



REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL

## JUZGADO VEINTITRÉS (23) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO SECCIÓN SEGUNDA

Juez, Doctora MARÍA TERESA LEYES BONILLA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil veinte (2020).

### SENTENCIA N° 109 de 2020

Radicación: **110-01-33-35-023-2018-00462-00**  
Demandante: **JAZMIN CUERO VALENCIA**  
Demandado: **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR  
E.S.E.**

De conformidad con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011, el **JUZGADO 23 ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación:

#### 1. ANTECEDENTES

La señora **JAZMIN CUERO VALENCIA**, actuando por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, presentó demanda tendiente a que se declare la nulidad del Oficio No. 201803510144061 (OJU-E-1787-2018) del 03 de julio de 2018.

Que como consecuencia de ello, se declare que existió una verdadera relación laboral, entre ella y la entidad demandada y se proceda a realizar la devolución de los aportes, cotizaciones patronales en salud, pensiones, y le pague todas las acreencias laborales percibidas durante el periodo de vigencia de los contratos.

#### 2. HECHOS DE LA DEMANDA

Las partes están de acuerdo en la existencia de los siguientes hechos que están demostrados con documentos aportados por la parte demandante, expedidos por la entidad demandada y que no fueron tachados de falsos:

- 1) La accionante JAZMIN CUERO VALENCIA suscribió con el HOSPITAL VISTA HERMOSA I NIVEL E.S.E. – hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., sendos contratos de prestación de servicios para desempeñar actividades de AUXILIAR DE ENFERMERÍA, desde el 15 de mayo de 2013 hasta el 31 de julio de 2016. (Folios 43-44)

- 2) El 02 de noviembre de 2017 la demandante JAZMIN CUERO VALENCIA, radicó una PETICIÓN N° 201803510105322 en la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., en la cual solicitó el reconocimiento de una relación laboral, el pago de las prestaciones sociales, cotizaciones al sistema de seguridad social durante todo el término de relación contractual, entre otros emolumentos (folio 4-6).
- 3) La anterior petición fue resuelta en forma desfavorable por el JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., a través del **OFICIO N° 201803510144061 (OJU-E-1787-2018) del 03 de julio de 2018 -acto acusado-**, en el cual la entidad argumentó que los contratos de prestación de servicios suscritos con la demandante no generan una relación laboral, puesto que los mismos se celebraron para suplir actividades que no podían desarrollarse con personal de planta de la entidad y que la supervisión en la ejecución de los contratos no genera subordinación laboral, razón por la cual no era procedente acceder al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y salariales solicitadas (folio 9-14).
- 4) Se tienen en cuenta las demás documentales aportadas con la demanda.

### 3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invoca la parte demandante como violadas las siguientes normas:

**Violación de normas constitucionales:** artículo 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 125, 126, 209, 277 y 351-1.

**Violación de normas legales:**

Decreto 3074 de 1968.

Decreto 3135 de 1968 artículo 8.

Decreto 1848 de 1968 artículo 51.

Decreto 1045 de 1968 artículo 25.

Decreto 01 de 1984.

Decreto 1335 de 1990.

Ley 4 de 1992.

Ley 332 de 1996.

Ley 1437 de 2011.

Ley 1564 de 2012.

Ley 100 de 1993 artículos 15, 17, 18, 20, 22, 23, 128, 157, 161, 195 y 204.

Ley 244 de 1995.

Ley 443 de 1998.

Ley 909 de 2004.

Ley 80 de 1993 artículo 32.

Ley 50 de 1990 Artículo 99.

Ley 4° de 1990 artículo 8.

Ley 100 de 1993 artículo 195.

Ley 3135 de 1968.

Decreto 1250 de 1970 artículos 5 y 71.

Decreto 2400 de 1968 artículos 26, 40, 46 y 61.

Decreto 1950 de 1973 artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242.

Decreto 3135 de 1968.

Decreto 1919 de 2002 artículo 2.

Código Sustantivo del Trabajo artículos 23 y 24.

La parte accionante manifiesta como concepto de violación que el HOSPITAL VISTA HERMOSA I NIVEL para no contratar directamente a la demandante utilizó la fachada inverosímil y mal intencionada de “Contratos de Arrendamiento” y de prestación de servicios, para vincularla irregularmente pero en realidad, se probó que el trabajador todo el tiempo estuvo recibiendo órdenes, fuera de eso la demandante utilizó las herramientas del hospital para desarrollar su actividad, ella nunca llevó consigo equipos de su propiedad para desarrollar las funciones de AUXILIAR DE ENFERMERIA.

La parte accionante señala que la intermediación laboral está prohibida por expresa disposición del Código Laboral y sólo en un caso (y temporal, momentánea) es permitida, para cubrir las vacantes del personal que salgan en vacaciones, licencias o incapacidades o para que ayuden a un aumento de producción o temporada, el cual no podrá ser superior a seis (6) meses y prorrogables máximo hasta por 6 meses más.

La Honorable Corte Constitucional se refirió a la Ley 1450 de 2011, al excluir expresamente el periodo de gracia contenido en el parágrafo del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, de paso, derogó tácitamente el periodo de gracia contenido en el artículo 103 de la Ley 1438 de 2011 que permitía a las entidades públicas de salud, mantener a su personal médico y administrativo a través de CTA o bajo otra modalidad de vinculación que afecte sus derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

#### **4. OPOSICIÓN A LA DEMANDA POR LA SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**

La entidad accionada allegó contestación de la demanda dentro del término legal en la que señala que el cumplimiento del contrato por parte de entidad se llevó a cabo bajo el cumplimiento de todos y cada uno de los preceptos, por lo tanto la demanda incoada en

esta oportunidad carece de fundamentos lógicos y jurídico para prosperar, más aun cuando de conformidad a las propias manifestaciones de la demandante y a los documentos acompañados como pruebas; por cuanto la relación con el Hospital se manifestó mediante un Contrato de Prestación de Servicios, entendiéndose esté presidido por una normatividad especial.

Indica que por lo tanto que la entidad tiene autonomía para contratar, es necesario precisar que como función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de las finalidades estatales.

Asimismo, refiere que el contrato de prestación de servicios es un contrato estatal que celebran las entidades para desarrollar actividades relacionadas con su administración o funcionamiento, y 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.

Finalmente, afirma que 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, por lo mismo no están llamadas a prosperar las pretensiones de la parte demandante.

## **5. ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda de la referencia fue radicada en la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos el **02 de noviembre de 2018** (folio 70). Posteriormente, fue admitida el **08 de noviembre de 2018** (folio 72) y notificada a la entidad demanda el **19 de diciembre de 2018** (folio 79). La accionada allegó contestación a la demanda dentro del término legal el **28 de marzo de 2019** (folios 148-170), proponiendo excepciones la cuales fueron fijadas en lista el **12 de abril de 2019** (folio 174). El día **25 de julio de 2019**, se llevó a cabo la audiencia inicial de conformidad con el artículo 180 del C.P.A.C.A., (folio 180-182), decretándose unas pruebas a petición de parte y otras de oficio. Una vez allegadas todas las pruebas se procedió a correr traslado para alegar de conclusión el **10 de julio de 2020**.

## **6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **6.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE:**

La parte demandante allegó alegatos de conclusión dentro del término, mediante los cuales manifestó que no existe duda de la prestación del servicio en forma personal por parte de la demandante y con un pago mensual de una suma de dinero como abono a pago de nómina, así como la subordinación de tipo laboral al recibir órdenes directas de sus jefes inmediatos quienes eran los mismos que le daban órdenes al personal de planta que hacían las mismas funciones que ella y la rotación en turnos mensuales supervisados por sus superiores que le daban órdenes directas. Igualmente dijo que los testimonios decretados y recepcionados fueron coherentes, libres y claros en afirmar toda la situación que se vivió en torno a la actividad laboral entre la demandante y la entidad demandada, deduciéndose así la existencia de una verdadera relación laboral disfrazada por sucesivos e ininterrumpidos contratos de prestación de servicios y de arrendamiento de servicios personales. Solicitó al despacho acceder a las pretensiones de la demanda.

## **6.2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LA PARTE DEMANDADA Y DEL MINISTERIO PÚBLICO:**

La apoderada de la parte demandada allegó sus alegatos de conclusión dentro del término, manifestando que las pretensiones elevadas por la parte demandante no están llamadas a prosperar, toda vez que no se demostró que en realidad la demandante hubiese trabajado para la entidad demandada. Que dentro del plenario obra prueba testimonial que no ofrece para el presente litigio la certeza de que la demandante estuviese realmente frente a un contrato realidad, en primer lugar porque las testigos demandaron también a la entidad, por lo que pueden tener un interés particular en las resultas del presente proceso y en segundo lugar porque fueron enfáticas y claras en afirmar que estaban bajo un contrato de prestación de servicios.

El Ministerio Público no allegó alegatos de conclusión.

## **7. CONSIDERACIONES**

### **7.1. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico que debe resolver el Despacho, es determinar si la parte demandante tiene derecho o no, a que pese a la existencia de diversos contratos de prestación de servicios suscritos con el HOSPITAL VISTA HERMOSA I NIVEL E.S.E. – hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., se declare que existió una verdadera relación laboral y en consecuencia tiene derecho a que la entidad demandada proceda a realizar la devolución de los aportes y cotizaciones patronales en salud y pensiones, le pague todas las acreencias laborales percibidas como AUXILIAR DE ENFERMERÍA en el periodo comprendido entre el **15 de mayo de 2013** hasta el **31 de julio de 2016**.

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

## 7.2. LAS NORMAS APLICABLES AL CASO, INTERPRETACIÓN Y JURISPRUDENCIA

### 7.2.1. DEL EMPLEO PUBLICO

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

*“ARTICULO 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)*

*ARTICULO 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 7 del Decreto 1950 de 1973 señaló que:

*“ARTÍCULO 7. 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)*

Así mismo, 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 consagra:

**“ARTICULO 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 2 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 2. DE LA NOCIÓN DE EMPLEO.** *Se entiende por empleo el conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.*

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

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:

**“ARTICULO 48 (...)**

**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 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.

#### **7.2.1.1. Los contratos de prestación de servicio.**

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.

### **7.2.2. DEL CONTRATO REALIDAD Y EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

La Corte Constitucional<sup>1</sup> 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 laboral, y la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, cuando 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.***

*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*

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional Sentencia C-154 de 1997- M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara

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<sup>2</sup> 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

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado Sección Segunda C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve- 15 de junio de 2011-Rad: 25000-23-25-000-2007-00395-01 (1129-10)

*principios constitucionales del artículo 53 C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.*

*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<sup>3</sup>:

*“(...) 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

---

<sup>3</sup> 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.

(1187-11) (C.P. Gerardo Arenas Monsalve), y del 2 de mayo de 2013, radicación número: 05001-23-31-000-2004-03742-01(2027-12) (Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón).

Adicionalmente, el Consejo de Estado en reciente 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<sup>4</sup> 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 (...)*”

### **7.2.3. 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*

---

<sup>4</sup> 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).

*o cuando para tal efecto se requiere de conocimientos especializados, de tal manera que en atención a situaciones excepcionales que se requieren para la prestación del servicio médico en sus diferentes disciplinas y a la autonomía e independencia inherente a la aplicación y ejercicio del mismo, se ha habilitado dicha modalidad para la contratación del personal en los servicios en salud.”<sup>5</sup>*

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 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” (Subrayas fuera del texto original), máxime si la prestación del servicio de salud constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las entidades estatales prestadoras del mismo.<sup>6</sup>

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

## 8. CASO CONCRETO

La señora **JAZMIN CUERO VALENCIA** 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 VISTA HERMOSA I NIVEL E.S.E.** – hoy **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** y por consiguiente que dicha entidad le reconozca y pague las acreencias laborales causadas desde el **15 de mayo de 2013** hasta el **31 de julio de 2016**.

Se procederá entonces a establecer si en este caso se cumplieron los requisitos del contrato realidad, esto es: i) la prestación personal del servicio, ii) la remuneración y iii) la subordinación o dependencia, pese a que la vinculación se hizo a modo de contratos de prestación de servicios.

### 8.1. DE LA PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO:

De acuerdo con las pruebas aportadas e incorporadas al expediente, se demuestra que la señora **JAZMIN CUERO VALENCIA** prestó en forma personal sus servicios como **AUXILIAR DE ENFERMERÍA**, en desarrollo de múltiples contratos de prestación de

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 1 de marzo de 2012, expediente No. 25000-23-25-000-2008-00344-01(0681-11), C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>6</sup> Ibid.

servicios suscritos con el **HOSPITAL VISTA HERMOSA I NIVEL E.S.E** – hoy **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E**. Este aspecto no lo discuten las partes.

Además de la lectura de los contratos de prestación que obran en el expediente, se lee claramente que el objeto de los mismos y las obligaciones del contratista, fueron:

*“ (...) **PRIMERA.- OBJETO:** El contratista se compromete para con el Hospital con total autonomía e independencia a realizar actividades como APOUO COMO AUXILIAR DE ENFERMERÍA (...)”<sup>7</sup>*

En el interrogatorio de parte absuelto por la demandante se evidencia lo siguiente, en cuanto al horario de trabajo:

*“**PREGUNTADO:** Cada cuánto y con qué frecuencia salía usted a ejecutar esas visitas domiciliarias durante el tiempo que estuvo vinculada con la entidad. **RESPUESTA:** De lunes a viernes salía a hacer visitas. **PREGUNTADO:** Tenía algún turno para ejecutar esos servicios, esas funciones. **RESPUESTA:** Si señor, cuando ingresé el horario era de 7 a 5 de la tarde y después cuando hubo cambio de coordinador, era de 7 a 4 de la tarde, pero siempre se cumplía un horario.*

*(...)*

***PREGUNTADO:** Mientras usted está ejecutando sus servicios, podía usted terminar sus visitas antes del turno estipulado **RESPUESTA:** A veces se terminaban antes por el terreno donde uno estaba porque hasta cierta hora uno podía estar en el terreno porque era peligroso y después de que uno terminaba la meta tenía que dirigirse nuevamente a la oficina de donde uno recogía su material de trabajo a terminar como el horario que le asignaban (...)*”

De igual manera, las testigos señalan que para desarrollar el objeto contractual la demandante debía cumplir un horario. Textualmente la testigo **PATRICIA ARIAS GOMEZ** expresó:

*“(...) **PREGUNTADO:** Señora Patricia, usted sabe si la señora Jazmin manejaba algún horario para el cumplimiento de esas funciones que menciona **CONTESTÓ:** Con la jefe que estábamos si nos hacía cumplir un horario y nos hacían llegar desde las 7 de la mañana , hubo un tiempo en el que no exigían llegar para reuniones y hubo unos tiempos que nos hacían llegar a las 7 de la mañana a terreno, teníamos que llegar allá, teníamos la vans, nos recogían*

---

<sup>7</sup> Ver fol. 36 del expediente.

como a las 4, 5 de la tarde para podernos llevar a salud pública, entonces si nos exigían como cierto tiempo porque no podíamos salir antes de tiempo, si era como de 7 a 4-5 de la tarde. **PREGUNTADO:** Y quién imponía ese horario o ustedes cómo sabían de ese horario **RESPUESTA:** Era la jefe la que nos decía que no podíamos llegar antes de ese tiempo estipulado.

De igual manera, la testigo **KAREN YICED TORRALVA PEREIRA** expresó:

*(...) **PREGUNTADO:** Usted menciona que ella se desempeñaba como auxiliar de enfermería, usted podría informarle al Despacho si para desempeñar esas funciones, ella contaba con algún horario **CONTESTÓ:** Si señora, el horario era normalmente de 7 de la mañana a 5 de la tarde o en otra ocasión de 7 de la mañana a 4 de la tarde. **PREGUNTADO:** Cómo controlaban el ingreso de los empleados en el Hospital? **CONTESTÓ:** Le controlaban el horario, igual también tocaba presentar siempre en la entrada el carnet del hospital. **PREGUNTADO:** Usted menciona sra. Karen que ustedes contaban con un horario 7 a 5 o 7 a 4. Este horario tenía algún control, alguna planilla, algún llamado, cómo manejaban el tema **CONTESTÓ:** Desde el inicio del horario ya teníamos alguna persona verificando que si llegáramos al punto de trabajo. **PREGUNTADO:** Señora Karen, usted menciona un horario, usted también era contratista, ese horario estaba estipulado en el contrato que ustedes firmaron con la entidad **CONTESTÓ:** En el contrato no estaba estipulado ningún horario pero pues desde que ingresamos a trabajar siempre nos decían que debíamos cumplir el horario completo.*

De conformidad con lo anterior, el cumplimiento de horario laboral diario por parte de la demandante es prueba de que la señora **JAZMIN CUERO VALENCIA** debía prestar personalmente el servicio, en consecuencia no podía delegar esta obligación en un tercero, y así lo afirmó cuando fue interrogada por el apoderado de la entidad demandada:

***PREGUNTADO:** Ese horario o ese turno al que usted acaba de hacer mención lo podía cambiar con otra persona que desempeñara las mismas funciones que usted **CONTESTÓ:** No señor, tenía que yo misma hacerme responsable de mi meta y después de lo que se me asignaba.*

La testigo **PATRICIA ARIAS GOMEZ** al indagarla sobre este tópico, contestó de la siguiente manera:

*(...) **PREGUNTADO:** Usted sabe si en caso de que la señora Jazmin no pudiera asistir, podía enviar un reemplazo, enviar a otra persona **CONTESTÓ:***

*No señora. No se podía, al igual, si ella no asistía le tocaba ir un sábado, un domingo pues para poder cumplir, para poder pagar ese tiempo (...)*”

Por su parte, la señora **KAREN YICED TORRALVA PEREIRA**, al respecto dijo lo siguiente:

“**PREGUNTADO:** Usted sabe señora Karen si la señora Jazmin podía enviar algún reemplazo para que desempeñara las funciones de ella como auxiliar de enfermería. **CONTESTÓ:** No podía enviar ningún reemplazo, tenía que realizar sus actividades de forma personal. (...)”

## **8.2. DE LA REMUNERACIÓN**

En los diversos contratos de prestación de servicios visibles a folios **22** a **42** del expediente, se verifica que la entidad le fijó a la señora **JAZMIN CUERO VALENCIA** una retribución por sus servicios en el cargo que desempeñó como auxiliar de enfermería, que recibía mensualmente de parte del **HOSPITAL VISTA HERMOSA I NIVEL E.S.E.** – hoy **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, quedando expresado en los contratos de la siguiente manera:

*“**QUINTA- VALOR:** el valor total del presente contrato es la suma de DOS MILLONES DOSCIENTOS SETENTA MIL CIEN PESOS (\$2.270.100) (...)”*

## **8.3. DE LA SUBORDINACIÓN O DEPENDENCIA**

Este es, en últimas, el requisito que marca jurídicamente la diferencia entre un contrato de prestación de servicios y uno laboral.

En caso *sub examine* se comprobó que pese a haberse formalizado la vinculación de la demandante 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 este caso que la función de **AUXILIAR DE ENFERMERÍA**, por su naturaleza, no goza de autonomía del contratista, pues debe recibir órdenes de superiores.

Así, con el interrogatorio de parte y los testimonios recaudados se puso en evidencia que la señora **JAZMIN CUERO VALENCIA** tenía que cumplir horario de trabajo, en los cuales prestaba sus servicios, al igual que los empleados de planta. Igualmente se pone de presente que la accionante cumplía las órdenes impuestas por su jefe inmediato,

pudiéndose entonces verificar que la demandante se encontraba subordinada plenamente a las instrucciones impartidas por los superiores de la entidad demandada, en cuanto al modo, tiempo y cantidad de trabajo.

En el interrogatorio de parte, la señora **JAZMIN CUERO VALENCIA** refirió lo siguiente:

*“**PREGUNTADO:** Mencionó usted en respuesta anterior que tenía un coordinador, nos puede ilustrar cuáles eran las funciones de ese coordinador **CONTESTÓ:** Bueno pues él hacía como una directriz de lo que teníamos que hacer en terreno, de cómo se manejaban pues los protocolos. Nos explicaba pues las vigencias del contrato. Todo. **PREGUNTADO:** De acuerdo a su respuesta anterior, este coordinador estaba de manera permanente y constante, indicándole cómo y cuando debía usted ejecutar sus funciones, sus servicios **CONTESTÓ:** Si, si señor. De igual manera también había un apoyo de coordinación que también nos hacía directriz de todo lo que debíamos hacer en la parte del terreno. **PREGUNTADO:** De acuerdo con sus respuestas anteriores y teniendo en cuenta su profesión como auxiliar de enfermería, requería usted o recibía instrucciones de manera permanente de cómo debía ejecutar esos servicios, usted contaba con algún grado de autonomía para ejecutar esos servicios. **CONTESTÓ:** No señor, nosotros no éramos autónomos de hacer lo que, digamos, nosotros quisiéramos, teníamos que seguir las normas o pues la directriz que nos daba coordinación y el apoyo de coordinación. **PREGUNTADO:** Si usted requería ausentarse por alguna situación personal y no podía prestar sus servicios algún día, cuál era el procedimiento a seguir, qué se hacía **CONTESTÓ:** Digamos, si yo necesitaba un permiso, tenía que enviar un correo explicando por qué era el permiso y después tenía que reponer mi meta o como el tiempo que había solicitado pero sí, siempre tenía que reponer lo que había solicitado. (...)”*

Al respecto, en el testimonio recaudado a la señora **PATRICIA ARIAS GOMEZ**, textualmente indicó:

*“(...) **PREGUNTADO:** Usted menciona el cumplimiento de un horario de 7 de la mañana a 5 de la tarde, en ocasiones de 7 de la mañana a 4 de la tarde ese horario lo otorgaban mediante una planilla o hacían llamado a lista. Cómo manejaban el tema **CONTESTÓ:** La jefe era la que estaba pendiente con el apoyo de coordinación, llamado no lo hacían pero si estaban como pendientes de las que íbamos llegando y entregando las fichas que hacíamos como a diario (...)”*

La señora **KAREN YICED TORRALVA PEREIRA**, dijo lo siguiente:

*“(...) **PREGUNTADO:** Quién imponía ese horario **CONTESTÓ:** Nuestra coordinadora de territorio. **PREGUNTADO:** Usted sabe señora Karen si en el caso que la señora Jazmín requiriera algún permiso se podía ausentar o debía informar **CONTESTÓ:** Se debía informar con varios días de anticipación vía correo electrónico (...) **PREGUNTADO:** Usted menciona señora Karen que ustedes contaban con un horario, 7-5 o 7-4; este horario tenía algún control, alguna planilla, algún llamado, cómo manejaban el tema **CONTESTÓ:** Desde el inicio del horario ya teníamos alguna persona verificando que si llegáramos al punto de trabajo”*

Respecto de las funciones desempeñadas por la demandante, se verifica que la regulación prevista para el personal de planta también gobernó a la demandante, pese a su condición de contratista, en igualdad de condiciones a las que cumplían las personas que desempeñaban el cargo de **auxiliar de enfermería**, 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, lo que contradice el carácter temporal propio de este tipo de contratos.

De otro lado, se desvirtuó la transitoriedad de las funciones desempeñadas por la demandante, puesto que, la vinculación de la demandante no fue para suplir actividades transitorias, sino que la misma perduró desde el **15 de mayo de 2013** hasta el **31 de julio de 2016**. El contenido de los contratos muestra la imposibilidad de la demandante de cumplirlos en forma autónoma o que se trate de simple coordinación con la entidad.

Según la Corte Constitucional (Sentencia T-115 de 2015) la subordinación es el poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos.

Empero, es importante precisar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir a la demandante la condición de empleada pública, puesto que dicha calidad no se otorga por el sólo hecho de trabajar para el Estado. Así lo ha señalado el Consejo de Estado<sup>8</sup>:

*“Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de una relación laboral y puedan 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***

---

<sup>8</sup> 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.

**empleado público**, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión (...)"

## DE LA TACHA DEL TESTIMONIO DE LA SEÑORA KAREN YICED TORRALVA PEREIRA

Para resolver la tacha del testimonio de la señora Karen Yiced Torralva Pereira planteada por el apoderado de la entidad demandada, toda vez que ella tiene proceso judicial actualmente cursando contra de la entidad demandada, es pertinente acudir a lo dispuesto en el artículo 211 del C.G.P., el cual dispone:

"ARTÍCULO 211. IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas."

*La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.*" (Subrayas fuera de texto original)

Teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 211 del C.G.P., según el cual son sospechosas para declarar las personas que **en concepto del juez** se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o intereses en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales y otras causas, sin embargo, en este caso el testimonio rendido por la señora **Karen Yiced Torralva Pereira**, no configura la tacha, por cuanto ella conoció de primera mano lo ocurrido respecto a las funciones que desempeñaba la accionante; adicionalmente, dicha suposición no resulta suficiente para estimar que su declaración estuvo parcializada; en primer lugar, porque escuchado dicho testimonio no se advierte que el mismo estuvo parcializado o que pretenda inducir en error al Despacho o tergiversar la realidad de los hechos; además no puede dejarse de lado el principio de buena fe para simplemente suponer que la declarante manipuló su testimonio para favorecer a la demandante; en segundo lugar, porque el testimonio es coherente y concordante con las demás pruebas aportadas al expediente, incluidas las obligaciones pactadas en los contratos; finalmente, la respuesta de la testigo deviene lógicamente de la percepción que pudo tener de las actividades desempeñadas por la accionante durante el tiempo en que se desempeñó como contratista en la entidad demandada.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Despacho considera que dicho argumento no está acreditado en el proceso y, en consecuencia, el mismo no tiene la capacidad para invalidar la declaración rendida por la señora **Karen Yiced Torralva Pereira**.

#### 8.4. DE LA DEVOLUCIÓN DE LA RETENCIÓN EN LA FUENTE

La Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral<sup>9</sup> en cuanto al reintegro de las deducciones por retención en la fuente, expuso:

*“En cuanto a la pretensión de que le sea devuelta la retención en la fuente correspondiente a cada uno de los cuatro contratos que suscribió con el municipio, hay que decir que se trataría de una **cuestión de índole tributaria** ajena a lo que propiamente constituye el objeto de este litigio, por no tratarse de un asunto de naturaleza laboral.*

En consecuencia, no sería procedente ordenar la devolución de la retención en la fuente, al no tratarse de un asunto laboral, sino tributario.

#### 8.5. DE LA INDEMNIZACIÓN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES

Igualmente, el Consejo de Estado<sup>10</sup> ha manifestado que en los casos en los cuales se desvirtúa el contrato de prestación de servicios, el 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 existe un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del*

---

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral- Sentencia de junio 29 de 2001, rad. 15499

<sup>10</sup> 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)

*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 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 que devengaba otro funcionario de planta en un cargo equivalente<sup>11</sup>, así como el pago de los aportes al sistema de seguridad social (Salud y Pensión) en la cuota parte correspondiente a la entidad.

En concordancia con la sentencia de unificación emanada del Consejo de Estado<sup>12</sup>, el juez contencioso administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya solicitado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda Radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-15) CE-SUJ2-005-16 Demandante: Luanda María Cordero Causil. Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro. M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal demandada, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

En atención a que los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, que es imprescriptible y a la condición periódica del derecho pensional, en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de *in dubio pro operario*, no regresividad y progresividad; la entidad demandada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el **15 de mayo de 2013** hasta el **31 de julio de 2016**) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existiere diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

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 al demandante. Así lo ha aplicado el Consejo de Estado<sup>13</sup>:

*“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 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 de la entidad que obra a folio **43-44** del expediente, hubo algunos periodos de interrupciones entre los contratos suscritos con la accionante.

## **8.6. DEL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR MORA EN EL PAGO DE LAS CESANTÍAS Y DEMÁS PRESTACIONES SOCIALES**

Se precisa que no hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales, toda vez que en el sector público la misma sólo se

---

<sup>13</sup> 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.

encuentra prevista en la Ley 244 de 1995 cuando se incumple el plazo para pagar el auxilio de cesantías, pero acatando la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>14</sup>, cuando se declara la existencia de una relación laboral, dicha prestación tan solo se reconoce con la sentencia, la cual es constitutiva del derecho, por ende, 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 y de las cesantías, máxime cuando tales indemnizaciones están previstas en normas que regulan las relaciones laborales de trabajadores del sector privado (ley 50/90 y Ley 244/95).

### 8.7. ANÁLISIS DE LA PRESCRIPCIÓN

El Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación de la Sección Segunda, calendada 25 de agosto de 2016, expediente número 23001-23-33-000-2013-002660-01(0088-2015). C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, ha puntualizado frente a la prescripción de los dineros pagados por concepto de aportes para pensión, lo siguiente:

***“la imprescriptibilidad (...) no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.***

*Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiere hecho o existiese diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o complementar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador”<sup>15</sup>.* (Negrilla fuera del texto).

<sup>14</sup> 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

<sup>15</sup> Sentencia CE-SUJ2 de 25 de agosto de 2016, M.P., Carmelo Perdomo Cuéter. Proceso número. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015). Demandante Lucinda María Cordero Causil. Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba).

En esa misma sentencia de unificación, en la parte resolutive se estableció que en cada proceso en el que se reconozca el vínculo laboral se debe realizar el análisis de la prescripción en el caso concreto.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, aparece probado en el expediente que la demandante solicitó mediante derecho de petición formulado el **18 de junio de 2018** (folios **4-6**), a la entidad demandada, se le reconociera y pagara los derechos laborales originados en el contrato realidad, junto con las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales para el período comprendido entre el **15 de mayo de 2013** hasta el **31 de julio de 2016**, periodo durante el cual se desempeñó como **auxiliar de enfermería** del **HOSPITAL VISTA HERMOSA I NIVEL E.S.E.** – hoy **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, en virtud de los contratos de prestación de servicios.

Así las cosas, se evidencia que la demandante reclamó ante la entidad demandada sus pretensiones en torno al reconocimiento del contrato laboral, dentro del término de los tres años siguientes a la terminación de la última vinculación contractual, es decir, en el período comprendido entre el **15 de mayo de 2013** hasta el **31 de julio de 2016**, comoquiera que se demostró que su reclamo lo presentó ante la entidad accionada el **18 de junio de 2018**.

Por lo que se concluye que, no existe en el presente caso prescripción de las prestaciones sociales reclamadas durante el período reconocido.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial 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 los actos administrativos acusados desconocen las normas superiores invocadas, desvirtuando así la presunción de legalidad que los amparaban.

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

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

Al tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada pensional 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.

## 9. COSTAS

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 demandada. El Consejo de Estado ha señalado: “(...) sólo cuando La 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”<sup>16</sup>, y en vigencia de la Ley 1437 de 2011 ha reiterado<sup>17</sup>, 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 Veintitrés (23) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad del **OFICIO N° 201803510144061 del 03 de julio de 2018** por medio del cual la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, le negó a la accionante, señora **JAZMIN CUERO VALENCIA**, los derechos y acreencias laborales derivados de la relación laboral, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, a

<sup>16</sup>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.

<sup>17</sup>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.

reconocer y pagar a la señora **JAZMIN CUERO VALENCIA** identificada con la C.C. N° **53.119.020** de **Bogotá**, en forma indexada, las prestaciones sociales y demás emolumentos legales, en igualdad de condiciones que 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 **15 de mayo de 2013** hasta el **31 de julio de 2016**, de acuerdo con lo probado y consignado en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO: CONDENAR** a la entidad demandada a pagar a la actora los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes durante el periodo acreditado que prestó sus servicios.

**CUARTO: DECLÁRASE** que el tiempo laborado por la demandante a través de los contratos de prestación de servicios y sus adiciones o prórrogas, se deben computar para efectos pensionales.

**QUINTO:** La entidad deberá pagar a la parte demandante los valores correspondientes de las prestaciones sociales 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 siguiente fórmula:

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

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

**SÉPTIMO:** 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 mandato judicial.

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

**NOVENO:** Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado **DEVUÉLVASE** al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación y las anotaciones de ley, **ARCHÍVESE** el expediente.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARIA TERESA LEYES BONILLA**  
Juez

**Firmado Por:**

**MARIA TERESA LEYES BONILLA  
JUEZ CIRCUITO  
JUZGADO 023 ADMINISTRATIVO-SECCION 2 DEL CIRCUITO DE BOGOTA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**04bf797a4fefeefca7b73fd82998046e5ab3ddefeaec83e13bd6c3ab5d45c7ac**

Documento generado en 18/08/2020 09:47:13 p.m.