de planta y además debía realizar los aportes completos para seguridad social, sin el correspondiente aporte patronal.

La accionante mediante petición solicitó a la entidad demandada el reconocimiento de la relación laboral configurada a través de los distintos

contratos de prestación de servicios que suscribió y en consecuencia el pago de las prestaciones sociales, indemnizaciones y cotizaciones al sistema de seguridad social durante todo el término de la relación contractual.

Mediante acto administrativo contenido en el Oficio Nº 01235 del 10 de abril de 2015, la entidad accionada negó las peticiones anteriores, bajo el argumento que entre el Hospital y la accionante existió una relación meramente contractual propia de los contratos de prestación de servicios y bajo esas condiciones nunca existió relación laboral que obligara a la entidad al pago de las prestaciones reclamadas (fls. 38-41).

3.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Invoca la parte demandante como violadas las siguientes normas:

Violación de normas constitucionales: artículos 1, 2, 25, 53, 122, 123 y 125.

Violación de normas legales: Código Sustantivo del Trabajo, artículo 22, 23 y 24; ley 100 de 1993, decreto 806 de 1998, ley 80 de 1993, decreto 1950 de 1973, decreto 2400 de 1968, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1996, convenios Nº 87,98, 100 y 111 de la OIT y bloque de constitucionalidad.

Sostiene que el Hospital demandado vulneró en el caso concreto los postulados establecidos en los decretos 1950 de 1973 y 2400 de 1968, según los cuales las personas que prestan sus servicios en una entidad pública en cumplimiento de funciones de carácter permanente deben estar vinculados como empleados públicos, mediante una relación legal y reglamentaria, con precisas funciones determinadas en la ley conforme al cargo desempeñado y el correspondiente pago de salarios y prestaciones inherentes al servicio prestado y no mediante contratos de prestación de servicio, como lo hizo la entidad. Relaciona jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre el argumento anterior.

Resalta diversos pronunciamientos del Consejo de Estado relacionados con los contratos de prestación de servicios en el sector de la salud, en el entendido de que en las funciones contratadas bajo esta modalidad se constituyen los tres elementos propios de toda relación laboral, esto es, subordinación (entendida

como la dependencia desde el punto de vista técnico y científico), prestación personal del servicio y remuneración y que en el caso particular de la accionante se encuentran plenamente acreditados.

Arguye que además de la indebida aplicación de las normas en que debería fundarse el acto administrativo demandado, este también adolece de falsa motivación y desconocimiento factico y jurídico de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por cuanto considera que las razones esbozadas por la entidad para negar la existencia del vínculo laboral son contrarias a la realidad y por lo tanto resultan engañosas en el entendido de que la accionante cumplió con sus funciones bajo continua subordinación, horarios preestablecidos, con prestación personal del servicio y por todo ello recibía un pago mensual (fls. 45-56).

4.- Oposición a la demanda por el HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR III NIVEL E.S.E.

La entidad contestó en forma oportuna la demanda mediante memorial visible a folios de 73-75 del expediente, en el que se opone a las pretensiones y condenas de la demanda.

Expresa que el contrato de prestación de servicios que celebró la entidad con la accionante se efectuó 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.

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 la accionante, inscritos en carrera administrativa.

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

5.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN POR ESCRITO.

5.1.- ***Alegatos de la parte demandante*** **(fls. 152-157).** Allegó dentro del término legal concedido escrito de alegatos en los que reitera los argumentos esbozados en la demanda. Indicó que los testimonios ofrecidos por los declarantes dan cuenta de la configuración de los elementos de la relación laboral existente entre el Hospital y la demandante y no una mera relación contractual como lo expone la entidad accionada.

5.2.- ***Alegatos de la parte demandada.*** **(fls. 158-161).** Ratificó lo expuesto en la contestación de la demanda. En síntesis sostiene que el contrato de prestación de servicios suscrito entre el Hospital y la actora tiene como fundamento el numeral 3° del artículo 32 de la ley 80 de 1993, razón por la cual el objeto contractual se desarrolló en aplicación de la autonomía de la voluntad de la accionante para el desarrollo de las funciones derivadas del mismo y por lo tanto no hay lugar a declarar la existencia de una relación laboral. Que la contratación en la modalidad de contratos de prestación de servicios no genera ningún tipo de estabilidad, ni otorga la calidad de empleado público por el hecho de laborar en una entidad pública. Relaciona sentencias del Consejo de Estado que en su parecer permiten este tipo de contratación a las entidades públicas.

6.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

6.1.- Problema jurídico.

Debe resolver el Juzgado si entre la demandante y el **HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR III NIVEL E.S.E.** (hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.), se configuró una relación laboral, pese a haber suscrito y ejecutado diversos y continuos de contratos de prestación de servicios, y si como consecuencia, se le deben reconocer y pagar las acreencias laborales durante el periodo comprendido desde el **17 de julio de 2007** hasta el **4 de abril de 2014**, 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.

6.2.- Pruebas relevantes que obran en el expediente.

Obran en el expediente las siguientes pruebas:

1. De la certificación expedida el **1º de abril de 2014** por la **Líder del Grupo Funcional de Contratación** del **Hospital Simón Bolívar II Nivel E.S.E.**, que reposa en fotocopia informal a folios 31 a 35 del expediente, se verifica que la accionante **MONICA LILIANA SARMIENTO NOVOA** suscribió con el citado Hospital sendos contratos de prestación de servicios para desempeñar el cargo de **AUXILIAR DE ENFERMERÍA**, en el periodo comprendido entre el **17 de julio de 2007**hasta el **30 de abril de 2014**, tal como se relacionan a continuación:

   - Contrato Nº 1456-2007, desde el 17 de julio hasta el 31 de agosto de 2007.
   - Contrato Nº 1805-2007, del 1º al 30 de septiembre de 2007. El anterior contrato fue adicionado y prorrogado entre el 1º y el 31 de octubre de 2007.
   - Contrato de transacción, del 1º al 30 de noviembre de 2007.
   - Contrato Nº 2393-2007, del 1º al 31 de diciembre de 2007.
   - Contrato Nº 439-2008, del 1º al 31 de enero de 2008.
   - Contrato Nº1011-2008, desde el 1º de febrero hasta el 30 de junio de 2008. El anterior contrato fue adicionado y prorrogado entre el 1º al 31 de julio de 2008.
   - Contrato Nº 1740-2007, del 1º al 31 de agosto de 2008.
   - Contrato Nº 2294-2008, del 1º de septiembre al 31 de octubre de 2008.
   - Contrato Nº 2882-2008, del 1º al 30 de noviembre de 2008.

- Contrato de transacción, del 1º al 31 de diciembre de 2008.
- Contrato Nº 439-2009, del 2 al 31 de enero de 2009.
- Contrato Nº 972-2009, del 1º de febrero al 31 de mayo de 2009.
- Contrato Nº 1568-2009, del 1º al 30 de junio de 2009.
- Contrato Nº 2071-2009, entre el 1º y el 31 de julio de 2009.
- Contrato de transacción, del 1º al 31 de agosto de 2009.
- Contrato de transacción, del 1º al 30 de septiembre de 2009.
- Contrato de transacción, del 1º al 6 de octubre de 2009.
- Contrato Nº 3250-2009, del 7 al 31 de octubre de 2009.
- Contrato de transacción, del 1º al 30 de noviembre de 2009.
- Contrato de transacción, del 1º al 31 de diciembre de 2009.
- Contrato de transacción, del 1º al 3 de enero de 2010.
- Contrato Nº 482-2010, del 4 al 31 de enero de 2010.
- Contrato Nº 1074-2010, del 1º al 28 de febrero de 2010.
- Contrato Nº 1748-2010, del 1º al 31 de marzo de 2010.
- Contrato Nº 2442-2010, del 1º de abril al 31 de mayo de 2010. El anterior contrato fue adicionado y prorrogado entre el 1º de junio al 31 de julio de 2010.
- Contrato Nº 3412-2010, del 1º al 31 de agosto de 2010. El anterior contrato fue adicionado y prorrogado entre el 1º de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2010.
- Contrato Nº 226-2011, del 1º al 31 de enero de 2011.
- Contrato Nº 1373-2011, del 1º al 28 de febrero de 2011.
- Contrato Nº 2157-2011, del 1º al 31 de marzo de 2011. El anterior contrato fue adicionado y prorrogado entre el 1º al 30 de abril de 2011.
- Contrato Nº 2918-2011, del 1º de mayo al 30 de junio de 2011.

- Contrato N° 3751-2011, del 1° de julio al 31 de agosto de 2011. El anterior contrato fue adicionado y prorrogado entre el 1° de septiembre al 31 de octubre de 2011.

- Contrato N° 4554-2011, del 1° al 30 de noviembre de 2011. El anterior contrato fue adicionado y prorrogado entre el 1° y el 31 de diciembre de 2011.

- Contrato N° 483-2012, del 1° de enero al 29 de febrero de 2012.

- Contrato N° 1464-2012, del 1° de marzo al 31 de mayo de 2012. El anterior contrato fue adicionado y prorrogado entre 1° de junio al 31 de agosto del 2012 y del 1° de octubre hasta el 31 de diciembre de 2012.

- Contrato N° 426-2013, del 2 de enero al 30 de junio de 2013. El anterior contrato fue adicionado y prorrogado entre el 1° de julio hasta el 31 de diciembre de 2013.

- Contrato N° 281-2014, del 1° de enero al 31 de marzo de 2014. El anterior contrato fue adicionado y prorrogado entre el 1° al 30 de abril de 2014.

Algunos de los contratos anteriormente citados se encuentran en fotocopia informal a folios 24 a 30 del expediente.

2. A folios 20-21 del expediente milita en original el **Oficio N° G.H. 131.2015 del 6 de abril de 2015** expedido por la **Subgerente Administrativa** del **Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E.** en el que le informó a la accionante cuál es el número de Auxiliares de Enfermería de la planta de la entidad y las personas que prestaron sus servicios al Hospital mediante contratos entre el **17 de julio de2007** y el **3 de abril de 2014**, así como los emolumentos percibidos por los Auxiliares de Enfermería de planta durante los citados años, entre los que se encuentran asignación básica, prima de antigüedad, prima semestral, prima de vacaciones, bonificación especial de recreación, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, reconocimiento por permanencia, cesantías e intereses de cesantías.

3. A folios 16-18 del expediente reposan en fotocopia simple extractos del "Formato Único Hoja de Vida" diligenciado por la accionante para su vinculación con el Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E.

4. El **16 de marzo de 2015** la demandante **MONICA LILIANA SARMIENTO NOVOA** radicó una petición en el **Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E.**, a través de la cual solicitó el reconocimiento y pago, durante todo el tiempo laborado en la entidad accionada bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios como **Auxiliar de Enfermería**, de todos los emolumentos, prestaciones, aportes a seguridad social e indemnizaciones previstas en la ley 50 de 1990, artículo 99, de manera indexada, que percibe un auxiliar de enfermería de la planta de personal del Hospital (se extrae del acto acusado, oficio Nº 01235 del 10 de abril de 2015, fls. 22-23 y del memorial que obra sin constancia de recibido en la entidad a folios 11-15 del expediente).

5. La anterior petición fue resuelta en forma desfavorable por la **Gerente** del **Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E.**, a través del **Oficio Nº 01235 del 10 de abril de 2015 – *acto acusado***-, en el cual la entidad le indicó que *"(...) se procedió a realizar las correspondientes averiguaciones y el Grupo Funcional de Contratación informó que, entre usted y el Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E., existo una relación contractual propia de los contratos de prestación de servicios, razón por la cual no es posible reconocer ni pagar las prestaciones sociales y demás emolumentos por usted reclamados en la misiva (...)"*. (Original visible a folios 22-23 del expediente).

6. Fotocopia autenticada del expediente administrativo de la demandante remitido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E. obra a folios 114-127 del expediente; en síntesis se trata de los documentos con los cuales la accionante adelantó toda la actuación administrativa de reclamación ante la entidad, documentos que fueron relacionados por el Juzgado en la audiencia del 11 de abril de 2016 y aceptados por los apoderados de las partes (fls. 91-95).

7. Fotocopias informales de las planillas de actividades y servicios de la Unidad de Quemados del Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E. remitido por el **Líder de Servicio de Enfermería del Hospital**, que figuran a folios 132-146 del expediente, donde se indican los turnos laborados por la señora **Mónica Liliana Sarmiento Novoa** como **Auxiliar de Enfermería** en los años **2013** y **2014** del citado centro hospitalario.

8. A folios 112 y 130 del expediente reposan CD remitidos por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Hospital que contiene el expediente administrativo de la accionante, hoja de vida, informes suscritos por la accionante y los supervisores de cada uno de los contratos celebrados con la entidad en donde se indican las gestiones realizadas en virtud de la ejecución de dichos contratos en cada uno de los periodos contratados; también figuran los desprendibles de los pagos realizados por la actora con destino a seguridad social (salud y pensión) por la ejecución de las actividades contratadas por el Hospital, los contratos y prorrogas a los contratos de prestación de servicios suscritos por la demandante con el Hospital, copias de diversas certificaciones expedidas por el Subgerente Científico y el Profesional Especializado de la entidad que dan cuenta que la señora Sarmiento Novoa cumplió a cabalidad todas las funciones para las que fue contratada y los antecedentes disciplinarios y fiscales, capacitaciones y estudios y títulos académicos.

9. Declaraciones rendidas ante el Juzgado por los señores MONICA LILIANAN SARMIENTO NOVOA, JOSE VICENTE ARAQUE SANABRIA y CECILIA CELIS SUAREZ (fl. 151).

6.3-. LAS NORMAS APLICABLES AL CASO Y EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL.

Los artículos 122 y 125 de la Constitución Política de 1991, contemplan la función pública, así:

> *"Art. 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. (Inc. 1°)..."*
> *"Art. 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 (...)".*

La noción de empleo se encuentra prevista en el artículo 2 del Decreto 770 de 2005, que derogó el artículo 2 del Decreto 1042 de 1978 (lo concluyó la Corte Constitucional en la Sentencia C-422 de 2012), en el que se definió el empleo como *"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".*

El artículo 7º del Decreto 1950 de 1973 señaló que:

> *"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)

Por su parte la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, en materia de empleo público dispone:

> ***"Art. 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" (...)"*

En cuanto a los empleos de las entidades territoriales el artículo 2º del Decreto 1569 de 1998 "*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*" dispone:

> *"Artículo 2º.- 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".*

Por su parte, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Único Disciplinario, establece en el numeral 29 del artículo 48 como falta gravísima:

> *"29. 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 todo lo anterior 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 también sanciona al servidor que utilice en indebida forma los contratos de prestación de servicios.

El contrato de prestación de servicios se encuentra previsto en el numeral 3° 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 2013 "*Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública*", vigente desde el 15 de agosto de 2013, dispuso:

> "***Artículo 60. Contratos de prestación de servicios de salud.*** *La entidad estatal que requiera la prestación de servicios de salud debe utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía. Las personas naturales o jurídicas que presten estos servicios deben estar inscritas en el registro que para el efecto lleve el Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces.*
>
> ***Artículo 81. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.*** *Las entidades estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la 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. En este caso, no es necesario que la entidad estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.*
>
> *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.

La entidad estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos." (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, 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 de duración estipulado.

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

La Corte Constitucional[1] al estudiar la constitucionalidad del numeral 3 de la ley 80 de 1993, señaló 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 donde bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicio se esconde en realidad una relación de carácter laboral, así:

*"**b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato**. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas. (...)*

***c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido**. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.*

[1] Corte Constitucional Sentencia C-154 de 1997- M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el ***elemento de subordinación o dependencia*** *es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.*

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo." (Subraya el Juzgado)

Por su parte el Consejo de Estado[2] respecto de contrato de prestación de servicios y el principio de la realidad sobre las formalidades establecidas, también ha sostenido:

"... el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento 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 C.P. que contempla la

[2] 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)

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.

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir 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. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral." (Subraya el Juzgado)

En palabras del Consejo de Estado[3], "*(...) el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.*

La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica otorgar la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el solo hecho de trabajar para el Estado, pues 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 ha sido 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,

[3] Sentencia del 27 de octubre de 2011 SCA, Sección Segunda, Subsección "A"; Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Radicación Número: 25000-23-25-000-2008-00070-01(1796-10), Actor: Miguel Antonio Parroquiano García.

radicación número: 05001-23-31-000-2004-03742-01(2027-12) (Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón).

Adicionalmente, el Consejo de Estado 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)), 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. Textualmente dijo:

> *"Así mismo, aunque se haya realizado una vinculación bajo la forma de contrato de prestación de servicios, si el interesado logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, (artículo 53 Constitución Política).*
>
> *El anterior criterio ha sido sostenido por esta Corporación[4] en los siguientes términos, insistiendo en la importancia de la subordinación:*
>
> > *"De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.*
> >
> > *(...)*
> >
> > *La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público (...)*

Ahora, en cuanto a los efectos de la sentencia que declara la relación laboral y sobre la prescripción, el Consejo de Estado[5] ha sostenido recientemente:

---

[4] Expediente 0245-2003, citado en la 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)).

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

> *"En cuanto a los efectos que se derivan de dicha declaratoria, esta Sección en repetidas oportunidades se ha pronunciado con el fin de señalar que se trata de una sentencia constitutiva del derecho, por lo que en principio no habría lugar a sancionar al beneficiario con la prescripción del derecho que se reclama. Sin embargo, tampoco puede pasarse por alto que dicha solicitud debe realizarse por el interesado 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.*
>
> *Una vez resuelto el anterior interrogante y establecida la existencia de la relación laboral, es cuando el juez debe proceder a resolver sobre el reconocimiento de los derechos salariales y prestacionales que se puedan derivar de aquella, así como sobre la configuración o no del fenómeno jurídico de la prescripción, frente a los derechos que tengan el carácter de prescriptibles, y dejando a salvo los derechos pensionales, que no tienen dicha naturaleza."* (Subrayado fuera del texto original).

Del contrato realidad en materia de servicios de salud.

En reiteradas ocasiones ha afirmado la jurisprudencia del Consejo de Estado que *"... en el caso de quienes prestan servicios de salud es válida la suscripción de Contratos de Prestación de Servicios, en tanto sus servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la entidad respectiva o cuando para tal efecto se requiere de conocimientos especializados, de tal manera que en atención a situaciones excepcionales que se requieren para la prestación del servicio médico en sus diferentes disciplinas y a la autonomía e independencia inherente a la aplicación y ejercicio del mismo, se ha habilitado dicha modalidad para la contratación del personal en los servicios en salud."*[6]

El Consejo de Estado, 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, *"la especialidad de que se revisten los servicios de salud –tratándose de personas naturales-, 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*

[6] 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.

naturaleza de un contrato de prestación de servicios, de manera que no puede admitirse de forma absoluta que en cuanto a tales servicios no quepa la figura del contrato realidad", máxime si la prestación del servicio de salud constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las entidades estatales prestadoras del mismo.[7] (Subrayas fuera del texto original). Esta posición fue reiterada por el Consejo de Estado en la sentencia del 13 de febrero de 2014, expediente No. 68001-23-31-000-2010-00449-01(1807-13), C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

Por consiguiente, en cada caso deben revisarse las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios, en aras de establecer la verdadera naturaleza de la relación que existió entre las partes.

7. El Caso concreto.

La señora **MONICA LILIANA SARMIENTO NOVOA** solicita que se declare que existió una relación de naturaleza laboral al ejecutar los diversos contratos de prestación de servicios que suscribió con el **HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR III NIVEL E.S.E.,** con el objeto de realizar actividades de Auxiliar de Enfermería y que en consecuencia se declare 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.

Como ya se relacionó en el capítulo de pruebas de esta providencia, la accionante mediante escrito del **16 de marzo de 2015** radicado en el **Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E.**, reclamó el reconocimiento y pago de salarios, aportes a seguridad social, indemnizaciones y prestaciones, porque considera que existió en realidad una relación laboral respecto de los contratos de prestación de servicios suscritos durante el periodo comprendido entre el 17 de julio de 2007 al 4 de abril de 2014 (fls. 11-15).

El Despacho procederá 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 (órdenes) de prestación de servicios.

---

[7] Ibíd.

7.1. De la prestación personal del servicio:

De acuerdo con las pruebas aportadas e incorporadas al expediente, se demuestra que la señora **MONICA LILIANA SARMIENTO NOVOA** prestó en forma personal sus servicios en desarrollo de distintos contratos de prestación de servicios suscritos con el **HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR III NIVEL E.S.E.,** cuya relación quedó consignada en el capítulo de pruebas de esta sentencia. Este aspecto no lo discuten las partes.

Además, de la lectura de algunos de los contratos de prestación de servicios, entre otros, los Nº 2393-2007 y Nº 4554-2011, que obra en el CD visible a folio 130 del expediente que contiene el expediente administrativo de la accionante, se lee claramente que el objeto del mismo fue *"(...)* ***Obligaciones del CONTRATISTA:*** *para el desarrollo de las actividades contractuales EL PROVEEDOR DE SERVICIOS deberá;* ***A)*** *Realizar personalmente las actividades que dé él se deriven* ***B).*** *Actuar con suma diligencia, responsabilidad e idoneidad en la ejecución de las actividades contratadas.* ***C)*** *Suscribir el acta de inicio, así como también el acta de liquidación contractual, dentro del término legal indicado para tal efecto.* ***D)*** *Con la jefe del servicio recibo y entrega del servicio, 2) Realizar cuidados a los pacientes asignados como, baño general, arreglo de unidad, toma de signos vitales, asistir en la alimentación,* ***3)*** *Registrar en la historia clínica actividades realizadas y las demás que se requieran para la correcta ejecución del objeto del contrato (...)* ***G)*** *Cumplir con la normatividad vigente en gestión ambiental y demás que tenga relación con la ejecución del objeto de la presente orden* ***H)*** *Participar en las actividades que le sean asignadas para la implementación y el adecuado funcionamiento de la norma técnica de la gestión pública SOGCS en sus 4 componentes. Habilitación. Acreditación, Pamec, Sistema de Información Calidad* ***I)*** *Abstenerse de ingresar y usar cámaras fotográficas, video cámaras o cualquier otro medio de reproducción de imágenes, dentro de las instalaciones del Hospital* ***J)*** *Velar y responder por los recursos y darle adecuado funcionamiento los equipos de su especialidad o bienes e inmuebles del Hospital entregados para la ejecución de las actividades propias del acto* ***K)*** *Hacer la respectiva entrega de las actividades e implementos asignados en el momento de la terminación de esta orden* ***L)*** *Conocer, divulgar y aplicar la política ambiental de seguridad y salud ocupacional establecida por el Hospital Simón Bolívar, ejecutar sus actividades y servicios sin crear riesgos para la salud la seguridad o el ambiente* ***M)*** *Tomar*

todas las medidas conducentes para evitar la contaminación ambiental, prevenir los riesgos durante la ejecución de sus actividades contractuales, y cumplir las leyes ambientales de seguridad y salud ocupacional vigente ***N)*** *No dejar sustancias o materiales nocivos para la flora, fauna o salud humana, ni contaminar la atmósfera, el suelo o los cuerpos de agua. El desacato a esta obligación será causal para no certificar la correcta ejecución de la orden, sin que por esto medie indemnización alguna por parte del Hospital y bajo ninguna circunstancia se procederá a la autorización del pago.* ***O)*** *Cumplir como contratista independiente con las obligaciones de seguridad social contenidas en las normas legales vigentes* ***P)*** *Portar el carné que lo identifica como proveedor de servicios del Hospital en lugar visible.* ***Q),*** *Dar cumplimiento a las directrices impartidas por la entidad respecto al MECI gestión de calidad y ambiental, Códigos de Buen Gobierno y Ética de la Entidad* ***R).*** *Cumplir a cabalidad la normatividad vigente que regula su profesión.* ***S).*** *Custodiar y cuidar la documentación que por razón de su actividad conserve bajo su cuidado o a la cual tenga acceso, sin que pueda reproducirla, divulgarla o publicarla en cualquier medio.* ***T)*** *El proveedor de servicios se compromete a cobrar oportunamente, los honorarios que se generen en ejecución de la orden de suministro de servicios. Si pasados Seis (6) meses no se ha solicitado el pago de los honorarios, el proveedor de servicios autoriza expresamente con la suscripción de esta orden el reintegro de estas sumas al presupuesto del Hospital, y por consiguiente la donación de los mismos.* ***U)*** *Recibir, custodiar y cuidar los bienes y o elementos que la entidad le proporciona para el desempeño de sus actividades (...)".* (Negrillas del documento original) (Subrayas del Juzgado)

De otra parte, en los contratos N° 439-2008, 1011-2008, también se detallaron las obligaciones a las cuales se sometió la contratista así: *"(...) prestar sus servicios como Auxiliar de Enfermería, en la atención directa a los pacientes (...) a) prestar atención directa a pacientes y velar por su comodidad durante su permanencia en la institución, b) controlar signos vitales así como líquidos, c) realizar el control neurológico respectivo a los pacientes, d) prestar asistencia en las necesidades (...)"* (fls. 28-30).

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 *in tuito personae,* dada la formación profesional de la demandante, no hay duda que la ejecución fue cumplida personalmente por la demandante, según las pruebas que reposan en el expediente.

7.2. De la remuneración:

En los diversos contratos de prestación de servicios que obran en expediente (fls. 24-26, 28-30 y CD que contiene los antecedentes administrativos, fl. 130), se verifica que la entidad le fijó la señora **MONICA LILIANA SARMIENTO NOVOA** una retribución por sus servicios como Auxiliar de Enfermería, que recibía mensualmente de parte del **HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR III NIVEL E.S.E.** y que se efectuarían según "FORMA DE PAGO E IMPUTACION PRESUPUESTAL" (por ejemplo en el contrato Nº 439-2008, fl. 28) así: *"(...) Para todos los efectos legales, el valor del presente contrato es la suma de ($915.862.00) (...) Se pagara el valor del contrato dentro de los primeros cinco (5) días del mes siguiente a la prestación efectiva de los servicios (...)".* De la misma forma se estipuló en cada uno de los contratos y prorrogas suscritas por la actora con el Hospital la suma de dinero que debía recibir como contraprestación (fls. 24-26, 28-30 y 130 (CD que contiene los antecedentes administrativos).

En el CD que reposa a folio 130 del expediente y que contiene el expediente administrativo de la accionante aportado por la entidad demandada, se observan distintas órdenes de pago y certificados de registro presupuestal expedidos por el Hospital Simón Bolívar III nivel E.S.E. que dan cuenta de los pagos recibidos por la actora por la ejecución de cada uno de los contratos suscritos y la correspondiente prestación de sus servicios en la citada Entidad hospitalaria. Las partes tampoco no discuten este aspecto.

7.3. Subordinación o dependencia.

Este es, en ultimas, según la Corte, 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.

Ya vimos cómo la Corte Constitucional ha reiterado que *"(...) 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."* (Sentencia C-154 de 1997) (Resalta el Juzgado). Estas circunstancias no se pueden apreciar como una simple relación de coordinación entre las partes, porque de hecho, limitan sin duda la autonomía e independencia del contratista y lo convierten en un trabajador más.

En caso *sub examiné* se comprobó que pese a haberse formalizado la vinculación de la actora a través de contratos de prestación de servicios, a la hora de ejecutarlos existió subordinación a la entidad como si se tratara de una relación laboral, pues la demandante debía recibir y cumplir órdenes impartidas por superiores, cumplir horario, pedir permisos igual que los empleados y compañeros de planta de la entidad, es decir, que los contratos se desarrollaron sin la autonomía legal propia de un contratista y menos en el presente caso que la función de Auxiliar de Enfermería, por su naturaleza, no goza de autonomía del contratista, pues como enfermera debía recibir órdenes de superiores.

Respecto del cumplimiento de funciones y horario de labores que la entidad exigía a la demandante, la entidad allegó al expediente las planillas de turnos programados para los funcionarios que se desempeñaban en los cargos de enfermeros y de auxiliares de enfermería, entre los cuales se encontraba la accionante, durante los meses de febrero a diciembre de 2013 y de enero a abril de 2014 (fls. 146) y los testigos que concurrieron a la audiencia de pruebas (fls. 101-103 y 148-150) 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.

Textualmente el testigo **JOSE VICENTE ARAQUE SANABRIA**, sobre el horario y la subordinación a la que estaba sometida la accionante por parte de la entidad, a través de sus jefes inmediatos, indicó:

"(...) ***Preguntado**: Diga si las funciones que ella cumplía eran similares o iguales a las que usted cumplía?. **Respondió**: la asignación de labores es exactamente igual, se mantiene igual. Tanto hace el funcionario de planta, como hace el personal de contrato, es exactamente la misma actividad en cuanto a las labores de enfermería. **Preguntado**: haga un resumen breve de cuales eran en general las funciones que desempeña o que desempeñaba y que indica que son las mismas para los dos. **Respondió**: (...) recibo y entrega de turno, asignación de pacientes, control de signos vitales, revisión de la historia clínica para mirar el tipo de tratamiento que tiene el paciente, ordenes especificas del médico de turno, a la vez la atención del paciente cuando llega recién quemado a la unidad, realizar las curaciones, la ubicación del paciente después del procedimiento y posteriormente lo que se vaya presentando de acuerdo a la actividad del servicio y en la mañana la entrega de turno. **Preguntado**: como era la manera de distribuir el trabajo de los pacientes entre ustedes cuando estaba la señora MONICA LILIANA, es decir, que carga de trabajo, como se la asignaban, quien se la asignaba?. **Respondió**: esta actividad la asigna el jefe encargado del turno, la enfermera jefe encargada del turno. En el área donde yo trabajo hay 8 pacientes agudos, conmigo hay otra compañera y nos distribuyen de a cuatro pacientes, es decir, se trata de equilibrar la carga a la vez que se asignan dos enfermeros para la realización de curaciones (...). **Preguntado**: Usted dice que la distribución la hacía o la hace la enfermera de turno. Esa distribución de turnos era de igual tratamiento para los contratistas como la señora MONICA LILIANA y los auxiliares de enfermería de planta ósea de carrera?. **Respondió**: Si señor hacemos exactamente lo mismo. **Preguntado**: que controles establecía la entidad para evaluar el desempeño de ustedes y en particular de la señora MONICA LILIANA?. **Respondió**: para los personales de planta el servicio civil nos realiza tres evaluaciones al año una vez se fijan los objetivos con el departamento de enfermería y entiendo que para el personal de contrato ellos tienen que llenar una asignación que les entregan en el departamento de contratación, se las firma la jefe directa del funcionario y ellos la llevan al departamento de contratación. **Preguntado** pero en los controles a diario (...) en el día a día que controles tiene la entidad sobre las labores de los auxiliares de enfermería, en este caso de la señora MONICA LILIANA?. **Respondió**: hay*

una hoja, hay un seguimiento de asignación de labores que se lleva en cada turno, mañana, tarde, noche, donde con el nombre del funcionario se le asignan las actividades que tiene que realizar durante el turno, hay un control hay asignado, además del que se puede ejercer en las carpetas de notas de enfermería. ***Preguntado****: diga si la señora MONICA LILIANA como contratista (...) tenía alguna libertad para establecer el horario de trabajo o la hora de llegada o que pudiera desarrollar sus actividades fuera del Hospital o venir los días y horas que más le parecieran o tenía que someterse a un mismo régimen para todos?.* ***Respondió****: sí señor, trabajamos en la parte asistencial y recibimos y entregamos todos al mismo horario, tenemos un horario de ingreso al igual que en la mañana se entrega turno, es exactamente lo mismo, ósea, tenemos los mismos horarios todos.* ***Preguntado****: que ocurría en caso de una mora o alguna ausencia de la señora MONICA SARMIENTO?.* ***Respondió****: pues lo que tengo entendido es que en el contrato no le pagan el día que no se labora, pero a la vez pues hay un llamado de atención. En nuestro servicio tenemos una coordinadora de servicio que está pendiente de que pues todo el servicio esté funcionando ya que pues es un paciente muy especial. Todos cumplimos exactamente la misma norma, tanto los de planta como los de contrato.* ***Preguntado****: dígale al juzgado cual era el procedimiento para obtener algún permiso por alguna razón para el personal de planta y para el personal de contrato de prestación de servicios, como era el mecanismo que había que agotar y ante quién?.* ***Respondió****: hay una coordinadora del servicio y hay estipulado un formato para cambio de turnos, intercambio de turnos, esa es la modalidad, lo único que pues se diferencia es que ahora solo podemos contratar los de planta con los de planta, contrato con contrato, pero si se llegaran a necesitar algún tiempo por parte de ellos se les permite un formato con la líder y del departamento de enfermería cambiar turnos, intercambiar turnos.* ***Preguntado****: infórmele al juzgado si durante el tiempo que usted dice que la señora MONICA LILIANA SARMIENTO fue su compañera en el Hospital, durante ese tiempo existieron interrupciones o vacaciones o descansos o siempre desempeño las actividades de forma permanente y continua?.* ***Respondió****: en forma continua, hasta donde yo recuerdo siempre estuvo en la asignación de labores mientras yo la tuve de compañera de trabajo.* ***Preguntado:*** *diga si todo el tiempo tuvo turnos nocturnos o lo tuvo mixto.* ***Respondió****: fueron mixtos, a veces por el intercambio de turnos, el cubrirle turnos a otras compañeras, se trabajaba en la mañana o se trabajaba en la tarde, pero la mayoría de tiempo que yo recuerde estuvo en la jornada de la noche. (...)* ***Preguntado****: (...) por*

176

favor indíquenos la hora de ingreso y la hora de salida en ese turno. ***Respondió****: el horario de la noche es de 7 de la noche a 7 de la mañana.* ***Preguntado****: informe (...) si la señora MONICA recibía órdenes específicas de algún personal y de ser así quienes las impartían?.* ***Respondió****: el personal recibe órdenes de la jefe inmediata, la encargada del turno, la supervisora del servicio, una supervisora que está en cada jornada mirando las necesidades de personal o las diferentes actividades en el Hospital, en nuestro caso en la noche hay una supervisora, el medico de turno que asigna o le da órdenes dependiendo del tipo de paciente o como este el paciente (...).* ***Preguntado****: se refirió en una de sus respuestas anteriores a que existe un funcionario que da las instrucciones y demás. Para el personal de contratistas es el mismo interventor?.* ***Respondió****: si señor es la misma jefe, es una persona de contrato y es la encargada de todo el personal.*

Y sobre los pagos, el citado testigo expresó:

"(...) ***Preguntado****: diga de qué manera, si usted sabe, cómo estaban estipulados los pagos a la señora MONICA LILIANA y si esos pagos a ella fueron oportunos?.* ***Respondió****: sí señor, son pagos mensuales que todavía se hacen de la forma de contratación (...) pero los pagos exactamente en el mismo tiempo del personal de planta (...)"*

Y la testigo **CECILIA CELIS SUAREZ**, sobre los mismos aspectos sostuvo:

"(...) ***Preguntado****: de qué manera se ejercía por parte del Hospital las actividades que ella (MONICA SARMIENTO) desarrollaba en esos contratos de prestación de servicios, cuáles eran los mecanismos que tenía el Hospital para controlar la actividad que ella desarrollaba?.* ***Respondió****: (...) por medio de las dos jefes de la unidad y la supervisora (...) las 2 jefes de la unidad, la jefe Ligia y la jefe Angélica y la jefe Rosalba (...) de la unidad de quemados.* ***Preguntado****: que horario le consta a usted que ella cumplió o si ella tenía libertad para desarrollar sus actividades, llegar a cualquier hora o estaba sometida a algún horario por parte de la entidad o si era fijado como lo fijaban y quién?.* ***Respondió****: los turnos nos los daba la jefe Rosalba de 7 a 1 o le daba el día completo de 7 a 7 para completar las 180 horas.* ***Preguntado****: cuando usted se refiere a las 180 horas en que tiempo debían completar esas 180 horas?.* ***Respondió****: las 180 horas se tenían que cumplir en el transcurso del mes.*

***Preguntado**: usted tuvo conocimiento de que durante esa época en que ella (MONICA SARMIENTO) trabajó en el Hospital existiera también auxiliar de enfermería de planta? (...). **Respondió**: si señor (...) para esa época existían 7 de planta y el resto de contrato (...). **Preguntado**: usted ha manifestado que una de las jefes señalaba los turnos. Que ocurría si no se cumplían esos turnos por parte de la señora MONICA LILIANA SARMIENTO?. **Respondió**: (...) por decir, si MONICA faltaba hoy, el lunes ya le aparecía día completo, ósea de 7 a 7 pa (sic) reponer el día que faltó ella. **Preguntado**: diga si la señora MONICA LILIANA, tuvo conocimiento usted que ella hubiera tenido que reemplazar a alguna de las auxiliares de enfermería de planta en situaciones como por ejemplo vacaciones, licencias de maternidad, permisos, incapacidades del personal de planta?. **Respondió**: si señor (...) ella le colocaba a Mónica días completos para compensar el día compensatorio de las niñas de planta (...) y las incapacidades y las vacaciones. **Preguntado**: cuando usted dice que ella le ponía, a quien se refiere?. **Respondió**: a la jefe Rosalba (...) le colocaba los días completos a MONICA SARMIENTO. **Preguntado**: diga si existía algún protocolo o reglamento diferente para la señora MONICA SARMIENTO como contratista y otro para las enfermeras de planta diferente que tuvieran un trato distinto?. **Respondió**: no señor, lo mismo, ósea, si por decir, si MONICA faltaba si le llamaban la atención, pero si faltaba una niña de planta no, no le llamaban la atención. **Preguntado**: usted tuvo conocimiento con que periodicidad le hacían el pago a la señora MONICA LILIANA SARMIENTO y cuáles eran los requisitos que tenía que cumplir para que le pagaran?. **Respondió**: ella tenía que cumplir el pago de seguro y pensión y pasar una hoja de actividades para así generarle la nómina a ella. **Preguntado:** diga si la señora MONICA LILIANA SARMIENTO fue objeto de algún llamado de atención por no cumplir el horario establecido o algo similar?. **Respondió**: sí. Por la jefe Rosalba. **Preguntado**: recuerda porque razón o por qué fecha?. **Respondió**: no pues por 10 o 15 minutos que llegaba tarde o por decir se le enfermó el niño y ella no fue, entonces al otro día ya le llamaban la atención (...). **Preguntado**: indíquele al despacho si los superiores de la señora MONICA SARMIENTO eran los mismos que el personal que desempeñaban la función de auxiliar de enfermería pero vinculados mediante carrera?. **Respondió**: (...) eran iguales. **Preguntado**: indíquele al despacho si la distribución o la elección del paciente a atender la hacia la señora MONICA LILIANA SARMIENTO o si en su defecto había una persona superior que definiera a quien le correspondía atender?. **Respondió**: por medio de la jefe (...) por semanas a MONICA le tocaba de tal*

paciente a tal paciente y era la jefe la que asignaba los paciente. ***Preguntado****: indíquele al Despacho si las personas de planta que desempeñaban el cargo de auxiliar de enfermería tenían funciones diferentes o iguales a las de la señora MONICA SARMIENTO?.* ***Respondió****: iguales.* ***Preguntado****: indíquele al despacho cual era el procedimiento, si lo había, para efectos de ausentarse de un día de labor o una jornada de labor?.* ***Respondió****: si, por medio de los permisos.* ***Preguntado****: quien solicitaba el permiso y quien lo otorgaba?.* ***Respondió****: lo solicitaba MONICA y lo otorgaba la jefe Rosalba o la jefe Angélica o la jefe Ligia.* ***Preguntado****: tiene usted conocimiento de si las personas que desempeñaban el cargo de auxiliar de enfermería en carrera tienen la misma carga horaria que los que desempeñan la labor por medio de contrato de prestación de servicios?.* ***Respondió****: si, tienen el mismo horario.* ***Preguntado****: si en los eventos que la señora MONICA LILIANA hubiera usado permisos tenía que reponer ese tiempo o no?.* ***Respondió****: si, si le tocaba reponer el tiempo.* ***Preguntado****: de qué manera se hacia la reposición del tiempo?.* ***Respondió****: por medio de días completos de 7 a 7. (...)* ***Preguntado****: cuales eran las sanciones si una persona faltaba a su turno?.* ***Respondió****: reponerlos (...)".*

Por su parte la accionante, **MONICA LILIANA SARMIENTO NOVOA,** en la declaración de parte, sobre el particular expresó:

"(...) ***Preguntado****: precísele al Juzgado, si puede, en que tiempos trabajó en turnos de la noche o si siempre fue en la noche y si estuvo alternando en el día y quien le asignaba esos turnos?* ***Respondió****: yo inicie en el turno de la noche, estuve de 7 de la noche a 7 de la mañana, pero yo hacía turnos alternos (...) les hacíamos a los de planta turnos en la mañana, en la tarde yo hacía hasta casi 30 horas seguidas. Estuve así tres años en la noche, haciendo tarde noche, noche mañana, tarde noche (...) hasta donde más me podía doblar lo hacía (...) le dije a la jefe amparo que si me pasaba para el día y ella me paso para la mañana entonces ya en la mañana no me pudo dejar hay en quemados donde yo estaba sino que me empezó a rotar por varios pisos, entonces estuve en gineco, en pediatría y después seguí en la mañana en el resto, sim embargo, hacia turnos en la noche, en la tarde (...) pero inicie en la noche y luego en el día (...).* ***Preguntado****: como estaba estipulado el pago, la retribución en sus contratos, mensualmente, trimestralmente y si esos pagos eran oportunamente realizados?. Respondió: son mensuales. En el momento en que yo firme el contrato me dijeron que en los 10 primeros días del mes (...) usualmente nos*

pagaban un 15, un 16, entonces uno se programaba el pago de 15 en 15, 15 del mes al 15 del siguiente mes (...). ***Preguntado****: usted ha dicho que para tener un ingreso mayor, usted trabajaba unas horas adicionales. Esas horas adicionales a quien reemplazaba a personal de planta o a compañeros de prestación de servicios?.* ***Respondió****: a todos. (...)* ***Preguntado****: diga que controles tenía usted dentro del hospital para el cumplimiento de sus labores.* ***Respondió****: teníamos en el pabellón de quemados una coordinadora que desde el momento que yo empecé hasta que termine siempre estuvo allí que fue la jefe Rosalba muñoz, ella fue la coordinadora, ella era la que nos aceptaba los turnos, veía que llegáramos a la hora que era, supervisaba las entregas de turnos, que teníamos que estar el personal completo, el uniforme completo (...) la supervisión haya es bien estricta y cuando baje a pediatría estaba con la jefe Sandra era igual, ellas todas las supervisoras eran muy estrictas en eso, también supervisaban hora de llegada, hora de salida, uniforme, entrega de turno (...).* ***Preguntado****: diga si usted como contratista a diferencia de los de planta, si usted tenía alguna libertad para llegar a la hora que quisiera o el día que quisiera o el turno que a usted bien le pareciera?.* ***Respondió****: (...) la coordinadora nos manejaba las reglas a todos por igual, teníamos que cumplir un horario, igual si yo me incapacitaba yo tenía que apenas llegaba de mi incapacidad, de una vez me programaba esos turnos porque si yo me incapacitaba 5 días primero que todo recibía el regaño por la coordinadora porque ella lo asumía como si yo hubiera dejado el turno botado, ósea nosotros no teníamos derecho a incapacitarnos porque era un problema, era como un llamado de atención y sin importar como llegara uno, hay mismo le programaban los turnos que había estado ausente (...) igual teníamos que cumplir horarios, todo igual (...).* ***Preguntado****: dice usted que el trato era por igual a quienes se refiere cuando dice trato por igual. Respondió: con los de planta y los de contrato. (...).* ***Preguntado****: infórmele al juzgado a la hora de cumplir las actividades por parte del personal de planta y de los de prestación de servicios en su contrato como usted había alguna diferencia? (...).* ***Respondió****: era todo por igual (...) en si las actividades y el manejo todo era igual.* ***Preguntado****: diga que requisitos tenía usted que cumplir periódicamente o mensualmente para que le pagaran su remuneración?.* ***Respondió****: teníamos que pagar una planilla asistida, estar afiliado a una planilla asistida de salud y pensión, de ARL, nosotros teníamos que pagar los 15 primeros días del mes y presentarla al departamento de enfermería del recibo de pagado para que a final de mes nos pagaran el sueldo. (...)".*

Igualmente del contrato Nº 2393-2007 (fls.25-26), se evidencia que la accionante debía *"(...) Entregar (...) un informe mensual sobre la ejecución del contrato (...)"*, es decir la entidad le imponía reglamentos y no contaba con independencia ni autonomía para ejercer sus funciones, pues se encontraba obligada a rendir informes a sus superiores, lo cual fue reiterado por todos los testigos y la propia accionante en cada una de sus declaraciones.

Como se puede verificar, la demandante se encontraba obligada a cumplir los turnos asignados por sus superiores, pues en caso contrario, le hacían llamados de atención e incluso le podían dar por terminado el contrato por dicha razón, así mismo estaba obligada a rendir informes ante sus superiores, de lo cual se comprueba que en efecto se encontraba plenamente subordinada a las instrucciones impartidas por la entidad, en cuanto al modo, tiempo y horario establecido, al cumplimiento de reglamentos, de lo cual se infiere que carecía de autonomía e independencia al 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,** pues así fue señalado en los contratos de prestación de servicios Nº 2393-2007 (fls. 25-26) y Nº 439-2008 (fls. 28-29), en los que se indicó *"(...) que el Hospital, presta el servicio de salud, el cual debe ser continuo y permanente. 2. Que ante la insuficiencia de personal en la planta del Hospital, se requiere contratar los servicios de un **AUXILIAR DE ENFERMERIA**. (...)"*, lo cual fue ratificado por los testigos y la accionante en las declaraciones rendidas, que fueron relacionados anteriormente. Adicionalmente, a folios 20-21 del expediente reposa una certificación expedida el 6 de abril de 2015 por el Subgerente Administrativo del Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E. en el que se relacionó durante los años 2007 a 2014 el número de empleados de planta y los contratados por medio de contratos de prestación de servicios para ejercer los cargos y funciones de un auxiliar de enfermería en la Institución.

En conclusión, se comprueba que existían empleados de planta que ejercían las mismas funciones que la señora Mónica Liliana Sarmiento Novoa, en su condición de contratista, por lo tanto se trató del cumplimiento de funciones de **carácter permanente**, 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 17 de julio de 2007 al 30 de abril de 2014 (fls. 31-35 y fl. 130, CD que contiene los antecedentes administrativos). Respecto a tal prohibición la Corte Constitucional en sentencia C-171 del 7 de marzo de 2012, Magistrado Ponente: Luís Ernesto Vargas Silva, sostuvo que "*...la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal.*" Entendiendo como función permanente, aquella que se desarrolla para *"la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)".*

Entonces, el Hospital Simón Bolívar III 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 auxiliares de enfermería, cargo que en efecto está creado 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 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 la señora Mónica Liliana Sarmiento Novoa prestó el servicio público en salud en el Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E., en las mismas condiciones que los empleados de planta, en forma permanente, por más de 7 años.

Empero, es importante precisar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir a la accionante la condición de empleada pública, puesto que dicha calidad no se otorga por el sólo hecho de trabajar para el Estado. Así lo ha sostenido el Consejo de Estado[8]: *"Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de una relación laboral y puedan*

[8] C.E., Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 16 de febrero de 2012, expediente No. 41001-23-31-000-2001-00050-01 (1187-11), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, se insiste en este punto que ***por el hecho de haber estado vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público,*** *dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión (...)".*

7.4. De la indemnización de las prestaciones sociales.

Igualmente el Consejo de Estado[9] ha manifestado que en los casos en los cuales se desvirtúa el contrato de prestación de servicios, la demandante tiene derecho a recibir una indemnización de las prestaciones sociales dejadas de cancelar, así:

> *"(...) Ahora bien, en este punto con el fin de determinar cuáles son* ***las prestaciones sociales*** *que se deberán reconocer a título de reparación del daño integral al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.*
>
> *En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral.*
>
> *Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas, las cesantías; y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.*
>
> *Así, que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.*
>
> *Teniendo claro lo anterior, se advierte que la Sección Segunda de esta Corporación ha sostenido que no existe problema para condenar y liquidar las prestaciones ordinarias, pero que no sucede lo mismo con las prestaciones que se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social, en los siguientes términos:*
>
> > *"En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, la Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin*

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

social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización".

Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la reparación del daño no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista."

En consecuencia, **es del caso acceder al reconocimiento de las prestaciones sociales de la parte demandante correspondientes a las que devengaba un funcionario de planta en un cargo similar equivalente en la entidad**[10], **así como el pago de los aportes al sistema de seguridad social (Salud y Pensión) en la cuota parte correspondiente a la entidad.** Así también lo sostuvo el Consejo de Estado en la sentencia del 27 de noviembre de 2014, expediente No. 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-2013), C.P. Gerardo Arenas Monsalve:

"Ello implica que los derechos económicos laborales deban reconocerse, no a título de restablecimiento del derecho, sino a título de indemnización, en tal sentido ha dicho la Sala que ***una vez acreditados los elementos propios de la relación laboral, surge el derecho al reconocimiento y pago, como reparación del daño, de los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad en la cual prestaron los servicios bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios*** *temporales. Valga aclarar que en algunas ocasiones, la Sala ha acudido al valor pactado en el contrato como referente para calcular los derechos prestacionales, sin embargo, ello ha sido porque, a pesar de haberse desvirtuado el contrato de prestación de servicios, el empleo desempeñado por el contratista de servicios no existe en la entidad, siendo necesario acudir al valor pactado en el contrato. No obstante, en el presente caso, las funciones desarrolladas por el actor corresponden a las ejercidas por un médico general, cargo existente en la planta de personal de la entidad, razón por la cual, para los efectos de la indemnización, se tendrá como referente los mismos emolumentos que perciben estos servidores públicos de la entidad."* (Negrillas del Juzgado).

Ahora, indistintamente de que haya existido o no solución de continuidad entre una y otra vinculación, ante el abuso de la entidad de los contratos de prestación de servicios lo que se debe reparar es el daño antijurídico que se le causó a la demandante. Así lo ha aplicado el Consejo de Estado[11]: *"Si bien debe aceptarse que durante la prestación del servicio se presentaron interrupciones de 1 mes y 20 días; 1 mes y 26 días, 3 meses y 13 días, 17 días, 1 día, 2 días y 1 mes y 21 días, tal situación lo*

[10] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2014, expediente No. 68001-23-31-000-2010-00449-01 (1807-13), CP Alfonso Vargas Rincón.
[11] Sentencia del 11 de noviembre de 2009, SCA, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, Radicación Número: 680001-23-15-000-2004-02350-01(2486-08), Actor: Hilda Sonia Díaz Guzmán

que evidencia es la irregularidad de la Administración al mantener a un contratista prestando labores permanentes y ordinarias al servicio de la Función Pública debiéndose en consecuencia reparar el daño de la conducta antijurídica, al ser imposible retrotraer la situación al estado anterior, derivada de la entidad demandada cuya liquidación incluirá para efectos prácticos la sumatoria de los extremos laborales incluyendo las interrupciones pero descontadas del total de las condenas." En este caso, según la certificación que reposa a folios 31-35 del expediente, los contratos de prestación de servicios suscritos por la accionante con el Hospital, no hubo solución de continuidad entre los contratos suscritos, excepto en el que terminó el 31 de agosto de 2012 (fl. 34) y el siguiente que comenzó el 1º de octubre de 2012 (fl. 34), pero, siguiendo el criterio del Consejo de Estado en la precitada providencia *"Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico establece condicionamientos para reconocer la existencia de algunos derechos laborales, siendo uno de estos la ausencia de solución de continuidad entendida como aquella interrupción del servicio por más de 15 días hábiles (Vr. Gr. artículo 10 del Decreto 1045 de 1978), se advierte, que las preceptivas que establecen tales períodos regulan las vinculaciones de carácter legal y reglamentario, siendo inaplicables a las súplicas de la presente demanda por tratarse de un funcionario de hecho."*

7.5. Del pago de la indemnización por mora en el pago de las cesantías y demás prestaciones sociales.

Precisa el Despacho que no hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las cesantías, toda vez que en el sector público esta se encuentra prevista en la Ley 244 de 1995 cuando se incumple el plazo para pagar el auxilio de cesantías, pero, siguiendo las orientaciones jurisprudenciales del Consejo de Estado[12], cuando se declara la existencia de una relación laboral, dicha prestación tan solo se reconoce con la sentencia, la cual es constitutiva del derecho, es a partir de la misma que surgen las prestaciones en cabeza del beneficiario; en tales condiciones no resulta viable el reconocimiento de la sanción deprecada. Bajo el anterior argumento también se negará el reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales.

[12] Consejo de Estado en la sentencia del 27 de noviembre de 2014, expediente No. 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-2013), C.P. Gerardo Arenas Monsalve

No se configuró prescripción extintiva de los derechos reclamados, por cuanto la terminación de los contratos aconteció el **30 de abril de 2014** (fl. 35), la petición fue radicada el **16 de marzo de 2015** (se extrae del acto acusado, oficio Nº 01235 del 10 de abril de 2015, fls. 22-23) y la presentación de la demanda tuvo lugar el **10 de julio de 2015** (fl. 62), es decir, dentro de los 3 años de prescripción previstos en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1968.

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, pues la parte demandante a través de las pruebas logró demostrar el cargo formulado de violación de la constitución y la ley en cuanto que el acto administrativo demandado – **Oficio Nº 01235 del 10 de abril de 2015** - fue expedido con desconocimiento de las normas superiores invocadas, desvirtuando así la presunción de legalidad que lo amparaba. Para efectos del reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir la entidad debe tener como referente el cargo de Auxiliar de Enfermería existente en la planta de personal, similar al que la actora desempeñaba.

De otra parte, conforme a lo establecido en el Acuerdo No. 641 de 2016, a través del cual se efectuó la reorganización del sector salud en el Distrito Capital, la orden impartida deberá ser cumplida por la **"Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E."**, que fusionó al Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E.

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:

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

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.

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la entidad demandada, de las cuales hacen parte las agencias derecho, pues conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 no se ha comprobado temeridad o mala fe de la entidad. El H. Consejo de Estado ha señalado: *"(...) sólo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que,* contrario sensu, *significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas"*[13] y en vigencia de la Ley 1437/2011 ha reiterado[14], acudiendo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-342/2008, que: "*En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia,* ***su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso***." (Énfasis del Juzgado). Tampoco se comprobaron los hechos que, conforme lo exige el artículo 365-8 del C.G. del P., dan lugar a las costas.

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 mandato judicial.

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

F A L L A:

PRIMERO: Declarar que entre la señora **MONICA LILIANA SARMIENTO NOVOA** y el **HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR III NIVEL E.S.E.** se configuró una relación laboral de naturaleza pública durante la ejecución de los contratos de

---

[13] Sentencia 25 de mayo 2006 Subsección B, C. P. Dr. Jesús María Lemos, Radicación No. 25000-23-25-000-2001-04955-01 (2427-2004) Demandado: BOGOTÁ-D.C- Sria. EDUCACIÓN.
[14] Consejo de Estado- Sección Primera, auto del 17 de octubre de 2013, expediente No. 15001-23-33-000-2012-00282-01, C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA.

prestación de servicios celebrados y ejecutados entre el 17 de julio de 2007 y el 30 de abril de 2014, de acuerdo con las razones expuestas en este fallo.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se declara **nulo** el **Oficio Nº 01235 del 10 de abril de 2015** por medio del cual el **HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR III NIVEL E.S.E.**, le negó a la señora **MONICA LILIANA SARMIENTO NOVOA** el reconocimiento y pago los derechos y acreencias laborales solicitados derivados de la relación laboral, 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 Norte E.S.E.,** que absorbió el **HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR III NIVEL E.S.E.**, a que reconozca y pague en forma indexada a la señora **MONICA LILIANA SARMIENTO NOVOA,** identificada con C.C. Nº 52.459.087, las prestaciones sociales y demás emolumentos legales dejados de pagar, equivalentes a los que corresponda al cargo de una **AUXILIAR DE ENFERMERÍA** de la planta de personal de la entidad, con similares funciones, durante el período en el cual se demostró la existencia de la relación laboral, esto es desde el 17 de julio de 2007 al 30 de abril de 2014, de acuerdo con lo probado y consignado en la parte motiva de esta sentencia. Deberá descontarse lo pagado a la actora por la entidad.

CUARTO: SE CONDENA a la entidad demandada a pagar a la parte actora los porcentajes de cotización para pensión y salud, que corresponda a la entidad, que debió trasladar a los Fondos correspondientes, durante el periodo acreditado que prestó sus servicios.

QUINTO: **DECLÁRASE** que el tiempo laborado por la demandante a través de los contratos de prestación de servicios y sus adiciones o prórrogas referidos en este fallo, se deben computar para efectos pensiónales.

SEXTO: La entidad debe pagar a la parte demandante los valores correspondientes de los emolumentos 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.

SEPTIMO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda. No se condena en costas ni agencias en derecho a la entidad, por las razones expuestas.

OCTAVO: 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.

NOVENO: En firme esta Sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNIQUESE** 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.

DECIMO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaria del Juzgado devuélvase a la interesada el remanente de lo que consignó para los gastos del proceso, si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación y las anotaciones de ley, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME HENRY RAMIREZ MORENO
JUEZ

HJDG

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en **ESTADO ELECTRONICO** (Art 201) se notificó a las partes la providencia anterior, hoy **22 de julio de 2016** a las 8:00 a.m.

Secretaria

Hoy **22 de julio de 2016** se envió mensaje de texto de la notificación por **ESTADO ELECTRÓNICO** de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al artículo 201, párrafo 3 de la ley 1437 de 2011

Secretaria