



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

Bogotá D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 11001-33-35-028-2019-00171-00
Demandante: Jeniffer Nataly Álvarez Galindo¹
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.²
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 la demandante **Jeniffer Nataly Álvarez Galindo**, identificada con cédula de ciudadanía número 65.632.487 expedida en Ibagué, 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 Sur E.S.E.**

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones³

La parte demandante, solicita:

“(…) las **PRETENSIONES** quedarán así:

1. *La declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el oficio de fecha 07 de noviembre de 2018-OJU-E3381-2018- ASUNTO: Respuesta Derecho de Petición No. 201803510201322-2018021100031 suscrito por la doctora GLORIA EMPERATRIZ BARRERO CARRETERO- JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA-SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. el cual respondió al radicado de 20183510201332.*
2. *Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho en que ha sido lesionado mi mandante se pronuncien las siguientes declaraciones y condenas:*
 - 2.1 *Se declare que la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS SALUD SUR E.S.E y la señora JENIFFER NATALY ÁLVAREZ GALINDO existió una relación laboral de derecho público, conforme al principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, y en igualdad de condiciones que los empleados públicos de esa institución equiparable al de **PROFESIONAL ESPECIALIZADO ÁREA SALUD- CÓDIGO 242- GRADO 27**, por haber realizado las labores de **EPIDEMIÓLOGA VIGILANCIA EN SALUD PÚBLICA y COORDINADORA PROGRAMA AMPLADO DE INMUNIZACIONES** en el **HOSPITAL NAZARETH E.S.E. I NIVEL** en el lapso de tiempo comprendido entre el 10 de octubre de 2013 hasta el 31 de marzo de 2016.*

¹ jurispaterabogados@gmail.com

² amanda.diaz.p@gmail.com notificacionesjudiciales@subredsur.gov.co

³ Folios 2 a 4 del documento 5 del cuaderno digitalizado #1.

2.2 *Se condene a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E a reconocer y pagar a la señora JENIFFER NATALY ÁLVAREZ GALINDO las siguientes acreencias laborales e indemnizaciones equiparables al cargo de **PROFESIONAL ESPECIALIZADO ÁREA SALUD-CÓDIGO 242-GRADO 27** (sic).*

2.2.1 *Diferencia salarial entre lo que devengó la señora JENIFFER NATALY ÁLVAREZ GALINDO y lo que devenga un servidor público que desempeña funciones de **PROFESIONAL ESPECIALIZADO ÁREA SALUD-CÓDIGO 242-GRADO 27**.*

2.2.2 *Cesantías definitivas para un servidor público que desempeña funciones de **PROFESIONAL ESPECIALIZADO ÁREA SALUD-CÓDIGO 242-GRADO 27**.*

2.2.3 *Intereses sobre la Cesantía para un servidor público que desempeña funciones de **PROFESIONAL ESPECIALIZADO ÁREA SALUD-CÓDIGO 242-GRADO 27**.*

2.2.4 *Primas de servicios para un servidor público que desempeña funciones de **PROFESIONAL ESPECIALIZADO ÁREA SALUD-CÓDIGO 242-GRADO 27**.*

2.2.5 *Prima de vacaciones para un servidor público que desempeña funciones de **PROFESIONAL ESPECIALIZADO ÁREA SALUD-CÓDIGO 242-GRADO 27**.*

2.2.6 *Prima de navidad para un servidor público que desempeña funciones de **PROFESIONAL ESPECIALIZADO ÁREA SALUD-CÓDIGO 242-GRADO 27**.*

2.2.7 *Prima de antigüedad para un servidor público que desempeña funciones de **PROFESIONAL ESPECIALIZADO ÁREA SALUD-CÓDIGO 242-GRADO 27**.*

2.2.8 *Bonificación por servicios prestados para un servidor público que desempeña funciones de **PROFESIONAL ESPECIALIZADO ÁREA SALUD-CÓDIGO 242-GRADO 27**.*

2.2.9 *Vacaciones para un servidor público que desempeña funciones de **PROFESIONAL ESPECIALIZADO ÁREA SALUD-CÓDIGO 242-GRADO 27**.*

2.2.10 *Sanción por el no depósito de las cesantías a un fondo para un servidor público que desempeña funciones de **PROFESIONAL ESPECIALIZADO ÁREA SALUD-CÓDIGO 242-GRADO 27**.*

2.2.11 *Indemnización moratoria por el no pago oportuno de todas sus acreencias laborales dentro de los términos para un servidor público que desempeña funciones de **PROFESIONAL ESPECIALIZADO ÁREA SALUD-CÓDIGO 242-GRADO 27**.*

2.2.12 *Reliquidación de los aportes al sistema de seguridad social integral a favor de la señora JENIFFER NATALY ÁLVAREZ GALINDO teniendo en cuenta el verdadero salario que debió devengar por el cargo equiparable de **PROFESIONAL ESPECIALIZADO ÁREA SALUD-CÓDIGO 242-GRADO 27**.*

2.3 *Se condene a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. a reconocer y pagar a la señora JENIFFER NATALY ÁLVAREZ GALINDO a la devolución de aportes en salud, pensiones, riesgos laborales y aportes a la caja de compensación familiar.*

2.4 *Se condene a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. a reconocer y pagar a la señora JENIFFER NATALY ÁLVAREZ GALINDO a la devolución de los dineros descontados de forma ilegal de sus salarios con destino al pago del impuesto de retención en la fuente.*

2.5 *Se condene a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. a reconocer y pagar a la señora JENIFFER NATALY ÁLVAREZ GALINDO la devolución de los dineros descontados de forma ilegal de sus salarios con destino al pago del impuesto I.C.A.*

- 2.6 *Que como consecuencia lógica de lo anterior, se ordene a la entidad demandada a reconocer y pagar las anteriores sumas indexadas de acuerdo al índice de precios al consumidor.*
3. *La SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. deberá pagar sobre todas las sumas dinerarias adeudadas (sic) más intereses moratorios a favor de JENIFFER NATALY ÁLVAREZ GALINDO.*
4. *Que se condene a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. a cumplir la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.*
5. *Que se condene a la demandada SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. en costas incluyendo agencias en derecho.*
6. *Subsidiariamente y a título de indemnización se reconozcan y paguen con todos los aumentos legales y la correspondiente indexación y los derechos laborales a que la demandante tendría derecho si fuese una servidora pública equiparable al de **PROFESIONAL ESPECIALIZADO ÁREA SALUD-CÓDIGO 242-GRADO 27**, según la relación anterior y parámetros indicados. (...)*”

2. Hechos⁴

Señala el apoderado que la demandante laboró de forma constante e ininterrumpida para el Hospital Nazareth E.S.E hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. como epidemióloga vigilancia en salud pública y coordinadora del programa ampliado de inmunizaciones durante el periodo comprendido entre el 10 de octubre de 2013 al 31 de marzo de 2016, encontrándose vinculada mediante contratos de prestación de servicios.

Aduce que las labores que realizó la demandante son equiparables al cargo de Profesional Especializado Área de la Salud Código 242 grado 27, para lo cual fue contratada por su perfil de enfermera con especialización en epidemiología.

Destaca que la demandante cumplió estrictamente el horario que se le fijó, recibió órdenes de sus superiores, cumplió el reglamento interno de trabajo, bajo total y completa subordinación, recibiendo los elementos necesarios para cumplir con las labores por parte del Hospital.

Arguye que las labores desarrolladas por la demandante como epidemióloga y coordinadora del programa de inmunizaciones no son de carácter temporal, esporádico o transitorio, ya que son propias del objeto social de la entidad.

Señala que la entidad exigía de cotizaciones a salud y pensión, le descontaba la retención en la fuente y nunca le reconoció un salario equiparable al de Profesional Especializado Área de la Salud Código 242 Grado 27, ni las prestaciones sociales correspondientes al cargo. Indica que la demandante no presentó reclamación anteriormente por temor a la terminación del contrato.

3. Normas violadas y concepto de violación⁵

En la demanda se citan como infringidas con la expedición de los actos administrativos objeto de control judicial, las siguientes disposiciones jurídicas:

Constitución Política: Preámbulo, Artículos 1º, 2º, 13, 25, 53, 83, 90, 122, 125 y 209.

⁴ Folios 4 a 7 del documento #5 del cuaderno digitalizado #1.

⁵ Folios 7 a 16 del documento 1 y 1 a 9 del documento 2 del cuaderno digitalizado #1.

Legales: Ley 52 de 1975, Ley 79 de 1988, Ley 80 de 1993, Ley 100 de 1993, Ley 454 de 1998, Decreto Ley 2400 de 1968, Decretos 3135 y 3148 de 1968, Decreto 1048 de 1969, Decretos 1042 y 1045 de 1978, Decretos 174 y 230 de 1975 y Decreto 4588 de 2006.

Señala que la entidad impuso a la demandante la firma de múltiples contratos de prestación de servicios, prórrogas y adiciones, que desconocen el principio de la realidad sobre las formalidades establecido en el artículo 53 de la Constitución.

Destaca que una de las consecuencias de la existencia de una relación laboral es el reconocimiento de las prestaciones sociales que el régimen aplicable tenga previsto para el servidor público.

Arguye que el acto administrativo acusado fue expedido con infracción en las normas en que debía fundarse comoquiera que la entidad celebró con la demandante contratos de prestación de servicios continuos obteniendo que esta le prestara sus servicios personales en funciones permanentes, naciendo una relación laboral de facto, al estar sometida a continuada subordinación y dependencia, usando los contratos de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de la verdadera relación de trabajo.

Argumenta que el acto acusado está viciado de falsa motivación, dado que en los hechos que lo fundamentan son contrarios a la realidad vivida por la demandante, pretendiendo la entidad dar razones engañosas para desconocer derechos de los administrados.

Todo lo anterior, fundamentado en diferentes sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

4. Trámite del proceso

La demanda fue inadmitida mediante auto proferido el 21 de junio de 2019⁶, con el fin de que se ajustaran las pretensiones y se estimara razonadamente la cuantía.

Una vez subsanados los defectos advertidos en el auto inadmisorio, la demanda fue admitida mediante auto del 19 de julio de 2019⁷ y se ordenó notificar al extremo pasivo.

Ante la imposibilidad de notificar a la entidad demandada, el Despacho mediante el auto proferido el 6 de abril de 2021, ordenó a la secretaría realizar dicha actuación, la cual fue surtida el 16 de abril de 2021 y dentro de la oportunidad legal se presentó la contestación de la demanda.

5. Contestación de la demanda

Mediante escrito radicado el 26 agosto de 2021⁸, la entidad contestó la demanda, manifestando su oposición a la prosperidad de las pretensiones con carácter declaratorio y condenatorio formuladas en libelo.

La carga argumentativa de la contestación fue presentada excepciones de mérito que fueron denominadas como: i) inexistencia de subordinación y dependencia de la parte

⁶ Folios 12 a 16 del documento 4 del cuaderno digitalizado #1.

⁷ Folios 11 a 14 del documento 5 del cuaderno digitalizado #1

⁸ Folios 15 y 16 del documento 8 y documento 9 del cuaderno digitalizado #1

demandante; ii) configuración de una ficción contra legem; iii) inexistencia de una relación laboral, legal o reglamentaria; iv) inexistencia de los elementos del contrato de trabajo; v) cobro de lo no debido; vi) prescripción y vii) falta de elementos que desvirtúen la presunción de legalidad del acto administrativo atacado. Así mismo, propuso las excepciones de inepta demanda, prescripción y caducidad. Frente a las excepciones de mérito es pertinente exponerlas en los siguientes términos:

Señala que la subordinación y/o dependencia es un requisito fundamental para que se declare la existencia de una relación laboral, destacando que las relaciones de coordinación entre la entidad contratante y la contratista no implican la existencia del elemento de la subordinación.

Arguye que la declaratoria de un contrato realidad no implica que la demandante obtenga la condición de trabajador oficial o de empleado público ya que no median los componentes de una relación contractual o legal o reglamentaria.

Destaca que no se prueba en el caso de la demandante que se acrediten los elementos de la relación laboral.

6. Audiencia inicial, recaudo probatorio y alegatos de conclusión

Mediante el auto proferido el 12 de mayo de 2022, se declaró no probada la excepción de inepta demanda y se fijó fecha para realizar la audiencia inicial.

El 24 de mayo de 2022 se llevó a cabo audiencia inicial en la cual se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

Por medio del auto del 29 de septiembre de 2022⁹, declaró incorporadas las pruebas documentales allegadas y fijó como fecha para realizar la audiencia de pruebas el 11 de octubre de 2022.

En audiencia de pruebas realizada el 11 de octubre de 2022, se recaudó el testimonio de Jaime Alfonso Forero Henríquez y el interrogatorio de parte de Jeniffer Nataly Álvarez Galindo. Y así mismo, se corrió traslado para alegar de conclusión.

6.1. Parte accionante

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

6.2. Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

Mediante memorial del 26 de octubre de 2022, la apoderada de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., presentó sus alegatos de conclusión con fundamento en lo siguiente:

Solicita se examine en conjunto la prueba recaudada, en especial la prueba testimonial, en la que considera se puede colegir que la demandante fue contratada no solo por la ausencia de personal sino por el conocimiento técnico que esta tiene.

Indica que el testigo en su calidad de médico no conoció propiamente las actividades ejercidas por la demandante, destacando que la accionante prestó sus servicios en los

⁹ Documento Digital #5.

programas de territorios saludables, que es un programa específico dirigido a la población más vulnerable.

Aduce que no existen documentos que corroboren los hechos sobre los cuales la demandante finca sus pretensiones en lo relacionado con el elemento de la subordinación, ya que no probó la existencia de memorandos, llamados de atención, comunicaciones, circulares, solicitud y concesión de permisos, fijación de horario laboral, entre otros.

Destaca que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática en señalar que no basta con los testimonios y aseveraciones de los demandantes para la configuración de una relación laboral, ya que la carga de la prueba se encuentra en cabeza del demandante quien debe demostrar los elementos de la relación laboral, especialmente el de la subordinación.

Por lo anterior, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda y en su lugar se declaren probadas las excepciones planteadas.

El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Conforme a lo indicado en la audiencia inicial, el problema jurídico de este proceso se contrae a determinar si entre la demandante **Jeniffer Nataly Álvarez Galindo** y la **Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.**, existió una relación laboral legal y reglamentaria propia del empleo público. De ser así, deberá establecerse si le asiste derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales que reclama en la demanda.

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 3º 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:
(...)

3º. 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 5º de la Ley 3º de 1930, hacía referencia a la contratación de servicios muy especializados, reiterado posteriormente por el artículo 2º 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, se indicó que esos contratos podrían celebrarse con personas naturales siempre y cuando la planta de personal no resultara 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 alegue. 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.¹⁰ (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 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:

¹⁰ 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).

“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.¹¹ (Negrilla y subrayado fuera de texto).

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-614 de 2009, define la forma en 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 2003¹², 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 2008¹³).

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 2003¹⁴). 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 2008¹⁵).

iv) Criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas”

¹¹ Decreto 2400 de 1968 Art. 2º, reformado por el Decreto 3400 de 1968 Art. 1º.

¹² Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 0370-2003.

¹³ Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 2152-06.

¹⁴ Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, expediente 4798-02.

¹⁵ Consejero Ponente Jaime Moreno García, expediente 2776-05.

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 2002¹⁶ 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 lo dispuesto por el artículo 4º 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 6º 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 ...”¹⁷ (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 2003¹⁸, 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.”¹⁹ (Negrilla y subrayado fuera de texto).

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

¹⁶ Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 3530-2001.

¹⁷ Sentencia del 21 de abril de 2004, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas, expediente 22426.

¹⁸ Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, radicación 0370-2003.

¹⁹ Corte Constitucional Sentencia C-614 de 2009. Referencia: expediente D-7615. Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º (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.

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.

Como se ha venido anticipando entonces, el contrato de prestación de servicios de que trata el numeral 3º 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 asistenciales 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.”²⁰ (Negrilla y subrayado fuera de texto).

3. Caso concreto

A fin de resolver la controversia planteada en el sub iudice, 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. Prestación personal del servicio

Se acredita que la demandante **Jeniffer Nataly Álvarez Galindo**, prestó sus servicios en el Hospital Nazareth I Nivel E.S.E. hoy fusionado en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., en donde cumplió funciones como epidemióloga y coordinadora del programa ampliado de inmunizaciones, lo cual exigía la prestación personal del servicio, en la sede administrativa del Hospital, la Unidad Primaria de Atención-UPA de San Juan, y el Centro de Atención Médica Integral CAMI de Nazareth. Para tal efecto, prestó sus servicios de mediante contratos de prestación de servicios así:

- Contratos de prestación de servicios suscritos con el Hospital Nazareth E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

Cto. No.	Objeto	Fecha inicio	Fecha final	Días de interrupción	Confrontado expediente
318 de 2013	Prestación de servicios como epidemióloga en el área de evaluación y análisis	17 de octubre de 2013	30 de diciembre de 2013	-	Carpeta contratos del archivo pruebas memorial 2-06-2022
58 de 2014	Prestación de servicios como epidemióloga vigilancia en salud pública	2 de enero de 2014	30 de septiembre de 2014	1 día hábil	Carpeta contratos del archivo pruebas memorial 2-06-2022
227 de 2014	Prestación de servicios como Coordinadora del Programa Ampliado de inmunizaciones.	14 de julio de 2014	26 de diciembre de 2014 (con una suspensión entre el 1º de septiembre y el 10 de septiembre de 2014)	-	Carpeta contratos del archivo pruebas memorial 2-06-2022
OPS 151 de 2015	Prestación de servicios como Coordinadora del Programa Ampliado de inmunizaciones.	5 de enero de 2015	31 de diciembre de 2015	4 días hábiles	Carpeta contratos del archivo pruebas memorial 2-06-2022
OPS 217 de 2016	Prestación de servicios como Coordinadora del Programa Ampliado de inmunizaciones	12 de enero de 2016	31 de marzo de 2016 (Suspensión entre el 1 de febrero de 2016 y el 17 de febrero de 2016)	5 días hábiles	Carpeta contratos del archivo pruebas memorial 2-06-2022

²⁰ Consejo de Estado-Sección Segunda sentencia del 27 de agosto de 2015, expediente No. 81001-2333-003-2013-00057-01 (3361-14).

El desempeño de todas las actividades enlistadas en los periodos determinados, exigían que la demandante realizara actividades relacionadas con el área de epidemiología en salud pública (como epidemióloga y coordinadora del programa ampliado de inmunizaciones) tanto en el área administrativa del Hospital de Nazareth I Nivel E.S.E y así mismo, atendiendo a las particularidades de la prestación del servicio en dicho ente hospitalario, tenía que desplazarse a la Unidad Primaria de Atención-UPA de San Juan, y el Centro de Atención Médica Integral CAMI de Nazareth ubicados en la localidad de Sumapaz en la ciudad de Bogotá para realizar actividades de tipo asistencial.

En el interrogatorio de parte, realizado por la apoderada de la entidad demandada, la demandante **Jeniffer Nataly Álvarez Galindo**, señaló respecto del lugar donde realizó las actividades, lo siguiente *“(…)Para ejercer las actividades se distribuía en 3, teníamos la oficina que quedaba en la Boyacá con 26 y ahí donde estábamos que era la oficina era de lunes a viernes si no teníamos actividades en campo y las Unidades de atención del CAMI Nazareth que es en Nazareth y en la UPA San Juan (…)”*

De la declaración rendida por el testigo **Jaime Alfonso Forero Henríquez**, logra colegirse que la demandante se desempeñaba como epidemióloga y coordinadora del plan ampliado de inmunización en el Hospital Nazareth y sus unidades de atención *“(…)Si el Hospital por su condición, era un hospital muy sui generis muy característico de orden público, empezando que ese era el único hospital, creo que a nivel nacional, acreditado con una operación, su parte operativa médica o asistencial sus centros de salud quedaban 100% en áreas rurales, pero como que había que interactuar con secretaría de Salud y con los otros entes bajo el concepto de intersectorialidad y transectorialidad el Hospital tenía una sede administrativa en la 26 con Boyacá, hay teníamos la dependencias, hay teníamos ese tipo de dependencias y se llevaban a cabo las reuniones, los actos que había que hacer, teníamos asignados unos computadores allí, toda una parte logística y de infraestructura y la otra parte tenía una característica que no tenía ningún otro hospital a excepción de sus médicos especialistas y asistenciales que era el consejo de habitabilidad, el hospital dotó un área alterna para uno pernoctar durante el tiempo que uno estaba allí para poder brindarle seguridad. (…)”*

Por tanto, se aprecia, que la naturaleza de las labores como epidemióloga y coordinadora, es prueba suficiente de la ejecución personal de los servicios, lo cual además de la imposibilidad de disponer de su propio tiempo para ejecutarlas, llevan implícita, la prestación diaria del servicio y una constante labor de seguimiento por parte de sus superiores.

Así las cosas, es posible concluir, que la labor encomendada requería la presencia de la accionante en el sitio de labores que fuera determinado por su superior, en este caso en la sede administrativa del Hospital de Nazareth, la Unidad Primaria de Atención-UPA de San Juan y el Centro de Atención Médica Integral CAMI de Nazareth y el cumplimiento del respectivo horario de trabajo que en algunos casos requería que por las condiciones de ruralidad de las unidades asistenciales pernoctara en el lugar, contrario a la autonomía que se predica de los contratos de prestación de servicios profesionales.

3.2. Remuneración

Así mismo, en *sub judice*, se encuentra demostrada la remuneración o contraprestación periódica y retributiva que percibió la demandante por la labor que desempeñó en el Hospital Nazareth E.S.E hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., dado que, en la totalidad de los contratos celebrados entre las partes, se aprecia un ítem

denominado forma de pago de compensación, en el cual señalan que por regla general se pagaría el valor del contrato por mensualidades vencidas y proporcional a los días de ejecución del contrato.

V.gr Contrato 318 de 2013 “(...) *El valor del presente Contrato será cancelado con corte a 25 de cada mes, mensualidades vencidas; fraccionamiento de tiempo cuando se requiera (...)*”

Contrato 217 de 2016 “(...) *El valor de la presente Orden será pagado con el corte determinado por el HOSPITAL por mensualidades vencidas o fraccionamiento de tiempo cuando se requiera (...)*”

De igual forma, obran certificación expedida por la Tesorera de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., en la cual se evidencian pagos mensuales constantes a la demandante que oscilan entre \$2.445.555 y \$4.560.301.

De lo anterior, se observa que existía una remuneración periódica, sucesiva y constante percibida por la demandante como contraprestación a la ejecución de sus funciones, como epidemióloga y coordinadora del programa ampliado de inmunización en la Subred Integrada de Servicios Sur E.S.E.

3.3. Subordinación

Se colige que la demandante **Jeniffer Nataly Álvarez Galindo**, durante su vinculación como epidemióloga y coordinadora del programa ampliado de inmunización, estuvo supeditada a las directrices impartidas por sus jefes y coordinadores, que para el caso eran la Coordinadora de Salud Pública, el Subgerente y la Gerente del Hospital, según se logró establecer en el proceso.

La declaración del testigo y del interrogatorio de parte da cuenta de la existencia de superiores que en cada una de las fases contractuales eran los encargados de vigilar y controlar la actividad desempeñada por la demandante, encontrándose sometida al cumplimiento de un horario estricto y la aprobación de los informes para el perfeccionamiento del pago de los honorarios (conforme se estipula del clausulado de los contratos de prestación de servicios), por lo que la relación sustancial con los supervisores era la de verificar que se cumplieran las tareas asignadas, impartiendo directrices de forma permanente y la demandante les reconocía como superiores jerárquicos.

Al respecto la demandante, señaló en su declaración que la Dra. Marcela Martínez en su calidad de Coordinadora de Salud Pública y el Dr. Leonardo Garzón como Subgerente del Hospital, eran quienes controlaban su horario.

Por su parte, el testigo **Jaime Alfonso Forero Henríquez**, señaló que “(...) *La dependencia donde ella permanecía, o sea su sitio de trabajo tenía la particularidad de que eso era un matriarcado, puras enfermeras, y con ella siempre estaba cuando fue epidemióloga la referente en todo lo que es inspección, vigilancia y control, o sea su superior inmediato que era la Dra. Eliana y siempre constantemente le estaba dando lineamientos, más aún cuando pasa a PAI empieza a ser parte del componente de salud pública, la Jefe Marcela era la que le impartía todos los lineamientos y las decisiones que a veces se hacía el link entre lo que secretaría de salud mandaba como lineamiento lo captaba esta coordinadora que tenía diferentes programas, PAI, materno perinatal, etc., y a cada una de las referentes*

como el caso de Jeniffer se los bajaba directamente le daba las instrucciones y las directrices a seguir (...).”

Ahora bien, respecto de la exigencia de un horario la demandante en su interrogatorio señaló que el mismo era de 8 de la mañana a 5 de la tarde en la oficina, no obstante, destacó respecto de las actividades de campo lo siguiente “(...) obviamente entregábamos cronograma de las actividades, verificación en campo y aparte a eso la asistencia a los de atención incluía pernoctar en los centros de atención no éramos libres de irnos a la hora que decidiéramos irnos, no podíamos ir en transporte público sino que tenía que ser en el transporte del Hospital ya sea para Nazareth y para San Juan y para la entrega de biológicos me tocaba solicitar permiso para ir en mi vehículo personal (...)”

Por su parte el testigo **Forero Henríquez**, indicó lo siguiente “(...) generalmente se daba dentro de unos términos entre 8 y 5 de la tarde generalmente (...) porque por las demás características sui generis de la institución nos tocaba irnos a la localidad teníamos que hacerlos a las 4 de la mañana, nos recogía un bus y nos llevaba a la localidad verdad y se extendía el trabajo porque se hacía la parte administrativa, la parte asistencial, las capacitaciones que había que hacerle al equipo que estaba allá en terreno digamos y a veces nos daba 8- 10 de la noche, lo mismo cuando estábamos en proceso de acreditación, o sea ese Hospital tenía unos altos estándares de calidad superior fue acreditado por el ICONTEC, y teníamos unas capacitaciones y unas labores, como eran el famoso madrugón del saber o el conocimiento y teníamos que estar desde las 6 de la mañana hasta las 7 u 8 para que esto no entorpeciera el día normal de la institución, todo esto venía con unas directrices, y unas líneas precisas, desde el punto de vista de la alta dirección (...)”.

Así mismo, respecto del control de la actividad diaria realizada por la demandante, el testigo **Jaime Alfonso Forero Henríquez**, indicó que las instrucciones igualmente se daban en el llamado “Comité de Comités”, donde se tomaban decisiones administrativas, técnico científicas, de salud pública, de manejo de talento humano.

Por lo tanto, la relación entre la demandante y sus superiores jerárquicos, 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, por ende, el ejercicio de su cargo carecía de autonomía, ya que se encontraba supeditado a los lineamientos institucionales establecidos por la entidad.

De las documentales aportadas logra evidenciarse que la demandante entre el año 2013 a 2016 desplegó las actividades propias de una epidemióloga que posteriormente ejerció como coordinadora del PAI “programa ampliado de inmunización”, observándose, entre otras, las siguientes actividades específicas:

Contrato 58 de 2014	217 de 2017
<p>1. Realizar cada una de las actividades descritas en la propuesta.</p> <p>2. Realizar las actividades descritas en el perfil en cuanto a: - Diagnóstico de necesidades y expectativas. -Planeación concertada del cuidado de la salud. - Ejecución de alternativas de solución. Y - Evaluación. Realizar todas las actividades necesarias tendientes al cabal cumplimiento del objeto del negocio jurídico</p> <p>3. Obrar con lealtad y buena fe en el desarrollo y ejecución del Contrato, evitando dilaciones injustificadas del servicio</p>	<p>1. Desarrollar la gestión del Programa Ampliado de Inmunizaciones.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Actualización permanente del Diagnóstico de necesidades y expectativas. • Planeación concertada del cuidado de la salud • Diseño de estrategias concertadas y manuales. • Ejecución de alternativas de Solución Seguimientos permanentes Operación del plan de cuidado según necesidad familiar y colectiva y según planes de beneficio PIC-POS-FONDO DESARROLLO LOCAL.

<p>4. Aplicar las políticas de Calidad de la Institución y participar activamente en el Proceso de Certificación y Acreditación.</p> <p>5. Desarrollar sus actividades conforme al Mapa de Procesos, Procedimientos, Guías, Instructivos y normas legales vigentes, aplicables para el efecto en la ESE.</p> <p>6. Registrar las actividades desarrolladas en los formatos instituidos para ello en el Hospital.</p> <p>7. Preparar y presentar los informes, solicitudes, peticiones y/o respuestas, requeridas por las entidades públicas o privadas; dentro de los términos de ley de tal manera que se garantice la veracidad de la misma,</p> <p>8. Presentar al interventor y/o supervisor copia de la autoliquidación y pago de sus aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, en calidad de independiente sobre el 40% del valor mensual del contrato, conforme lo establece la ley.</p> <p>9. Devolver al finalizar el plazo de ejecución del Contrato los bienes y elementos que le hayan sido entregados por el Hospital para el desarrollo de sus actividades.</p> <p>10. Conocer, promover y aplicar las Normas de Gestión Ambiental, residuos hospitalarios, manual de higiene y seguridad industrial, programa de salud ocupacional, planes de emergencia, para proteger la salud en el trabajo aplicando las técnicas de Bioseguridad.</p> <p>11. Formular y ejecutar las acciones preventivas y/o correctivas, y/o plan de mejoramiento a que haya lugar de acuerdo a las evaluaciones y recomendaciones obtenidas.</p> <p>12. Velar por el mantenimiento de la imagen institucional a través de las actuaciones individuales.</p> <p>13. Abstenerse de divulgar la información almacenada en algún medio o dispositivo de cualquier tipo que pertenezca en carácter reservado a la institución, sin el consentimiento de las directivas del mismo.</p> <p>14. Abstenerse de realizar comentarios, consultas o cualquier tipo de referencia frente a situaciones personales, médicas o de cualquier tipo relacionadas con los pacientes o documentos, sobre los cuales tiene acceso como efecto del cumplimiento del objeto contractual. Por tanto garantizará que los espacios de consultas con profesionales o de solicitudes o trámites con personal asistencial o de apoyo se haga de forma exclusiva en los espacios adecuados que permitan garantizar la confidencialidad y seguridad de la información de la historia clínica del paciente o usuario.</p> <p>15. Verificar el ajuste de cada una de sus actuaciones a los parámetros legales y hacer las recomendaciones que considere del caso para el debido cumplimiento de objeto contractual.</p> <p>16. Cumplir el POA 2014</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Evaluación Análisis de indicadores operativos — tácticos y estratégicos del énfasis y en general por territorio. • Posicionamiento de la temática del programa en los espacios locales e intersectoriales para la construcción d propuestas integrales de solución y las demás inherentes a los procesos según la dinámica del modelo de salud familiar. • Gestión del Programa Ampliado de Inmunizaciones (Resultado semanal de las acciones en PAI en campo, seguimiento a jornadas de vacunación, seguimiento a las cohortes de recién nacido, consolidación, sistematización, análisis y generación de informes). • Apoyo a la gestión del Área de Promoción y Prevención. • Realizar cronograma propio de actividades. • Gestión frente a los cumplimientos de meta PAI. • Control de insumos y vacunas. • Realizar el proceso de inducción, re-inducción, capacitación, certificación, asesoría y asistencia técnica al talento humano del PAI en el esquema regular de vacunación y nuevos biológicos al igual que en el desempeño de las actividades propias del programa de acuerdo a normatividad y protocolos vigentes. • Capacitación y entrenamiento al equipo de salud pública en temas de PAI. • Evaluar diariamente a través de autocontrol el cumplimiento del propio cronograma. • Dinamizar la elaboración de cronogramas de los equipos integrales en salud, garantizando que se programen todas las actividades propias del programa del cual es responsable, firmando como garante cada cronograma. • Evaluar semanalmente cumplimiento de cronogramas, revisando soportes documentales de los equipos integrales a los cuales se supervisa. • Aleatoriamente se debe garantizar la verificación en terreno del cumplimiento de actividades, de por lo menos dos actividades mensuales que se hayan ejecutado en un período inferior a 30 días antes de la verificación, evaluando veracidad y calidad. • Revisión final de soportes mensuales, para certificación de actividades de equipos integrales cumpliendo el instructivo para certificación de actividades. • Entregar soportes de actividades frente a cronogramas y contingencias, al respectivo supervisor en las fechas establecidas por el Hospital para el año 2016. • Entregar a la coordinadora Administrativa y Financiera el informe de ejecución programática como insumo para la facturación de actividades. • Cumplimiento de los lineamientos definidos por Secretaría Distrital de Salud. • Generación de informes semanales, mensuales y anuales. • Revisión del aplicativo PAI. • Dar cumplimiento al POA del año 2016. • Participación activa en los espacios de reunión formalmente establecidos por la institución (comités, COVES, espacios de humanización, comités técnicos, círculos diarios de calidad y reuniones distritales y los demás establecidos por la institución).
---	---

	<ul style="list-style-type: none">• Participación activa en los espacios de análisis de la situación de salud como diagnóstico local, análisis familiares, territoriales y los demás establecidos por la institución.• Entrega oportuna de informes, bases de datos y soportes de acuerdo a los plazos establecidos a la institución <p>2.- Realizar las actividades descritas en el perfil, el cual hace parte integral de la Orden.</p> <p>-Abstenerse de realizar comentarios, consultas o cualquier tipo de referencia frente a situaciones personales, médicas o de cualquier tipo relacionadas con los pacientes o documentos sobre los cuales tiene acceso como efecto del cumplimiento del objeto contractual.</p> <p>Por tanto, garantizará que los espacios de consultas con profesionales o de solicitudes o trámites con personal asistencial o de apoyo se haga de forma exclusiva en los espacios adecuados que permitan garantizar la confidencialidad y seguridad de la información de la historia clínica del paciente o usuario.</p> <p>-Verificar el ajuste de cada una de sus actuaciones a los parámetros legales y hacer las recomendaciones que considere del caso para el debido cumplimiento de objeto contractual.</p>
--	---

Nótese cómo en los contratos suscritos por la accionante como epidemióloga y coordinadora del plan ampliado de inmunizaciones, se establecen obligaciones que verificadas individualmente se encuentran relacionadas de manera directa con la prestación del servicio del Hospital Nazareth E.S.E hoy fusionado en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

Respecto de las actividades desarrolladas, la demandante en su interrogatorio señaló, que como epidemióloga desarrollaba “(...) *Toda la vigilancia de salud pública de enfermedades infecciosas, entrega de informes, asistencia a reuniones, asistencia a la oficina, nos exigían que teníamos que estar en la oficina de lunes a viernes con disponibilidad para viajar a la UPA San Juan o al CAMI Nazareth en caso de presentarse eventos (...)*” y como coordinadora señaló “(...) *Coordinar el Equipo de PAI, vacunación, tenía a cargo dos auxiliares, entrega de informes, asistencia a reuniones, recepción y entrega de biológicos, recepción desde la secretaría de salud distrital, y entrega directamente en el Cami Nazareth o en la UPA San Juan (...)*”.

Así mismo, en otro aparte de su declaración la demandante advirtió que cuando se desempeñó como epidemióloga “(...) *tenía un trabajo que se generaba en la oficina de lunes a viernes y con disponibilidad por si se presentaba un evento. Un evento de intereses en salud pública, por decir un sarampión, entonces me tocaba solicitar ir en el carro buscar el caso en el campo, hacer mis tareas, enviar informes a Bogotá. Estaba como a disponibilidad de los eventos que se presentarían. (...)*”, destacando que en el momento en que asumió la coordinación del Plan Ampliado de Inmunizaciones “(...) *las actividades eran fijas, fijo tenía que llevar cada mes capacitación, fijo tenía que llevar cada mes biológicos, fijo tenía que ir a quedarme allá porque nos exigían que no podíamos ir allá de ida y vuelta sino que la exigencia era que nos quedáramos dentro de la UPA o dentro del CAMI (...)* o que mínimo estuviéramos cada semana en campo y aparte de eso toda la supervisión de los contratos de los auxiliares de enfermería que realizaban la acción de vacunación, tener una coordinación significa coordinar un equipo, entonces había que hacer capacitaciones, había que hacer trabajos de campo y eso

pues obviamente se desarrollaba específicamente dentro de las dos unidades (...) yo allá tenía que estar en la oficina todos los días, estuviera o no estuviera programado un producto. (...)”

Así mismo, el testigo **Forero Henríquez**, señaló respecto de la actividad como epidemióloga de la demandante lo siguiente “(...) *En esto hay que ser claro y quiero ser bastante específico en lo siguiente la atención médica como tal se divide en una parte fundamental que es la prestación en sí de los servicios pero que es una línea muy fina, porque para uno poder atender y prestar servicios a cualquier paciente necesita de unas decisiones técnicas y científicas como las que impartía la jefe Jennifer, le doy un ejemplo, en caso de que tuviésemos un brote de sarampión o de alguna situación necesitábamos de todo ese análisis clínico patológico, que es la competencia de una epidemióloga para que se pudiesen dictar las medidas necesarias a nivel institucional y Distrital en el caso de que decisiones y que políticas se tomaban para manejar este grupo de pacientes, entonces, niños con sarampión en la localidad de Narazeth, Jeniffer complementaba en un momento determinado toda esta parte clínico patológica tenía como enfermera, tenía que acceder a los pacientes desde el punto de vista operativo, no tanto administrativo sino operativo también se conjugaban los dos términos y de acuerdo a esos informes, a esos análisis epidemiológicos como su nombre lo diga cómo se están comportando la morbimortalidad, morbi es enfermedad y mortalidad es muerte si acaso ha tenido algún caso, ella básicamente era su gran rol dentro de la institución en ese sentido (...)*”

De otra parte, en lo que atañe a las actividades realizadas por la demandante como coordinadora el testigo señaló “(...) *Después pasa al PAI que es una cuestión totalmente más operativa, o sea más asistencial sin desprenderse de su vínculo (...)* Aparte de que era coordinadora algo administrativo, tenía que velar por el mantenimiento vital en este caso de las cadenas de frío de los biológicos o de las vacunas, las personas que tenía a cargo ella no tenían el nivel técnico o académico que pudiese asumir eso, porque a cargo de ella estaban unos auxiliares recuerdo yo, (...) muchas veces era tanto las vacunaciones que ella tenía que hacerlo operacionalmente y tenía que trasladarse a las localidades, velar porque se cumplieran las metas de vacunación de la población asignada al Hospital Nazareth (...)”

Ahora bien, del clausulado señalado, se extraen actividades relacionadas de manera concreta y directa con la prestación del servicio salud pública, que son misionales de la entidad, demostrando el cumplimiento de las funciones asignadas a su trabajo, cumpliendo con los objetivos y metas señaladas, vínculo que se extendió por un lapso superior a los 2 años.

En ese sentido, se observa que las actividades de la demandante se desarrollaron en el marco del plan nacional de salud pública que de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 1122 de 2007 “(...) *Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. (...)*”, debe tener un perfil epidemiológico, de identificación de factores protectores de riesgo.

De otra parte el Plan Ampliado de Inmunizaciones es definido por el Ministerio de Salud como “(...) *una acción conjunta de las naciones del mundo y de organismos internacionales interesados en apoyar acciones tendientes a lograr coberturas universales de vacunación, con el fin de disminuir las tasas de mortalidad y morbilidad causadas por las enfermedades inmunoprevenibles y con un fuerte compromiso de erradicar, eliminar y controlar las mismas. (...)*”²¹. El cual igualmente hace parte del plan nacional de salud pública, de conformidad con lo establecido en el literal “j” del artículo 33 de la mencionada Ley 1122 y que se convierte en un **programa permanente**.

²¹[https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/ProgramaAmpliadodeInmunizaciones\(PAI\).aspx](https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/ProgramaAmpliadodeInmunizaciones(PAI).aspx)

Lo anterior, igualmente se desprende de las consideraciones para contratar establecidas en los diferentes contratos de prestación de servicios, en los cuales se señala que se suscriben con el fin de *“(...) de dar cumplimiento en forma integral, oportuna a la misión, visión y continuidad en la Prestación del Servicio de Salud, fin primordial para lo cual se creó el Hospital Nazareth I Nivel E.S.E. se hace necesario contratar el desarrollo de actividades indicadas en la Cláusula Primera del presente Contrato. (...)”*²²

Al respecto la Resolución núm. 0425 de 2008 que define la metodología para la elaboración, ejecución y seguimiento de los planes de salud pública entre los que se encuentra lo relacionado con las acciones de prevención de los riesgos en salud, establece en su artículo 19 que la contratación de dichas acciones, se realiza a través de instituciones prestadoras de servicios de salud de preferencia de carácter público que cumplan con las condiciones del Sistema General de Salud con influencia en el lugar de prestación del servicio.

Posteriormente, en la Resolución núm. 518 de 2015 *“(...) Por la cual se dictan disposiciones en relación con la Gestión de /a Salud Pública y se establecen directrices para la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación del Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas – PIC (...)”*, expedida por el Ministro de Salud, establece en su artículo 14 que las intervenciones colectivas deben realizarse a través de entre otras las Empresas Sociales del Estado, ubicadas en el territorio, que cuenten con la capacidad técnica para desarrollar dicha política pública.

Al respecto, en lo que atañe a la esencialidad de las actividades desempeñadas por la demandante, el testigo señaló *“(...) Vital por el mismo modelo de que se refiere, el Hospital Nazareth era un hospital de i nivel, los hospitales en el país están divididos en Hospitales de I nivel, II nivel y III nivel, los de I nivel son los que básicamente basan todas sus estrategias de atención y prestación y sus políticas a la prevención y la promoción de la salud, o sea prevenir que se presente la enfermedad y dar líneas generales para que esto se mantenga de esa forma ahí es clave la epidemiología. La epidemiología hace casi que a veces el carácter de predictivo y de análisis de cifras y de análisis de riesgo para que estas políticas se lleven y se mantengan esas líneas de prevención y promoción en una institución. (...)”*

De igual forma, observa el Despacho que del primer al último contrato se evidencia un exceso en el clausulado contractual pactado y que derivó en la ejecución de funciones permanentes de la entidad, justificada de forma sucesiva a través de contratos desde el año 2013 a 2016, 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.

Respecto del criterio de igualdad en la prestación de servicios, el testigo Forero Henríquez, señaló *“(...) Las únicas personas que podíamos considerar de planta, era una planta transitoria, provisional, porque la característica de los pares de nosotros, de médicos y enfermeras eran rurales, o sea personas que iban un año servicio social obligatorio y que no tenían toda esa capacidad administrativa y técnica y la secretaría muchas veces no los permitía como referentes, el otro equipo eran las personas de la dirección (...) y el resto eran de oficios varios conductores de ambulancia, los que llevaban las comunicaciones trabajadoras sociales de la comunidad muy sui generis por su orden público (...)”*

Lo anterior, se corrobora con lo certificado por la entidad demandada, quien remitió copia del Acuerdo 001 de 15 de marzo de 2006, en el cual se fija una planta de personal

²² Acápite de consideraciones de los Contratos 318 de 2013, 058 de 2014, 227 de 2014, 151 de 2015 y 217 de 2016.

de 22 cargos, que en el nivel profesional estableció los empleos de: i) enfermero; y ii) profesional servicio social obligatorio.

No obstante, esta situación no es óbice para ordenar el reconocimiento de las prestaciones sociales y demás emolumentos solicitados en la demanda, comoquiera que las funciones desempeñadas por la demandante son misionales de la entidad y no es posible que por la falta de personal para realizarlas se acuda a este tipo de contratación, máxime cuando en el momento en que se integró el Hospital a la Subred Sur esta sí posee en su planta de personal profesionales del área de la salud que desempeñan funciones en el componente de epidemiología, como por ejemplo el cargo denominado Profesional del área de la salud cuyo propósito principal es desarrollar la ejecución de planes, programas y proyectos relacionados con los planes de intervenciones colectivas y así mismo existe un perfil relacionado con epidemiología tal y como se desprende del Acuerdo No. 013 de 2017.

Entonces, si bien el numeral 3° 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 y e indirecta por la sentencia C-614 de 2009, para precisar que los servicios que se prestan por este tipo de contratos, lo son 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.

En ese sentido se destaca que la Corte Constitucional, en la sentencia C-171 de 2012, estableció que la potestad de contratación de las Empresas Sociales del Estado tenían lugar, únicamente cuando: i) **no sean funciones permanentes** o propias de la entidad; ii) cuando las funciones no pueden realizarse con personal de planta de la entidad o iii) cuando se requieran conocimientos especializados, dado que para las funciones propias de su objeto social deben contar con una planta de personal idónea y adecuada²³.

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 contratos se logra evidenciar que los pagos fueron fragmentados, con el objeto de establecer una remuneración de carácter mensual a la demandante como contraprestación directa por el servicio prestado.

Así, según los objetos contractuales por los cuales fue vinculada la demandante, en diferentes momentos como epidemióloga y coordinadora del programa ampliado de vacunación, acorde con los lineamientos y estándares de la entidad, y conforme a las actividades determinadas en tales contratos de prestación de servicios, se puede concluir con claridad, que las actividades por las cuales fue contratada, son necesarias

²³ Al respecto consultar Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia del 26 de mayo de 2016 expediente 810012333000201300005901.

para el cumplimiento misional de la entidad específicamente en el componente de salud pública.

En ese sentido, no existe justificación para que la demandada, hiciera uso indebido de la figura contractual de prestación de servicios de la Ley 80 de 1993, cuando las actividades requeridas y por las que finalmente se vinculó al demandante, son habituales y permanentes en la entidad ya que se derivan de la política pública de salud pública que como institución prestadora del servicio de salud proporcionaba en la localidad de Sumapaz en la ciudad de Bogotá D.C.

De igual manera, se encuentra de los varios contratos de prestación de servicios suscritos por parte de **Jeniffer Nataly Álvarez Galindo** que no se trataba de funciones meramente temporales, puesto que prestó sus servicios desde el **17 de octubre de 2013 y 31 de marzo 2016**, acreditando la existencia de los criterios de **continuidad y permanencia**.

Tampoco se puede dejar de lado, que resulta indicativo de la subordinación presentada que la demandante debía solicitar los respectivos permisos y autorizaciones a sus jefes inmediatos, en caso de necesitar ausentarse eventualmente de su lugar de labores.

De igual forma, de acuerdo a lo manifestado por los deponentes en la audiencia de pruebas, la demandante era referente de un área y tenía a su cargo personal de la entidad, recibiendo capacitaciones, las cuales eran controladas mediante el carnet, al respecto el testigo señaló *“(...)Carnet era clave porque en la parte de atrás era un documento de control para seguir las capacitaciones o sea para que la persona durante su formación no fuese a decir a mí no me han dado mi capacitación de seguridad del paciente, entonces ese carnet en su parte de atrás tenía ese aditivo que la persona que le iba dictando la capacitación le iba colocando la firma y la fecha para cuando se le quería hacer el control de si la persona estaba asistiendo a las inducciones reintroducciones, capacitaciones obligatorias de la institución o lineamiento de la secretaría así se estaba cumpliendo. (...)”*

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 Sur E.S.E., y la 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 1993.²⁴

²⁴ 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

Ello, por cuanto es indudable, que la demandante prestó el servicio de manera personal, permanente, remunerada y subordinada, lo que se demuestra con el cumplimiento del horario establecido por la entidad, la sujeción a las pautas, directrices, órdenes o instrucciones del personal adscrito a la Institución, la constante supervisión de las funciones encomendadas, la imposibilidad de ausentarse del lugar de trabajo, y en consecuencia, si bien es aceptable que se coordine la ejecución del contrato, lo cierto es que sus funciones estaban supeditadas a la subordinación, tal como quedó acreditado con en el plenario, lo que a la luz de las reglas de sana crítica, resultan investidas de credibilidad.

De esta manera, siguiendo los lineamientos del artículo 164 de la Ley 1564 de 2012²⁵ 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 el pago a la demandante de la totalidad de prestaciones sociales y demás emolumentos solicitados en la demanda dejados de percibir, reconocidas al personal de la salud establecidas en los Decretos 1042 y 1045 de 1978²⁶ aplicables por emisión de los artículos 195 numeral 6° de la Ley 100 de 1993 y el capítulo IV de la Ley 10 de 1990, tomando como base el valor de los honorarios pactados en los contratos, por el periodo comprendido el **17 de octubre de 2013 a 31 de marzo de 2016, teniendo en cuenta los medios de prueba aportados y lo petitionado en la demanda.**

Por todo lo expuesto, el Despacho considera procedente declarar no probadas las excepciones denominadas: inexistencia de subordinación y dependencia de la parte demandante; configuración de una ficción contra legem; inexistencia de una relación laboral, legal o reglamentaria; inexistencia de los elementos del contrato de trabajo; cobro de lo no debido; y falta de elementos que desvirtúen la presunción de legalidad del acto administrativo atacado, atendiendo a que se demostró la configuración de una relación laboral entre las partes.

4. 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 OJU-E-3381-2018 del 7 de noviembre de 2018 radicado de salida 20183510258501**, emanado de la Jefatura de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, por medio del cual se negó la solicitud de reconocimiento y pago de acreencias laborales elevada por la demandante **Jeniffer Nataly Álvarez Galindo**.

En consecuencia, únicamente se accederá al pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos solicitados en la demanda, para cuya liquidación se deberán tener en cuenta los honorarios pactados en los respectivos contratos, ello de

las formas, tiene el deber de probanza a fin de poder quebrantar la presunción que sobre esta modalidad de contrato estatal recae".

²⁵ 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.

²⁶ En dichas normas se establecen como prestaciones sociales y emolumentos el auxilio de cesantías, prima de servicios, prima de navidad, vacaciones en dinero, bonificación por servicios prestados y prima de vacaciones.

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 empelados (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)

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

Así las cosas, 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, la demandante **Jeniffer Nataly Álvarez Galindo**, le asiste el derecho al pago de las prestaciones sociales ordinarias y demás emolumentos solicitados en la demanda, reconocidas al personal de la salud establecidas en los Decretos 1042 y 1045 de 1978 aplicables por emisión de los artículos 195 numeral 6° de la Ley 100 de 1993 y el capítulo IV de la Ley 10 de 1990 y utilizando como base para su liquidación, los honorarios pactados.

No obstante, no se accederá a la solicitud de reconocimiento de la prima de antigüedad comoquiera que de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 97 del Decreto 1042 de 1978, es un incremento salarial creado para aquellos funcionarios vinculados con anterioridad al 1° de abril de 1977, situación que no se acredita en este proceso.

4.1. De la prescripción y solución de continuidad

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha concluido que no se aplica la prescripción de las prestaciones causadas con ocasión del contrato realidad, en tanto tales derechos se hacen exigibles con la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo, de manera pues, que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y, por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo.²⁷

No obstante, el carácter constitutivo de la sentencia que declara la existencia de un contrato realidad no releva al interesado de su deber de reclamar en sede administrativa el reconocimiento del vínculo laboral y el consecuente pago de las

²⁷ Consejo de Estado, sentencia del 6 de marzo de 2008. Rad. No. 2152-06. C.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

prestaciones sociales y demás emolumentos, dentro del término de tres años siguientes a la terminación del último contrato, so pena de que opere la prescripción de su derecho.^{28 29}

En el presente asunto, no hay lugar al estudio del fenómeno de la prescripción, atendiendo a que, el demandante prestó sus servicios en la entidad entre el **17 de octubre de 2013 a 31 de marzo de 2016**, presentó la reclamación administrativa el 31 de octubre de 2018 y la demanda se radicó el 10 de mayo de 2019, ahora bien, como se indicó anteriormente, si bien existieron suspensiones fueron inferiores a los 30 días hábiles.

Al respecto, en reciente pronunciamiento y como complemento de las anteriores consideraciones, 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), determinó las siguientes reglas:

“167. La primera regla define que el «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal u ocasional y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.

168. La segunda regla establece 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.

169. La tercera regla determina que frente a la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En virtud de lo anterior, atendiendo a que no operó la prescripción en el caso concreto, el restablecimiento del derecho operará por el periodo comprendido entre el **17 de octubre de 2013 a 31 de marzo de 2016**.

4.2. De los aportes a Salud y Pensión

De igual forma, deberá pagar a la entidad que corresponda la cuota parte correspondiente únicamente a los aportes en pensión, en tanto se probó que la demandante los sufragó, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

En ese sentido, respecto de la solicitud devolución de las cotizaciones pagadas en exceso, se observa que en la 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 fijó la

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P.: Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, 13 de mayo de 2015, radicación número: 68001-23-31-000-2009-00636-01(1230-14), actor: Antonio José Gómez Serrano.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 13 de junio de 2016, radicado 11001-03-15-000-2016-01043-00, demandante: ALFONSO BOHÓRQUEZ GALLEGO, demandado, TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “E”, Tema: CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - CONTRATO REALIDAD, Decisión: NEGAR EL AMPARO Consejera Ponente Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

siguiente regla: “(...) *La tercera regla determina que frente a la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal (...)*”.

Así las cosas, atendiendo a las reglas y subreglas establecidas por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación señalada *supra* no hay lugar a ordenar la devolución, ni cotización por concepto de salud, atendiendo a su naturaleza.

Para efectos de la condena, se tendrán en cuenta las prestaciones sociales y demás emolumentos solicitados en la demanda correspondientes a la totalidad del periodo ejecutado sin interrupciones, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

4.3. De los aportes a Caja de compensación

En lo que respecta a esta pretensión, es pertinente indicar que la Ley 21 de 1982 estableció la regulación de dichas instituciones para cumplir las funciones propias de la seguridad social, hallándose sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la Ley; así como el subsidio familiar como aquella prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, para aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.³⁰

En el asunto y atendiendo el pronunciamiento judicial expuesto la demandante Jeniffer Nataly Álvarez Galindo si bien no disfrutó, mientras duró su relación contractual desnaturalizada, de los beneficios que otorgan las Cajas de Compensación como son, percibir el subsidio familiar y acceder a los centros de recreación, educación y cultura, entre otros, presentándose la imposibilidad de percibirlos por el transcurso del tiempo, no resulta coherente ordenar su reconocimiento dado que el vínculo jurídico ya feneció por lo que la Administración no debe asumir el pago en dinero, puesto que no fue la finalidad de la creación del disfrute concebido para estos entes.

4.4. 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 y demás prestaciones 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 de la 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

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez (E). Bogotá D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil catorce (2014). Ref: expediente no. 20001233100020110031201. Número interno: 1994-2013. Actora: Enith del Carmen Ospino Campo.

sentencia del 6 de octubre de 2016, expediente 68001-23-31-000-2009-00146-01(1773-15), Consejero Ponente: **William Hernández Gómez**.³¹

Así mismo, 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 a la demandante, razón por la cual no es procedente acceder a la pretensión asociada al pago de una sanción por cada día de retardo desde la desvinculación al servicio de la entidad.

4.5. De la devolución de los valores pagados por concepto de retención en la fuente, rete ICA y ARL

No se ordenará la devolución de los valores pagados por concepto de administradora de riesgos laborales en la medida en la que los mentados pagos cumplieron con la finalidad de cubrir una eventual contingencia relacionada con la prestación del servicio por virtud del pacto contractual de prestación de servicios.

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.”*³²

Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ajustarse a valor presente en los términos de la fórmula que se especifica en la parte resolutive de esta sentencia (indexación).

Con relación a la pretensión relativa al pago de intereses, se precisa que éstos se causarán en los términos dispuestos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

Así mismo, en lo que atañe a la pretensión subsidiaria comoquiera que se accedió a las pretensiones principales, no hay lugar a analizar dicha solicitud de carácter indemnizatorio.

Esta sentencia se deberá cumplir en los términos previstos en los artículos 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011.

5. De la condena en costas

Finalmente, el Despacho no impondrá condena en costas, en la medida que no se observó una conducta dilatoria o de mala fe de ninguno de los sujetos procesales, y

³¹ 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 pretendel 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»

³² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". C.P. Dr. William Hernández Gómez. Sentencia de 27 de abril de 2016 Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00090-01 (3480-14). Actor: Oscar Moreno Caicedo. Demandado: DAS.

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 Sur 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 OJU-E-3381-2018 de 7 de noviembre de 2018 Radicado de salida 201803510258501 del 8 de noviembre de 2018**, emanado de la Jefatura de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, por medio del cual se negó la solicitud de reconocimiento y pago de acreencias laborales elevada por la demandante **Jeniffer Nataly Álvarez Galindo**, 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 la **Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.**, a reconocer y pagar a favor de la demandante **Jeniffer Nataly Álvarez Galindo**, identificada con cédula de ciudadanía número 65.632.487 expedida en Ibagué, todas y cada una de las prestaciones sociales de Ley y demás emolumentos solicitados en la demanda dejadas de percibir reconocidas al personal de la salud establecidas en los Decretos 1042 y 1045 de 1978 aplicables por emisión de los artículos 195 numeral 6° de la Ley 100 de 1993 y el capítulo IV de la Ley 10 de 1990 excluyendo la prima de antigüedad, por el periodo comprendido entre el **17 de octubre de 2013 y el 31 de marzo de 2016** teniendo en cuenta para la liquidación el valor de lo pactado como honorarios en los contratos de prestación de servicios.

De igual forma, deberá pagar la cuota parte correspondiente a los aportes a pensión, y en tanto se probó que la demandante los sufragó, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Para efectos de la condena, se tendrán en cuenta las prestaciones sociales y demás emolumentos reconocidos 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 la demandante **Jeniffer Nataly Álvarez Galindo**, identificada con cédula de ciudadanía número 65.632.487 expedida en Ibagué, bajo los contratos de prestación de servicios, debe computarse para efectos pensionales, para lo cual la entidad deberá hacer las correspondientes cotizaciones, teniendo en cuenta las interrupciones señaladas.

Quinto: Las sumas que resulten a favor de la 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 la demandante por concepto de prestacionales 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: La Subred Integrada de Servicios de Salud Sur 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: **bea85407beecd974c9afab6980bbc556c092813eb5c5a48e0c549efa78ebc471**

Documento generado en 24/11/2022 08:00:25 PM

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