



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO 28 ADMINISTRATIVO  
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ  
-SECCIÓN SEGUNDA-

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

**Expediente:** 11001-33-35-028-2018-00596-00  
**Demandante:** Luis Alfredo Rojas  
**Demandado:** Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.  
**Controversia:** Contrato realidad - Reconocimiento de prestaciones sociales y demás emolumentos laborales

---

Procede el Despacho a proferir sentencia en el proceso de la referencia, incoado por el demandante **Luis Alfredo Rojas**, identificado con cédula de ciudadanía número 17.445.827, por intermedio de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra de la **Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.**

## I. ANTECEDENTES

### 1. Pretensiones<sup>1</sup>

La parte demandante, solicita:

*“Solicito a su señoría, que previo tramite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, mediante sentencia se sirva declarar que es nulo el oficio con número 20181110148981 de fecha 05 de julio de 2018, emanado de la SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., antes HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR E.S.E. y suscrito por la Dra. YIDNEY ISABEL GARCIA RODRIGUEZ, quien actúa como Gerente de dicha Institución, que como consecuencia directa de dicha declaratoria de nulidad se proceda a:*

*1- Reconocer y declarar que entre la SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. antes HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR E.S.E. y el señor LUIS ALFREDO ROJAS, existió una verdadera relación laboral, dentro del tiempo comprendido entre el 01 de agosto de 2012 y el 30 de enero de 2018, periodo en que mi mandante se desempeñó como MENSAJERO, vinculado a través de órdenes de prestación de servicios y/o simulados contratos de prestación de servicios. 2-) Como consecuencia del anterior reconocimiento y declaración ordene pagar las prestaciones sociales y demás emolumentos que en igualdad de condiciones la demandada reconocía a los empleados públicos cuya denominación de empleo en la planta de personal de esa Entidad es la de MENSAJERO o similar, tales como AUXILIO DE CESANTÍAS, INTERESES SOBRE CESANTÍAS, PRIMA SEMESTRAL, PRIMA DE SERVICIOS, PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE VACACIONES, SUELDO DE VACACIONES, VACACIONES, BONIFICACIÓN ESPECIAL POR RECREACIÓN, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS, HORAS EXTRAS, RECARGOS NOCTURNOS, DIFERENCIAS ENTRE SUELDOS PAGADOS Y LOS ASIGNADOS*

---

<sup>1</sup> Archivo Digital No. 1, folios 5 a 14

*AL CARGO QUE SE RECLAMA (a trabajo igual, salario (pago) igual), SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL, no canceladas por la Entidad y causadas durante el periodo comprendido entre el 01 de agosto de 2012 y el 30 de enero de 2018, derivadas de la relación laboral invocada, sin que se predique la prescripción extintiva de los derechos laborales. 3-) Ordenar efectuar el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión por el tiempo de servicios prestados bajo la modalidad de O.P.S., Contratos de Prestación de Servicios, al Fondo de Pensiones que se determinará, a efectos de proteger la expectativa pensional de mi mandante, Igualmente se reconozca que el tiempo laborado desde el periodo comprendido desde el 13 de agosto de 2012 y el 30 de enero de 2018, se compute para efectos pensionales. 4-) Reintegrar los dineros que se descontaron del salario, por concepto de retención en la fuente y pago de seguridad social. 5-) Ordenar que los valores que resulten a favor de mi mandante al efectuar la correspondiente liquidación, sean cancelados junto con los intereses moratorios y actualizados teniendo en cuenta la corrección monetaria sobre cada uno de ellos. 6-) Reconocer y pagar a mi mandante, la indemnización consagrada en la ley 244 de 1995, por el no pago oportuno de cesantías. 7-) Reintegrar todos los valores cancelados por mí mandante por concepto de pólizas para amparar los supuestos contratos de prestación de servicios; 8-) Ordenar pagar y realizar la liquidación de todos los conceptos salariales y prestacionales con base en el valor más alto que se determine entre los pactados en los supuestos contratos de prestación de servicios y los asignados al cargo equivalente en la planta de cargos; con motivo del trabajo que desarrolló bajo sus órdenes y cumpliendo horario.”*

## **2. Hechos<sup>2</sup>**

El apoderado de la parte demandante señala que el señor **Luis Alfredo Rojas**, laboró a través de contratos de prestación de servicios en la **Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.**, entre el 1º de agosto de 2012 y el 30 de enero de 2018, desempeñando personalmente sus labores bajo continua subordinación.

Finalmente, indica que el **13 de junio de 2018**, presentó reclamación para el pago de prestaciones sociales por todo el tiempo laborado, petición que fue resuelta de manera negativa mediante el **Oficio No. 20181110148981 del 5 de julio de 2018**.

## **3. Normas violadas y concepto de violación<sup>3</sup>**

Señala como normas violadas, las siguientes:

Constitucionales: Preámbulo y artículos 25, 38, 53, 83, 122, 125 y 209.

Legales: Inciso 4º del artículo 2º del Decreto Ley 2400 de 1968, Artículo 209 del Decreto 1950 de 1.973, Numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, Artículos 1 y 2 de la Ley 909 de 2004 y Artículos 10 Y 102 de la Ley 1437 de 2011.

Indica que la entidad se apartó totalmente de las normas legales que debieron sustentar la expedición del acto administrativo nugatorio de los derechos laborales del demandante, pues al darse en realidad los elementos estructurales del contrato de trabajo, así lo ha debido reconocer, pues al negar la supremacía de la realidad sobre las formalidades vulnera de contera los principios que rigen la administración pública.

---

<sup>2</sup> Archivo Digital No. 1, folios 6 a 8

<sup>3</sup> Archivo Digital No. 1, folios 8 a 12

Aduce que el acto administrativo acusado no cumple los postulados allí inmersos como el respeto al trabajo, mucho menos la justicia porque ha sido expedido con desvío de poder y falsa motivación, tampoco hace honor a la igualdad, pues si no es necesario que el mensajero haga parte de la planta de personal de una E.S.E. y le sea pagado lo justo y legal por su trabajo, entonces la Gerente también debería ser contratada mediante contratos de Prestación de Servicios, máxime que no realiza consulta, esto siguiendo la lógica de la Gerente, para la tarea de administrar bien lo puede hacer un externo con un contrato que le exija el cumplimiento de metas y mejore la situación financiera de la Empresa.

Señala que los contratos de Prestación de Servicios son uniformes, la motivación es clara respecto de que la empresa requiere cumplir con la labor misional que por Ley le corresponde; y el régimen jurídico invocado no corresponde con la realidad o es tergiversado al acomodo e intereses de la convocada, por lo que la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. - antes Hospital Simón Bolívar E.S.E. tuvo claro qué clase de contratos estructurar para evadir su responsabilidad como empleador y evitar así pagar lo que en derecho corresponde a al demandante por el trabajo realizado personalmente, continuamente, subordinado a varios jefes y sin solución de continuidad.

Finalmente, en apoyo a sus argumentos citó jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional que considera aplicable al presente asunto.

#### **4. Trámite del proceso**

La demanda fue admitida mediante auto del 16 de diciembre de 2019<sup>4</sup> y se ordenó notificar al extremo pasivo, actuación que fue surtida el 17 de febrero de 2020<sup>5</sup> y dentro de la oportunidad legal se presentó la contestación de la demanda.

#### **5. Contestación de la demanda<sup>6</sup>**

Mediante escrito radicado el 1° de julio de 2020, la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. procedió a contestar la demanda manifestando su oposición a la mayoría de los hechos y a las pretensiones de la demanda.

Asegura que teniendo en cuenta la importancia del servicio que prestan las Empresas Sociales del Estado, es posible que se presenten situaciones fácticas que ocasionen gran cúmulo de actividades a desarrollar, que naturalmente deben suplirse mediante contrato de prestación de servicios, en tanto el personal de planta de la Entidad resulta insuficiente para cumplir con la gestión encomendada. Para lo cual la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte ESE goza de total autonomía administrativa, presupuestal y financiera por lo cual celebra los contratos que considere pertinentes en aras del cumplimiento de su misión como ESE.

---

<sup>4</sup> Archivo Digital No. 2, folios 27 a 29

<sup>5</sup> Archivo Digital No. 2 folios 33 a 35

<sup>6</sup> Archivo Digital No. 2 folios 37 a 44

Indica que según la jurisprudencia, debe tenerse en cuenta que la celebración de contratos de prestación de servicios no implica necesariamente discriminación alguna sobre un profesional respecto a una persona que es titular de un cargo de carrera administrativa, dado que es la ley quien ha facultado a las Entidades Públicas para suscribirlos, siguiendo unos parámetros preestablecidos.

Como excepciones propone las denominadas: “*El contrato es ley para las partes*”, “*Pago*”, “*Inexistencia del derecho y de la obligación*”, “*Ausencia de vínculo de carácter laboral*”, “*Prescripción*”, “*Buena fe de la demandada*” y “*Enriquecimiento sin causa*”, mediante las cuales busca enervar las pretensiones de la demanda.

Igualmente, apoya sus argumentos de descargo en jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, solicitando finalmente que se nieguen las pretensiones de la demanda.

## **6. Fijación del litigio y traslado para alegar de conclusión**

El 8 de abril de 2021, se llevó a cabo audiencia inicial hasta la etapa de pruebas<sup>7</sup>, las cuales se terminaron de recaudar en la audiencia de pruebas celebrada el 26 de julio de 2022<sup>8</sup>, en la que se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

### **6.1. Parte accionante<sup>9</sup>**

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

### **6.2. Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.<sup>10</sup>**

La entidad accionada manifestó que la parte actora no cumplió con la carga procesal de acreditar la configuración de los elementos esenciales de una relación de trabajo, razón por la cual deben negarse las pretensiones de la demanda.

### **6.3. Ministerio Público**

No emitió concepto.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. Problema jurídico**

Conforme a lo indicado en la audiencia inicial, el problema jurídico se contrae a definir si es procedente declarar la nulidad del acto administrativo acusado, y en consecuencia, determinar si entre el demandante y la entidad demandada, existió una relación laboral legal y reglamentaria propia del empleo público, de la cual se derive el reconocimiento y pago de las acreencias laborales que reclama.

<sup>7</sup> Archivo Digital No. 2, folios 99 a 107

<sup>8</sup> Archivo Digital No. 3, folios 97 a 100

<sup>9</sup> Archivos Digitales Nos. 10 y 10.1

<sup>10</sup> Archivo Digital No. 3, folios 103 a 107

## 2. Marco legal y jurisprudencial del contrato realidad

Sea lo primero señalar que en lo que atañe al empleo público, el artículo 125 de la Constitución, estableció que: “*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.*” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En ese sentido, por regla general, los empleos públicos dentro de los órganos y entidades del Estado son de carrera, siendo por lo tanto una excepción las demás formas de vinculación enunciadas por la norma en cita.

En desarrollo de los postulados constitucionales, el legislador no desconoció que en especiales ocasiones una entidad pública debe asumir la realización de actividades distintas a la función misional que contribuyen al cumplimiento de los objetivos de ésta, por lo que las personas de derecho privado (naturales o jurídicas) pueden suscribir contrato de prestación de servicios de que trata el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que señala:

*“Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

*(...)*

### **3°. Contrato de Prestación de Servicios.**

*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.”*

No obstante lo anterior, debe señalarse que el contrato de prestación de servicios tuvo sus inicios previamente a la expedición de la Ley 80 de 1993, como pasará a verse en el recuento normativo que se expondrá a continuación.

Como primer antecedente legal tenemos el artículo 2064 y siguientes del Código Civil, que tratan del arrendamiento de servicios inmateriales, compartiendo, por tanto, aspectos comunes con el actual contrato de prestación de servicios. Así mismo, en el sector público se encuentran como antecedentes normativos, que el artículo 5° de la Ley 3° de 1930, hacía referencia a la contratación de servicios muy especializados, reiterado posteriormente por el artículo 2° del Decreto 2400 de 1968 actualmente vigente y los artículos 138 del Decreto 150 de 1976 y 163 del Decreto 222 de 1983.

De la norma relacionada debe indicarse, de manera particular, que el artículo 163 del Decreto 222 de 1983, autorizaba la celebración de este tipo de contratos para

el desempeño de funciones administrativas, es decir, aquellas propias de la entidad, pero requería autorización del Jefe de cada organismo, en armonía con el Decreto 1680 de 1991, no obstante, con la Ley 80 de 1993, citada en precedencia, indicó que esos contratos podrían celebrarse con personas naturales siempre y cuando la planta de personal no resulta suficiente para realizar las actividades asociadas a la administración o funcionamiento de la entidad.

Precisamente el aparte normativo en el que se indica que: “... **en ningún caso estos contratos generan relación laboral, ni pago de prestaciones sociales...**”, fue revisado por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 1997 y declarado exequible, pero condicionado a que para desvirtuar la presunción de la relación contractual que la norma en comento supone, se demuestre la existencia de una relación laboral, cuando así se alega. Al respecto, la sentencia indica:

**“3. Características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.**

*El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:*

*a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. (...)*

*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 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. (...).*

*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.***<sup>11</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Entonces, el elemento diferenciador del contrato de prestación de servicios y el vínculo laboral, es la inexistencia para el primero, de la subordinación, lo que significa que para el desarrollo de una actividad que exige del conocimiento o formación específica en determinada materia, debe existir autonomía e independencia en la forma en la que se aplica el conocimiento, esto es, se establecen las reglas generales para llevar a cabo el objeto contractual, pero la forma en que se ejecuta no puede tener injerencia alguna la parte contratante.

Posteriormente, el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 que regula lo pertinente al empleo público fue objeto de control constitucional, pues indica que las funciones propias y habituales de la entidad no se pueden llevar a cabo mediante contratos de prestación de servicios, en cuanto expresa:

***“Artículo 2º. Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural, Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.***

*Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.*

*Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos; obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.*

***Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.***<sup>12</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto).

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-614 de 2009, define la forma en

<sup>11</sup> Corte Constitucional Sentencia C-154 de 1997. Referencia: Expediente D-1430. Norma acusada: Numeral 3o. - parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 "por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa". Actores: Norberto Ríos Navarro, Tulio Elí Chinchilla Herrera, Alberto León Gómez Zuluaga, Carlos Alberto Ballesteros Barón y Germán Enrique Reyes Forero. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Santafé de Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

<sup>12</sup> Decreto 2400 de 1968 Art. 2º, reformado por el Decreto 3400 de 1968 Art. 1º.

que se debe diferenciar la actividad encomendada a un contratista, con la función misional de la entidad e incluyó el elemento de la función permanente como característico de la relación laboral, mismo que lo distancia del contrato de prestación de servicios, para finalmente, desarrollar los criterios que permiten identificar cuándo se está frente a una relación laboral o una de carácter netamente contractual, al disponer:

*“La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios, a saber:*

**i) Criterio funcional:** 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) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público. En otras palabras, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral. En este sentido, la sentencia del 21 de agosto de 2003<sup>13</sup>, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expresó: (...).

**ii) Criterio de igualdad:** Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudir a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia citada del 6 de septiembre de 2008<sup>14</sup>).

**iii) Criterio temporal o de la habitualidad:** Si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia ya citada del 3 de julio de 2003<sup>15</sup>). Dicho en otros términos, si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y de esa manera, se encuentra que no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008<sup>16</sup>).

**iv) Criterio de la excepcionalidad:** si la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudir a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002<sup>17</sup> a que se ha hecho referencia). Por el contrario, si la gestión contratada equivale al “giro normal de los negocios” de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideró ajustado al ordenamiento jurídico lo expresado por el ad quem en el asunto sometido a su consideración así:

*“... existiendo objetivamente la relación de trabajo, esta se presume amparada por el contrato de trabajo, máxime cuando se trata de empresas comerciales o industriales con ánimo de lucro en las mismas condiciones de los particulares, de conformidad a*

<sup>13</sup> Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 0370-2003.

<sup>14</sup> Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 2152-06.

<sup>15</sup> Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, expediente 4798-02.

<sup>16</sup> Consejero Ponente Jaime Moreno García, expediente 2776-05.

<sup>17</sup> Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 3530-2001.

*lo dispuesto por el artículo 4° del D.2127 de 1.945, como quiera que en la actualidad el Sistema de Seguridad Social Integral no está exclusivamente a cargo del estado ni del Instituto de Seguros Sociales, sino que también está siendo prestado por particulares o mejor por empresas privadas. En consecuencia la entidad pública que ejecuta actividades de gestión, cuando contrata personas para cumplir con actividades propias del giro u objeto social comercial, debe estar a lo dispuesto en las normas pertinentes sobre la vinculación de los trabajadores, mediante contratos de trabajo, como quiera que la excepción para ejecutar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, puede la administración pública vincular personas con conocimientos especializados, cuando la planta es insuficiente mediante la aplicación de las normas previstas en la ley 80 de 1.993, esto es con contratos de prestación de servicios, pues de acuerdo con el artículo 6° del Decreto 3130 las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, están sometidas a las reglas del derecho privado, lo que significa que no puede aplicarse en forma general como hizo el Ad-quem, la excepción establecida por el legislador para casos muy especiales y concretos ...”<sup>18</sup> (subrayas fuera del texto original)*

*v) Criterio de la continuidad: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral. La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 21 de agosto de 2003<sup>19</sup>, indicó: (...).*

*En síntesis, una de las condiciones que permite diferenciar un contrato laboral de un contrato de prestación de servicios es el ejercicio de la labor contratada, pues sólo si no hace parte de las funciones propias de la entidad, o haciendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios. De lo contrario, la administración debe recurrir a la ampliación de la planta de personal para celebrar contratos laborales.”<sup>20</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

En esa decisión, la Corte Constitucional muestra su preocupación por la carga que está generando el hecho de que las entidades hayan dispuesto la celebración de contratos de prestación de servicios con el propósito de suplir el déficit de personal, en aras de la realización de funciones propias de la entidad.

## **2.1 Principio constitucional de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**

Aclarado como se encuentra el objeto del contrato de prestación de servicios y ante la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 163 del Decreto 222 de 1983, dispuesta en la sentencia C-154 de 1997 de la Corte Constitucional sobre esta modalidad contractual, se colige que el artículo 53 de la Constitución Política, procura salvaguardar los derechos laborales de carácter irrenunciables de los trabajadores, que para el caso *sub examine*, cuando una entidad pública, so pretexto de la falta de personal suficiente para la realización de actividades de carácter permanente, acude al contrato de prestación de servicios, desconociendo las características especiales que el legislador dispuso para este tipo de contrato.

<sup>18</sup> Sentencia del 21 de abril de 2004, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas, expediente 22426.

<sup>19</sup> Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, radicación 0370-2003.

<sup>20</sup> Corte Constitucional Sentencia C-614 de 2009. Referencia: expediente D-7615. Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2° (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1° (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968. Actor: María Fernanda Orozco Tous. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D. C., dos (2) de septiembre de dos mil nueve (2009). Sobre el tema se pueden consultar las sentencias C-171 de 2012 y la SU-040 de 2018.

Como se ha venido anticipando entonces, el contrato de prestación de servicios de que trata el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado - Sección Segunda, esta última actuando como órgano de cierre de la jurisdicción Contenciosa Administrativa al resolver conflictos en los que se discute si lo realmente ejecutado por los extremos de un acuerdo de voluntades, corresponde a un contrato de prestación de servicios profesionales o realmente corresponde a una relación laboral propiamente dicha, al margen de los formalismos tenidos en cuenta al inicio de la relación.

Para dilucidar si se está frente a una relación laboral o un contrato de prestación de servicios, la sentencia proferida por el Consejo de Estado Sección Segunda del 4 de julio de 2013, dentro del expediente No. 08001-23-31-000-**2006-00142**-01 (2675-12), con ponencia de la Dra. **Bertha Lucía Ramírez de Páez**; reiteró la tesis según la cual, para diferenciarlas se debe tener en cuenta los elementos que constituyen una relación laboral de manera enunciativa que son: i) la subordinación, ii) la prestación personal del servicio y iii) la remuneración por el trabajo cumplido, mismos que pueden ser demostrados con cualquier medio de convicción.

Descendiendo al estudio de los elementos de la relación laboral, en lo que atañe a la subordinación el Consejo de Estado en sentencia del 27 de agosto de 2015, expediente No. 81001-2333-003-**2013-00057**-01 (3361-14), indica lo siguiente:

“(…).

*En ese orden, la Sala ha señalado que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, **tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral**; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. (...)*

***Ahora bien, 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.*

*Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la 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, **por este sólo hecho de estar 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 como lo ha reiterado esta Corporación.”<sup>21</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

### 3. Caso concreto

A fin de resolver la controversia planteada en el sub judice, a continuación se analizará si con las pruebas documentales y testimoniales recaudadas, se encuentra acreditada la existencia de los tres elementos propios de la relación laboral, es decir, la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación.

#### 3.1. De los elementos que configuran la relación laboral

##### 3.1.1. Prestación personal del servicio

Se acredita que el demandante **Luis Alfredo Rojas** prestó sus servicios en la **Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.**, en donde cumplió funciones como Mensajero, cuyo desempeño, exigía la prestación personal del servicio. Para tal efecto, suscribió los siguientes contratos de servicios profesionales:

NO.	CONTRATO	OBJETO	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN	DÍAS HÁBILES DE INTERRUPCIÓN	FOLIO
1	1865 de 2012	Suministro de servicios personales de apoyo a la gestión como MENSAJERO CON MOTO en el área de CORRESPONDENCIA del Hospital Simón Bolívar.	13 de agosto de 2012	31 de diciembre de 2012	---	Archivo Digital No. 1, Folio 30 y Archivo Digital No. 4
2	0634 de 2013	Prestación de servicios de apoyo entrega de correspondencia actividades o eventos: 1) Actividades a) Entrega ordenada y completa de documentación. 2) Actividades que tiene que supervisar a) Entrega eficaz de la correspondencia.	2 de enero de 2013	31 de diciembre de 2013	0	Archivo Digital No. 1, Folio 30 y Archivo Digital No. 4
3	0162 de 2014	Prestación de servicios como mensajero externo con moto.	2 de enero de 2014	31 de diciembre de 2014	0	Archivo Digital No. 1, Folio 30 y Archivo Digital No. 4
4	0912 de 2015	Prestación de servicios como mensajero externo con moto.	1º de enero de 2015	31 de enero de 2015	0	Archivo Digital No. 1, Folio 30 y Archivo Digital No. 4
5	1949 de 2015	Prestación de servicios como MENSAJERO EXTERNO CON MOTO.	1º de febrero de 2015	31 de diciembre de 2015	0	Archivo Digital No. 1, Folio 30 y Archivo Digital No. 4

<sup>21</sup> Consejo de Estado-Sección Segunda sentencia del 27 de agosto de 2015, expediente No. 81001-2333-003-2013-00057-01 (3361-14).

6	0197 de 2016	Mensajero externo con moto.	1° de enero de 2016	31 de enero de 2016	0	Archivo Digital No. 1, Folio 30 y Archivo Digital No. 4
7	1300 de 2016	Prestación de servicios como mensajero con moto para el área de correspondencia.	2 de febrero de 2016	31 de julio de 2016	1	Archivo Digital No. 1, Folio 30 y Archivo Digital No. 4 (VIGENCIA 2016.pdf Folios 36 a 43)
8	0147 de 2016	Prestación de servicios como mensajero con moto.	1° de agosto de 2016	31 de agosto de 2016	0	Archivo Digital No. 1, Folio 30 y Archivo Digital No. 4
9	3943 de 2016	Prestación de servicios como mensajero con moto – Correspondencia en la Unidad de Prestación de Servicios de SALUD Simón Bolívar y/o en los demás servicios o unidades que demande la Subred.	1° de septiembre de 2016	31 de diciembre de 2016	0	Archivo Digital No. 1, Folio 30 y Archivo Digital No. 4
10	2871 de 2017	Prestar servicios profesionales y de apoyo a la gestión como Auxiliar – Moto dentro de los diferentes procesos y procedimientos de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. de acuerdo a las necesidades de la Institución.	2 de enero de 2017	15 de enero de 2018	0	Archivo Digital No. 1, Folio 30 y Archivo Digital No. 4

Tal prestación del servicio fue confirmada por los testigos escuchados en la audiencia de pruebas, quienes afirmaron que durante el tiempo en que trabajaron juntos, el accionante **Luis Alfredo Rojas**, debía cumplir un horario laboral, al respecto el señor Jhon Harold Bonilla Anturi señaló que: *“el señor Luis Alfredo tenía un horario de 7 de la mañana a 4 de la tarde”*.

Frente al ítem de la exigencia del cumplimiento de un horario, el testigo Juan Carlos Gómez, afirmó que: *“el horario era de 7 a 4 (...) si usted llegaba tarde lo devolvían”*, así mismo, los testigos son coincidentes en afirmar que el horario laboral era asignado por el ente hospitalario, a través del área administrativa, de lo cual se colige que el demandante debía sujetarse a los turnos y jornadas institucionales determinadas por la entidad.

Por lo tanto, se aprecia, que la naturaleza de las labores desarrolladas por el demandante durante su vinculación a la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., es prueba suficiente de la ejecución personal del servicio, así como de la imposibilidad de disponer de su propio tiempo para ejecutarlas, pues llevan implícita, la prestación constante del servicio y una permanente labor de seguimiento por parte del coordinador del contrato.

Así las cosas, es posible concluir, que la labor encomendada, requería la presencia del accionante en el sitio de labores y el cumplimiento de horario, que si bien, no imponía su permanencia en las instalaciones de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., debido a las actividades de mensajería que tenía a

cargo, ello, no significaba que pudiera disponer de su tiempo para desarrollarlas, contrario a la autonomía que se predica de los contratos de prestación de servicios profesionales.

### 3.1.2. Remuneración

Así mismo, en el *sub judice*, se encuentra demostrada la remuneración o contraprestación periódica y retributiva que percibió el demandante por la labor que desempeñó en la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., dado que, en la totalidad de los contratos celebrados entre las partes, el pago se dividía por meses cumplidos y era asociado al plazo de ejecución, hasta completar el monto del contrato respectivo.

*Verbi gratia*, el Contrato de Prestación de Servicios No. 1300 de 2016<sup>22</sup>, que estipuló dentro de su clausulado lo siguiente:

Entidad Administradora de Riesgos Laborales ARL. **CLAUSULA CUARTA.- VALOR Y FORMA DE PAGO:** Para todos los efectos legales, el valor del contrato es la suma de **CUATRO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL PESOS M/CTE (\$ 4284000)**, pagaderos en mensualidades de **UN MILLÓN CUATROCIENTOS VEINTIOCHO MIL PESOS M/CTE (\$ 1428000)** de acuerdo a la programación que establezca la Entidad para garantizar la debida prestación del servicio, que pagará EL HOSPITAL previa presentación de los informes periódicos y constancia de pago al sistema de seguridad social, de conformidad con la certificación de cumplimiento que para este efecto expida el supervisor. **CLAUSULA**

Así pues, la remuneración fue periódica, sucesiva y constante, percibida como contraprestación a la ejecución de funciones ante la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., y la misma, estaría precedida del informe de actividades y acreditación del pago de los aportes con destino al sistema general de seguridad social (salud, pensiones y riesgos laborales).

### 3.1.3. Subordinación

Se colige que el demandante **Luis Alfredo Rojas**, durante su vinculación, permanentemente estuvo supeditado a las directrices impartidas por sus superiores, según se relató en las declaraciones practicadas al interior del proceso y escuchadas en la audiencia de pruebas.

Así pues, la declaraciones recibidas dan cuenta de la existencia de superiores jerárquicos, quienes se encargaban de controlar el cumplimiento de las actividades y de los controles respectivos para el perfeccionamiento del pago de los honorarios, por lo que la relación sustancial era la de verificar que se cumplieran las tareas asignadas, impartiendo directrices de forma permanente y el demandante los reconocía como tal.

Por lo tanto, la relación entre el demandante y sus superiores jerárquicos a lo largo del vínculo, fue de subordinación y no de simple coordinación, en la medida en que se encontraba sometida al cumplimiento de funciones asignadas, jornada de trabajo y la realización de actividades de mensajería y por ende, el ejercicio de dichos roles o actividades carecían de autonomía, ya que se encontraba

---

<sup>22</sup> Archivo Digital No. 4, "VIGENCIA 2016.pdf", folios 61 y 62

sometido a los lineamientos institucionales establecidos por la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E..

Ahora bien, como se desprende de las declaraciones recaudadas y de los soportes contractuales, el accionante mantuvo una relación contractual constante con la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., entre los años 2012 y 2018, en donde integró el área de correspondencia, desplegando de manera concreta actividades asociadas a la mensajería, conforme a las directrices impartidas por los coordinadores de área, actividades de orden esencial en el marco de la actividad asociada a la entidad, demostrando el cumplimiento de las funciones asignadas a su trabajo, cumpliendo con los objetivos y metas señaladas, vínculo perpetuado por un lapso de más de 5 años.

Entonces si bien el cumplimiento de un horario es característico tanto de la coordinación como de la subordinación, para la existencia de la relación laboral debe acreditarse esta última y el Despacho la encuentra demostrada en la medida que se torna evidente la necesidad que tenía la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. de contar con personal asistencial para realizar labores de mensajería.

Es claro entonces, que la asignación de las obligaciones contractuales fueron trascendiendo al cumplimiento de mayores obligaciones y responsabilidades, las cuales excedieron el clausulado contractual pactado, hechos que derivaron en la ejecución de funciones permanentes de la entidad, justificada de forma sucesiva a través de contratos entre los años **2012 y 2018**, hecho que demuestra que la planta de personal era insuficiente para atender las funciones misionales de la entidad, por lo que tuvo que acudir a esa modalidad de vinculación.

Entonces, si bien el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, permite que se contrate personal por prestación de servicios para realizar actividades para el funcionamiento de la entidad, cuando el personal de planta no pueda ser destinado para este efecto, como se indicó en precedencia, esa norma cuenta con dos condiciones de constitucionalidad señaladas en las sentencias C-154 de 1997 de manera directa e indirecta por la sentencia C-614 de 2009, para precisar que los servicios que se prestan por este tipo de contratos, se ejecuta con personal especializado en una materia específica, son funciones de carácter temporal y no se puede celebrar ese tipo de contratación, para funciones de carácter permanente, que fue lo que aquí ocurrió.

Por lo tanto, la exigencia de un horario debidamente controlado, sumado a la imposibilidad de ausentarse del sitio de trabajo sin tener el permiso previo y la continuidad en la celebración de los contratos de prestación de servicios profesionales, acreditan la existencia del elemento de la subordinación.

Es indiscutible que la prestación del servicio fue de manera personal y que, de acuerdo con los pagos en cada contrato por concepto de honorarios, se realizó con regularidad de cada treinta (30) días, puesto que del contenido del clausulado de los diferentes contratos aportados, se logra evidenciar que los pagos fueron fragmentados, con el objeto de establecer una remuneración de

carácter mensual a la parte actora como contraprestación directa por el servicio prestado.

Así, según los objetos contractuales por los cuales fue vinculado el demandante, se puede concluir con claridad, que las actividades por las cuales fue contratado, hacen parte del objeto misional de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., en el ámbito de ejecución de actividades para el componente asistencial del área de correspondencia, durante el tiempo de prestación personal del servicio, conforme quedó acreditado en el plenario.

Ahora bien, en el asunto se logró establecer la existencia de cargos similares en la planta de personal de la entidad, conforme a la declaración rendida por el señor Jhon Harold Bonilla Anturi, quien hace parte de dicha planta de personal y que al respecto manifestó: *“si señora (...) yo también podía ejercer la función”*, ejecutando así actividades afines a los propósitos determinados en los contratos de prestación de servicios para los cuales el demandante fue vinculado.

Con base en lo expuesto, se colige que el empleo por el cual fue vinculado mediante contratos de prestación de servicios el demandante **Luis Alfredo Rojas**, fue creado en la planta de personal de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., según quedó demostrado con las probanzas practicadas al interior del proceso, de acuerdo al objeto de cada orden de prestación de servicios, actividades asociadas a su función de Mensajero, que en todo caso, estaba sujeta por obvias razones, a los horarios institucionalmente establecidos para el personal que las ejecutaba.

Así mismo, dada la naturaleza de dichas funciones, es claro, que el demandante no podía realizarlas únicamente en las instalaciones de la entidad, y por consiguiente, hacían necesaria su presencia permanente y continua en el lugar de trabajo, es decir, en las mencionadas instalaciones o donde tuviera que radicar correspondencia, más aún, si se tiene en cuenta que la entidad lo requería de forma permanente y personal para el desarrollo de las mismas y así prestar un servicio de manera óptima y eficaz, haciendo imposible que pudiera ausentarse del área de labores o incluso darse su propio horario, pues de ser así, crearía múltiples traumatismos al normal funcionamiento del área donde prestaba sus servicios como Mensajero, con lo que se demuestra, la carencia de independencia y autonomía, argumento que quedó suficientemente probado, especialmente con la prueba testimonial recaudada.

Tales circunstancias, permiten sostener que el demandante, desplegó la actividad contractual bajo las directrices del personal de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. y debía cumplir a cabalidad las normas que rigen en la entidad para el desempeño de su labor, lo que, indudablemente, lleva implícita la dependencia, subordinación y supervisión del ejercicio de las funciones y desvirtúa la relación de simple coordinación.

Se encuentra de los varios contratos de prestación de servicios suscritos por parte del demandante **Luis Alfredo Rojas** que no se trataba de funciones meramente temporales, dado que laboró en la entidad tantas veces aludida, **entre el 13 de**

**agosto de 2012**<sup>23</sup> (Contrato de Prestación de Servicios No. 1865 de 2012) y el **15 de enero de 2018**<sup>24</sup> (Contrato de Prestación de Servicios No. 2871 de 2017) último contrato de prestación de servicios, **existiendo una continuidad y permanencia**.

Así las cosas, el análisis en conjunto del acervo probatorio, permite concluir que se ha desvirtuado la autonomía e independencia de la prestación del servicio y con ello el vínculo contractual y en su lugar, es claro que existió una verdadera relación laboral entre la **Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.** y el demandante, que pretendió ser encubierta bajo la suscripción de los sucesivos contratos de prestación de servicios, de tal suerte que se encuentra desvirtuada la presunción *iuris tantum* que contempla el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.<sup>25</sup>

Siguiendo los lineamientos del artículo 164 de la Ley 1564 de 2012<sup>26</sup> y configurados todos los elementos de la relación laboral propia del empleo público así la administración quiera darle connotación jurídica distinta, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda y se ordenará a la entidad pagar al demandante la totalidad de prestaciones sociales dejadas de percibir, reconocidas al personal que desempeñaba igual o similar labor, tomando como base el valor de lo pactado en los contratos, por el periodo comprendido **desde el 13 de agosto de 2012 y hasta el 15 de enero de 2018, teniendo en cuenta los medios de prueba aportados y lo peticionado en el libelo demandatorio**, pues, la prestación de sus servicios a la **Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.**, fue continua.

### **3.2. La condena**

Configurados todos los elementos de la relación laboral en este caso, en aplicación al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, contenido en el artículo 53 de la Carta y demás garantías laborales, se procederá a declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio No. 20181110148981 del 5 de julio de 2018**, por medio del cual se negó la solicitud de reconocimiento y pago de acreencias laborales, elevada por el demandante **Luis Alfredo Rojas**.

<sup>23</sup> Archivo Digital No. 1, Folio 30 y Archivo Digital No. 4

<sup>24</sup> Archivo Digital No. 1, Folio 30 y Archivo Digital No. 4

<sup>25</sup> El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 19 de julio de 2017, expediente No. 63001-23-33-000-2014-00139-01(1771-15) Consejera Ponente Dra. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, en la que se señaló: "Dicha normatividad contempló una presunción *iuris tantum*, al establecer que en ningún caso estos contratos- entiéndase contratos de prestación de servicios- generan relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales.

Las presunciones generan una de dos situaciones: quien alega la presunción para fundar su derecho desplaza la carga de la prueba en cabeza de su adversario o bien, que quien alega la presunción le niegue a su adversario por entero la facultad de acudir a prueba alguna que demuestre la no existencia del hecho decisivo.

De esta suerte, las presunciones relevan de la carga probatoria a los sujetos a favor de quienes operan. Una vez demostrado aquello sobre lo cual se apoyan, ya no es preciso mostrar valiéndose de otros medios de prueba lo presumido por la ley. En ese orden, el artículo 166 del Código General del Proceso aplicable por remisión del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, regula las presunciones establecidas por ley señalando que «... el hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.»

Así las cosas, la presunción contenida en el artículo transcrito al no tener el carácter de ser *iuris et de iure*, es decir, de pleno derecho, puede ser controvertida y desvirtuada, de tal manera que, en asuntos como el presente, quien pretenda la declaratoria de existencia de una relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicios, con base en el principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Superior de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber de probanza a fin de poder quebrantar la presunción que sobre esta modalidad de contrato estatal recae".

<sup>26</sup> ARTÍCULO 164. NECESIDAD DE LA PRUEBA. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho.

En consecuencia, únicamente se accederá al pago de las prestaciones sociales reclamadas, para cuya liquidación se deberán tener en cuenta los honorarios pactados en los respectivos contratos, ello de conformidad con la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, proferida por el Consejo de Estado, con ponencia del Doctor Carmelo Perdomo Cuéter, expediente No. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-15)CE-SUJ2-005-16, donde señaló lo siguiente:

*“(…) en las controversias de contrato realidad **hay lugar a reconocer las prestaciones que el siguiente contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales**, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, per o que en su ejecución se dieron elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empedados (Sic) público **hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengaban los demás servidores público de panta de la respectiva entidad.***

(…)

*Ahora bien, en lo que atañe al ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el docente vinculado por contrato de prestación de servicios, cabe anotar que este corresponderá a los honorarios pactados, ya que no es dable tener en cuenta, en este caso, el empleo de planta, pues los docentes oficiales se encuentran inscritos en el escalafón nacional docente que implica remuneraciones diferenciadas según el grado en el que estén.”* (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Por consiguiente, pese a que se demostró que el demandante desempeñó, en igualdad de condiciones, las mismas funciones de los trabajadores de planta de la entidad, la base para liquidar las prestaciones sociales y los demás emolumentos pretendidos, corresponde a los honorarios pactados, lo cual fue reiterado en la reciente Sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021.

Es necesario precisar en cuanto a las prestaciones sociales, que las mismas pueden ser ordinarias y compartidas, dependiendo de quién es el encargado de la realizar el respectivo aporte.

En ese sentido, conforme a las pretensiones incoadas, si bien se demostró que las Órdenes de Prestación de Servicios, ocultaban en realidad una relación laboral, también lo es, que tal situación *per se*, no otorga la calidad de empleado público al demandante. Sin embargo, atendiendo a la naturaleza jurídica de la entidad en la que prestaba sus servicios y a las especiales normas que regulan la condición de sus servidores, al demandante **Luis Alfredo Rojas**, le asiste el derecho al pago de las prestaciones sociales ordinarias teniendo como referente los empleos determinados conforme al Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales establecido para la entidad y utilizando como base para su liquidación, los honorarios pactados.

### **3.2.1. De la prescripción**

Sobre el particular, en reciente pronunciamiento el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021, radicado No.: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), se estableció como regla para determinar la interrupción entre cada vínculo contractual “un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la

**finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del plenario.**

Así, como quiera que se trata de un tema de unificación jurisprudencial, se acoge la posición en ella adoptada, destacando que para el presente caso, en el plenario no se encontró acreditada una interrupción superior a treinta (30) días entre los contratos suscritos desde el año 2012, por lo tanto, se concluye que no operó el fenómeno jurídico de la prescripción, habida cuenta que además se probó que para el 15 de enero de 2018, el demandante prestaba sus servicios a la entidad demandada; así mismo, que la presentación de la reclamación administrativa se perfeccionó el 13 de junio de 2018<sup>27</sup> y que la radicación de la demanda se realizó el 13 de diciembre de 2018<sup>28</sup>.

### **3.3. De los aportes a Salud y Pensión**

En cuanto a las prestaciones compartidas (vb. gr. pensión y salud), no se accederá, el pago a favor del demandante de los porcentajes de cotización que le correspondían de conformidad con la Ley 100 de 1993, pagos que en virtud de los contratos de prestación de servicio debieron ser asumidos totalmente por el contratista (artículos 15 y 157 *ibídem*), pues a pesar de que probó que los sufragó, teniendo en cuenta que para el reconocimiento de sus honorarios mensuales, era necesario el pago de aportes a salud y pensión, según las disposiciones de los Contratos de Prestación de Servicios celebrados, no le asiste el derecho a la devolución de los valores pagados de más por este concepto, en virtud de lo dispuesto por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021, radicado No.: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), esto sin perjuicio de la orden que se dará a la entidad de realizar los respectivos aportes que en su calidad de empleadora le correspondían a la correspondiente Caja de previsión.

### **3.4. Del reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de cesantías**

Tampoco es posible acceder al pago a título de indemnización por la mora en el reconocimiento de las cesantías en aplicación a lo dispuesto en la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, dado el carácter constitutivo de la presente sentencia que establece la existencia de una verdadera relación laboral, lo que implica que solo hasta su ejecutoria, se hacen exigibles los derechos salariales y prestacionales del demandante y en ese orden de ideas, es a partir de la firmeza de la decisión, que nace la obligación para la entidad demandada de pagar las cesantías a su favor, luego entonces, es equivocado pretender que se reconozca mora en el pago de una prestación, cuando esta ni siquiera existía. Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", en sentencia del 6

---

<sup>27</sup> Archivo Digital No. 1, folios 20 y 21

<sup>28</sup> Archivo Digital No. 2, folio 1

de octubre de 2016, expediente 68001-23-31-000-2009-00146-01(1773-15),  
Consejero Ponente: **William Hernández Gómez**.<sup>29</sup>

### 3.5. De las horas extras y el trabajo suplementario

Finalmente, frente al reconocimiento y pago de los valores asociados a la realización de trabajo suplementario, debe indicarse que la determinación de la jornada laboral en el sector público se encuentra que el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, por medio del cual se definió la jornada de 44 horas semanales.<sup>30</sup> Sobre este punto en particular, el Despacho advierte que si bien el demandante prestó sus servicios en la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., al plenario no se allegó medio de prueba documental suficiente que permita verificar de forma individual los turnos que le fueron asignados en ejecución de cada uno de los contratos de prestación de servicios.

En consecuencia, no se accederá al reconocimiento de horas extras, recargos nocturnos, festivos y dominicales pretendidos, por cuanto la parte actora, en virtud del principio *onus probandi*, teniendo la carga de hacerlo, no aportó medio de prueba suficiente, que determinara con precisión las horas extras laboradas y el presunto trabajo en dominicales y/o festivos realizado por el demandante, de tal suerte que a partir de lo obrante en el proceso, mal podría el Despacho determinar de manera arbitraria y bajo suposiciones, el número probable de horas extras diurnas, nocturnas y/o festivas laboradas, pues es necesario que la parte interesada, además de enunciar la cantidad de dichas horas laboradas, también aporte los medios probatorios necesarios con los que se sustente esta pretensión.

### 3.6. De la devolución de retención en la fuente

En lo que respecta a las devoluciones por concepto de retención en la fuente, no hay lugar al reconocimiento de dichos conceptos, dado que como lo ha determinado el Consejo de Estado, se trata de un “cobro anticipado de un impuesto, que bien puede ser el de renta por los honorarios percibidos por el actor al suscribir los Contratos de Prestación de Servicios, cuyo trámite de devolución debe realizarse ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales — DIAN una vez hubiese presentado la declaración de renta, empero, como en el sub-judice no existe siquiera prueba sumaria de que ello hubiere ocurrido, no están los elementos de juicio suficientes, y si en gracia de discusión existieran, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por controversias laborales no es la idónea para ventilar dicha pretensión.”<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Esta Corporación en sentencia del 9 de junio de 2011, Consejera Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. Número Interno: 1457-2008, señaló que «[...]la sanción moratoria no puede darse, como lo pretendió el demandante, cuando se reconoce judicialmente un derecho discutible pues, no se puede considerar que existe mora sino a partir del momento en que la Administración tenga claridad de la obligación que se reconoce judicialmente»

<sup>30</sup> **Artículo 33. De la jornada de trabajo.** La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas. Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras. El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras.

<sup>31</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. C.P. Dr. William Hernández Gómez. Sentencia de 27 de

### 3.7. De la devolución de pagos por concepto de pólizas

En cuanto a la devolución del pago, por concepto de pólizas de cumplimiento de los contratos de prestación de servicios, tampoco es dable acceder a su reconocimiento, habida cuenta que estos pagos se encuentran amparados a la luz del ordenamiento jurídico vigente al momento de la suscripción de los referidos contratos, dado que estas pólizas constituyen una garantía necesaria para cubrir posibles riesgos en los procesos de contratación por prestación de servicios con el Estado, de manera que al haberse demostrado la configuración de una relación laboral, ello no puede hacerse extensivo a un reconocimiento económico por este concepto, adicional a los que ya han sido señalados.

### 3.8. De la condena en costas

Finalmente, el Despacho no impone condena en costas, en la medida que no se observó una conducta dilatoria o de mala fe de ninguno de los sujetos procesales, y además porque no se encuentra prueba de su causación conforme lo consagrado en el artículo 365 numeral 8° del Código General del Proceso.

Bajo las consideraciones que anteceden, el Juzgado Veintiocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

#### FALLA

**Primero:** Declarar no probadas las excepciones propuestas por **Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo:** **Declarar** la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio No. 20181110148981 del 5 de julio de 2018**, por medio del cual **Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.**, negó la solicitud de reconocimiento y pago de acreencias laborales presentada por el demandante **Luis Alfredo Rojas**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**Tercero:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **condenar** a **Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.**, a reconocer y pagar a favor del demandante **Luis Alfredo Rojas**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.445.827, todas y cada una de las prestaciones sociales de Ley dejadas de percibir, por el periodo comprendido entre el **13 de agosto de 2012** y el **15 de enero de 2018**, teniendo en cuenta para la liquidación el valor de lo pactado en los contratos de prestación de servicios.

Para efectos de la condena, se tendrán en cuenta las prestaciones sociales correspondientes a la totalidad del periodo ejecutado sin

interrupciones, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**Cuarto:** El tiempo laborado por el demandante **Luis Alfredo Rojas**, bajo los contratos de prestación de servicios, debe computarse para efectos pensionales, para lo cual la entidad deberá hacer las correspondientes cotizaciones.

**Quinto:** Las sumas que resulten a favor del demandante deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de prestaciones sociales en los períodos que efectivamente se prestó el servicio, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada prestacional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

**Sexto:** Se **niegan** las demás pretensiones de la demanda.

**Séptimo:** **Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.**, deberá dar cumplimiento a la presente decisión, dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011.

**Octavo:** Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

**Noveno:** Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**MÓNICA LORENA SÁNCHEZ ROMERO**  
**JUEZ**

**Firmado Por:**  
**Monica Lorena Sanchez Romero**  
**Juez**  
**Juzgado Administrativo**  
**028**  
**Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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: **65db9fb2495d6affdf002d10f858b4e9183a2b660069d8858d801bdc2216b918**

Documento generado en 14/09/2022 07:02:40 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**