



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

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

**Expediente:** 11001-33-35-028-2020-00331-00  
**Demandante:** Jeanne Marie Bernoske Merino<sup>1</sup>  
**Demandado:** Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.<sup>2</sup>  
**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 **Jeanne Marie Bernoske Merino**, identificada con cédula de ciudadanía número 38.262.771, por intermedio de apoderada, 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. Pretensiones<sup>3</sup>**

La parte demandante solicita:

*“PRIMERA: Que se declare la nulidad del Acto Administrativo oficio OJU-E- 2089-2020 del 4 de septiembre de 2020, proferido por el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL E.S.E. hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., mediante el cual se negaron las peticiones presentadas en Derecho de Petición radicado en esa entidad el día 5 de agosto de 2020 con número de radicación 202003510090742, para que se le reconocieran y pagaran retroactivamente las prestaciones sociales y aportes a la seguridad social derivadas del vínculo laboral existente con la doctora JEANNE MARIE BERNOSKE MERINO.*

*SEGUNDA: Que se declare la nulidad del Acto Administrativo oficio OJU-E-2775-2020 del 10 de noviembre de 2020, con número de radicación 202003510228361 del 11 de noviembre de 2020, recibido por mi mandante en su correo electrónico en la misma fecha, proferido por el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL E.S.E. hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E, mediante el cual denegó el recurso de reposición y el subsidiario de apelación interpuesto en contra del Oficio OJU-E-2089-2020 del 4 de septiembre de 2020.*

*TERCERA: Que se declare que mi mandante tuvo, con el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL E.S.E. hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., una relación laboral desde el día 22 de enero de 2004 hasta el día 31 de agosto de 2017, amparada bajo la figura de contrato realidad, la cual le otorgó el carácter de servidor*

---

<sup>1</sup> [ann.bernoske@hotmail.com](mailto:ann.bernoske@hotmail.com)

<sup>2</sup> [notificacionesjudiciales@subredsur.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@subredsur.gov.co) [nazoniy84@gmail.com](mailto:nazoniy84@gmail.com)

<sup>3</sup> Archivo Digital No. 1, folios 5 a 14

*público del Estado y por lo tanto lo hace acreedor de las prestaciones sociales y aportes a la seguridad social de acuerdo con su estatus.*

*CUARTA: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se condene al HOSPITAL MEISSEN II NIVEL E.S.E. hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., a pagar a favor de mi mandante la totalidad de las prestaciones sociales correspondientes a cesantías, intereses de cesantías, prima de navidad, prima semestral, prima vacacional, indemnización de las vacaciones no disfrutadas, bonificaciones por recreación, bonificación por servicios prestados y cotizaciones por concepto de salud y pensión al fondo de pensiones en que se encuentre afiliada mi representado, por TRESCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES QUINIENTOS VEINTISIETE MIL SEIS PESOS M/CTE. (\$331.527.006.00), de acuerdo con el siguiente detalle:  
(...)*

*QUINTA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y condenas se ordene a la demandada reconocer y pagar la correspondiente actualización monetaria sobre las sumas a las que resulte condenado a pagar a mi poderdante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A.*

*SEXTA: Condenar al demandado, si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A., a reconocer y pagar a favor de mi mandante los intereses comerciales, conforme lo dispone el artículo 177 del C.C.A.*

*SEPTIMA; Que se ordene dar cumplimiento a lo normado en los artículos 189 y 195 del C. P. A. C. A.”*

## 2. Hechos<sup>4</sup>

La apoderada de la parte demandante señala que la señora **Jeanne Marie Bernoske Merino**, laboró a través de contratos de prestación de servicios en la **Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.**, entre el 22 de enero de 2004 y el 31 de agosto de 2017, desempeñando personalmente sus labores bajo continua subordinación.

Indica que el **5 de agosto de 2020**, presentó reclamación para el pago de prestaciones sociales por todo el tiempo laborado, petición que fue resuelta de manera negativa mediante los **Oficios OJU-E-2089-2020 del 4 de septiembre de 2020 y OJU-E-2775-2020 de 10 de noviembre de 2020.**

## 3. Normas violadas y concepto de violación<sup>5</sup>

Señala como normas violadas, las siguientes:

Constitucionales: artículos 6, 25, 53, 90, 121 a 128 y 209.

Legales: artículo 32 de la Ley 80 de 1993, Decreto 2400 de 1968, Decreto 3135 de 1968, artículo 7 del Decreto 1950 de 1973, Decreto 1042 de 1978, Decreto 1045 de 1978 y Ley 269 de 1996.

Indica que la entidad accionada, en su condición de empresa social del estado, haciendo caso omiso de las normas y principios enunciadas en el presente acápite y desconociendo la necesidad imperiosa de contar con especialistas de planta

<sup>4</sup> Archivo Digital No. 2, folios 99 a 101

<sup>5</sup> Archivo Digital No. 1, folios 8 a 12

para el desarrollo de su función social con la comunidad, tomó la determinación errada de vincular a través de múltiples contratos de prestación de servicios profesionales, de manera continua e ininterrumpida, sin solución de continuidad alguna a la demandante, para que desempeñara, bajo continuada subordinación y dependencia, atendiendo horarios laborales en turnos de trabajo, su profesión de Médico Oftalmólogo oftalmólogo al interior de la institución, utilizando los equipos de la institución, atendiendo las pautas de sus superiores jerárquicos y con el apoyo de los empleados administrativos y asistenciales de la institución, durante 13 años, 7 meses y 9 días.

Aduce que se desconoció que la vinculación realmente correspondía a una vinculación de tipo laboral, en tanto y cuanto en la medida en que transcurrieron los años, los servicios continuos prestados por esta correspondían al objeto social de la institución, bajo la jerarquía de sus superiores, consultando claramente los lineamiento de un contrato realidad, definido y reconocido de manera reiterada por el honorable Consejo de Estado en múltiples pronunciamientos.

Estima que por lo anterior, se desconoció, violó y aplicó indebidamente normas de superior jerarquía que ordenan el respeto de la realidad en las relaciones laborales por encima de formalidades como sucedió en el presente caso al arropar bajo contratos de prestación de servicios una legítima y real vinculación de tipo laboral.

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

#### **4. Trámite del proceso**

La demanda fue admitida mediante auto del 5 de agosto de 2021<sup>6</sup> y se ordenó notificar al extremo pasivo, actuación que fue surtida el 23 de agosto de 2021<sup>7</sup> y dentro de la oportunidad legal se presentó la contestación de la demanda.

#### **5. Contestación de la demanda<sup>8</sup>**

Mediante escrito radicado el 1º de octubre de 2019, el Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. procedió a contestar la demanda manifestando su oposición a la mayoría de hechos y a las pretensiones de la demanda.

Asegura que la demandante firmó de forma libre, consciente y voluntaria los contratos temporales de prestación de servicios, en los que se estipulaba que frente a los mismos no existían elementos determinantes o configurativos de una relación laboral por cuanto en los mismos se estableció la autonomía e independencia de la demandante, coligiendo que sus servicios fueron contratados temporalmente para satisfacer las necesidades del servicio que no podían ejecutarse con personal de planta por el desbordamiento en el capital humano y falta de recursos para su sostenimiento.

Señala que la parte actora carece de fundamentos tanto facticos como de derecho que puedan llevar al convencimiento al Juez que se desnaturalizó la

---

<sup>6</sup> Archivo Digital No. 11

<sup>7</sup> Archivo Digital No. 14

<sup>8</sup> Archivo Digital No. 15

relación contractual, no está debidamente acreditada la subordinación que es la prime facie en toda relación de tipo laboral, el Contratista fue vinculado mediante contratos de servicios profesionales, utilizando para su ejecución sus propios medios, de manera independiente y sin subordinación alguna. Tampoco se encuentra demostrado dentro del plenario el cumplimiento de un horario laboral que pueda traducir en la existencia de un contrato de trabajo ya que la Demandante realizaba las actividades descritas en el contrato en cualquier tiempo de manera independiente.

Aduce que es preciso manifestar que la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR atiende principalmente a usuarios pertenecientes en mayor medida a población vulnerable y sin capacidad de pago, a quienes se debe brindar atención médica oportuna y de calidad. Las personas con capacidad de pago no acuden a los barrios de las localidades de Ciudad Bolívar, Usme, Tunjuelito y Nazareth, en búsqueda de atención médica y como se comprenderá, los ingresos por la venta de servicios no son suficientes para atender la demanda de los mismos, por lo tanto, estas condiciones dificultan la posibilidad de integrar a la planta de personal a contratistas que en la mayoría de casos solo son vinculados por periodos específicos para ejecutar actividades asistenciales cuando la capacidad funcional desborda esa capacidad de talento humano. Y sin embargo al querer ampliar la planta de personal el presupuesto fijado no alcanza a cubrir las obligaciones nominales que esto genera, por tanto solo puede comprometerse fiscalmente y suscribe los contratos de prestación de servicios mientras exista esa disponibilidad presupuestal.

Como excepciones de fondo propone las denominadas: i) prescripción; ii) falta de legitimación en la causa por pasiva; iii) pago, iv) inexistencia del derecho y de la obligación; v) ausencia del vínculo de carácter laboral; vii) inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, viii) inexistencia de relación laboral, legal o reglamentaria entre las partes, ix) buena fe, x) cobro de lo no debido, xi) presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes, xii) compensación, xiii) inexistencia de perjuicios e xiv) innominada, mediante las cuales busca enervar las pretensiones de la demanda,

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

El 7 de junio de 2022, se llevó a cabo audiencia inicial hasta la etapa de pruebas<sup>9</sup>, las cuales se terminaron de recaudar en la audiencia de pruebas celebrada el 22 de noviembre de 2022<sup>10</sup>, en la que se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

### **6.1. Parte accionante<sup>11</sup>**

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y los complementó con las declaraciones recibidas en la audiencia de pruebas.

---

<sup>9</sup> Archivos Digitales No. 20 y 21

<sup>10</sup> Archivo Digital No. 29

<sup>11</sup> Archivo Digital No. 31

## 6.2. Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.<sup>12</sup>

La entidad accionada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

## 6.3. Ministerio Público

No emitió concepto.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Problema jurídico

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

### 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.*

---

<sup>12</sup> Archivo Digital No. 30

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”*

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

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

De la norma relacionada debe indicarse, de manera particular, que el artículo 163 del Decreto 222 de 1983, autorizaba la celebración de este tipo de contratos para el desempeño de funciones administrativas, es decir, aquellas propias de la entidad, pero requería autorización del Jefe de cada organismo, en armonía con el Decreto 1680 de 1991, no obstante, con la Ley 80 de 1993, citada en precedencia, indicó que esos contratos podrían celebrarse con personas naturales siempre y cuando la planta de personal no resulta suficiente para realizar las actividades asociadas a la administración o funcionamiento de la entidad.

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

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

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

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

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

***c.*** *La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e*

*indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.*

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

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

*En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.”.<sup>13</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

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

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

***“Artículo 2º. Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben***

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional Sentencia C-154 de 1997. Referencia: Expediente D-1430. Norma acusada: Numeral 3o. - parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 "por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa". Actores: Norberto Ríos Navarro, Tulio Elí Chinchilla Herrera, Alberto León Gómez Zuluaga, Carlos Alberto Ballesteros Barón y Germán Enrique Reyes Forero. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Santafé de Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

*ser atendidas por una persona natural, Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.*

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

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

**Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.**<sup>14</sup> (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 2003<sup>15</sup>, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expresó: (...).*

***ii) Criterio de igualdad:*** *Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudir a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia citada del 6 de septiembre de 2008<sup>16</sup>).*

***iii) Criterio temporal o de la habitualidad:*** *Si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia ya citada del 3 de julio de 2003<sup>17</sup>). Dicho en otros términos, si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y de esa manera, se encuentra que no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008<sup>18</sup>).*

<sup>14</sup> Decreto 2400 de 1968 Art. 2º, reformado por el Decreto 3400 de 1968 Art. 1º.

<sup>15</sup> Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 0370-2003.

<sup>16</sup> Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 2152-06.

<sup>17</sup> Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, expediente 4798-02.

<sup>18</sup> Consejero Ponente Jaime Moreno García, expediente 2776-05.

*iv) Criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002<sup>19</sup> a que se ha hecho referencia). Por el contrario, si la gestión contratada equivale al “giro normal de los negocios” de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideró ajustado al ordenamiento jurídico lo expresado por el ad quem en el asunto sometido a su consideración así:*

*“... existiendo objetivamente la relación de trabajo, esta se presume amparada por el contrato de trabajo, máxime cuando se trata de empresas comerciales o industriales con ánimo de lucro en las mismas condiciones de los particulares, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 4° del D.2127 de 1.945, como quiera que en la actualidad el Sistema de Seguridad Social Integral no está exclusivamente a cargo del estado ni del Instituto de Seguros Sociales, sino que también está siendo prestado por particulares o mejor por empresas privadas. En consecuencia la entidad pública que ejecuta actividades de gestión, cuando contrata personas para cumplir con actividades propias del giro u objeto social comercial, debe estar a lo dispuesto en las normas pertinentes sobre la vinculación de los trabajadores, mediante contratos de trabajo, como quiera que la excepción para ejecutar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, puede la administración pública vincular personas con conocimientos especializados, cuando la planta es insuficiente mediante la aplicación de las normas previstas en la ley 80 de 1.993, esto es con contratos de prestación de servicios, pues de acuerdo con el artículo 6° del Decreto 3130 las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, están sometidas a las reglas del derecho privado, lo que significa que no puede aplicarse en forma general como hizo el Ad-quem, la excepción establecida por el legislador para casos muy especiales y concretos ...”<sup>20</sup> (subrayas fuera del texto original)*

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

*En síntesis, una de las condiciones que permite diferenciar un contrato laboral de un contrato de prestación de servicios es el ejercicio de la labor contratada, pues sólo si no hace parte de las funciones propias de la entidad, o haciendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios. De lo contrario, la administración debe recurrir a la ampliación de la planta de personal para celebrar contratos laborales.”<sup>22</sup> (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

<sup>19</sup> Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 3530-2001.

<sup>20</sup> Sentencia del 21 de abril de 2004, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas, expediente 22426.

<sup>21</sup> Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, radicación 0370-2003.

<sup>22</sup> Corte Constitucional Sentencia C-614 de 2009. Referencia: expediente D-7615. Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2° (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1° (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968. Actor: María Fernanda Orozco Tous. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D. C., dos (2) de septiembre de dos mil nueve (2009). Sobre el tema se pueden consultar las sentencias C-171 de 2012 y la SU-040 de 2018.

sobre esta modalidad contractual, se colige que el artículo 53 de la Constitución Política, procura salvaguardar los derechos laborales de carácter irrenunciables de los trabajadores, que para el caso *sub examine*, cuando una entidad pública, so pretexto de la falta de personal suficiente para la realización de actividades de carácter permanente, acude al contrato de prestación de servicios, desconociendo las características especiales que el legislador dispuso para este tipo de contrato.

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

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

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

“(…).

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

***Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma**, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, **además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia**, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.*

***Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia**, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la*

*equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.*

*Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, **por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público**, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación.”<sup>23</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

### 3. Caso concreto

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

#### 3.1. Prestación personal del servicio

Se acredita que la demandante **Jeanne Marie Bernoske Merino** prestó sus servicios en la **Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.**, en donde cumplió funciones como Médico Oftalmólogo. Para tal efecto, suscribió los siguientes contratos de servicios profesionales:

No.	No. de contrato	Objeto contractual	Fecha inicio	Fecha final	Días hábiles de interrupción	Folios <sup>24</sup>
1	155 A de 2004	Médico Oftalmólogo	22 de enero de 2004	31 de marzo de 2004	---	1 y 2
2	302 de 2004	Médico Oftalmólogo	1° de abril de 2004	30 de junio de 2004	0	3 y 4
3	482 de 2004	Médico Oftalmólogo	1° de julio de 2004	15 de octubre de 2004	0	5 a 7
4	636 de 2004	Médico Oftalmólogo	16 de octubre de 2004	31 de diciembre de 2004	0	8 y 9
5	068 de 2005	Médico Oftalmólogo	3 de enero de 2005	31 de marzo de 2005	0	10 y 11
6	275 de 2005	Médico Oftalmólogo	1° de abril de 2005	30 de junio de 2005	0	12 y 13
7	391 de 2005	Médico Oftalmólogo	1° de julio de 2005	2 de enero de 2006	0	14 a 17
8	105 de 2006	Médico Oftalmólogo	3 de enero de 2006	30 de junio de 2006	0	18 y 19
9	389 de 2006	Médico Oftalmólogo	1° de julio de 2006	1 de enero de 2007	0	20 a 22
10	035 de 2007	Médico Oftalmólogo	2 de enero de 2007	30 de junio de 2007	0	23 a 25
11	448 de 2007	Médico Oftalmólogo	1 de julio de 2007	2 de enero de 2008	0	26 a 28
12	093 de 2008	Médico Oftalmólogo	3 de enero de 2008	31 de diciembre de 2008	0	29 y 30
13	168 de 2009	Médico Oftalmólogo	2 de enero de 2009	3 de enero de 2010	0	31 a 34

<sup>23</sup> Consejo de Estado-Sección Segunda sentencia del 27 de agosto de 2015, expediente No. 81001-2333-003-2013-00057-01 (3361-14).

<sup>24</sup> Archivo Digital No. 3

14	317 de 2010	Médico Oftalmólogo	4 de enero de 2010	3 de enero de 2011	0	35 a 37
15	094 de 2011	Médico Oftalmólogo	4 de enero de 2011	3 de enero de 2012	0	38 a 40
16	325 de 2012	Médico Oftalmólogo	4 de enero de 2012	31 de diciembre de 2012	0	41 y 42
17	150 de 2013	Médico Oftalmólogo	2 de enero de 2013	31 de enero de 2013	0	43 a 45
18	958 de 2013	Médico Oftalmólogo	1° de febrero de 2013	30 de abril de 2013	0	46 a 48
19	1803 de 2013	Médico Oftalmólogo	1° de mayo de 2013	31 de mayo de 2013	0	49 a 51
21	2775 de 2013	Médico Oftalmólogo	1° de junio de 2013	1° de julio de 2013	0	52 a 56
22	3650 de 2013	Médico Oftalmólogo	2 de julio de 2013	29 de julio de 2013	0	57 a 59
23	4518 de 2013	Médico Oftalmólogo	30 de julio de 2013	2 de septiembre de 2013	0	60 a 65
24	5371 de 2013	Médico Oftalmólogo	3 de septiembre de 2013	1° de enero de 2014	0	66 a 73
25	141 de 2014	Médico Oftalmólogo	4 de enero de 2014	31 de enero de 2014	2	74 a 76
26	971 de 2014	Médico Oftalmólogo	1° de febrero de 2014	30 de abril de 2014	0	77 a 79
27	2078 de 2014	Médico Oftalmólogo	1° de mayo de 2014	30 de julio de 2014	0	80 a 82
28	2792 de 2014	Médico Oftalmólogo	1° de agosto de 2014	31 de agosto de 2014	0	83 a 85
29	3580 de 2014	Médico Oftalmólogo	1° de septiembre de 2014	1° de octubre de 2014	0	86 a 90
30	4368 de 2014	Médico Oftalmólogo	1° de octubre de 2014	30 de noviembre de 2014	0	91 a 98
31	5199 de 2014	Médico Oftalmólogo	1° de diciembre de 2014	1° de enero de 2015	0	99 a 102
32	118 de 2015	Médico Oftalmólogo	2 de enero de 2015	31 de enero de 2015	0	103 a 105
33	904 de 2015	Médico Oftalmólogo	1° de febrero de 2015	28 de febrero de 2015	0	106 a 108
34	1691 de 2015	Médico Oftalmólogo	1° de marzo de 2015	30 de septiembre de 2015	0	109 a 111
35	2700 de 2015	Médico Oftalmólogo	1° de octubre de 2015	3 de enero de 2016	0	112 a 116
36	112 de 2016	Médico Oftalmólogo	4 de enero de 2016	31 de agosto de 2016	0	117 a 127
37	2993 de 2016	Médico Oftalmólogo	1° de septiembre de 2016	7 de enero de 2017	0	128 a 132
38	1460 de 2017	Médico Oftalmólogo	8 de enero de 2017	31 de agosto de 2017	0	133 a 138

El desempeño del cargo durante los periodos enlistados, exigía que la demandante realizara actividades relacionadas con la atención de pacientes que acudían al Hospital Meissen hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., con cita programada para la especialidad de Oftalmología.

Por tanto, se aprecia, que la naturaleza de las labores como Médico Oftalmólogo de la demandante, es prueba suficiente de la ejecución personal de los servicios.

### 3.2. Remuneración

Así mismo, en el *sub judice*, se encuentra demostrada la remuneración o contraprestación periódica y retributiva que percibió la demandante por la labor que desempeñó en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., dado que,

en la totalidad de los contratos celebrados entre las partes, el pago se dividía por meses cumplidos y era asociado al plazo de ejecución, hasta completar el monto del contrato respectivo.

Verbi gratia, el Contrato de Prestación de Servicios No. 958 de 2013<sup>25</sup>, que estipuló dentro de su clausulado lo siguiente:

*“QUINTA – PRECIO Y FORMA DE PAGO: El valor fiscal del presente contrato se fija en la suma de VEINTIDÓS MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS MCTE (\$22.996.688).pagaderos en (sic) mensualidades vencidas (...) Para el pago (sic) los honorarios EL CONTRATISTA presentará: 1) Un informe mensual en donde se evidencien las actividades efectivamente ejecutadas. (...) 3) Copia de los pagos al sistema integral de la seguridad social.”*

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

### 3.3. Subordinación

Se colige que la demandante **Jeanne Marie Bernoske Merino**, durante su vinculación, permanentemente estuvo supeditada a las directrices impartidas por los supervisores de los diferentes contratos suscritos, entre quienes figuraban los Coordinadores de Oftalmología Dra. Desiré Murcia, Dra. Olga Lucía Martínez, Dr. Oscar Iván Correa y el Coordinador del Servicio Quirúrgico “Josef Kling “, según se relató en las declaraciones practicadas al interior del proceso y escuchadas en la audiencia de pruebas.

La declaración de la demandante 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, encontrándose sometida al cumplimiento de un horario estricto a partir de la fijación de turnos 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 el supervisor 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 lo siguiente: “Durante todo el tiempo que me desempeñé en el Hospital de Meissen como Médico Oftalmólogo tenía horario martes y viernes de 7 am a 7 pm y los días lunes durante un período que laboré también de 7 am a 1 pm y debían completarse al mes 10 turnos por lo cual se debía laborar en ocasiones los días sábados de 7 am a 5 pm y domingos o festivos“. Así mismo, con posterioridad adujo que “la asignación del horario de la consulta y la disponibilidad y el tiempo que debía realizarse lo asignaba el hospital bajo las directrices de la coordinación y los servicios de prestación de atención de los pacientes”

---

<sup>25</sup> Archivo Digital No. 3, folios 46 a 48

Ahora bien, en lo que atañe a las actividades realizadas por la demandante, en su interrogatorio de parte señaló *“Se ingresaba al servicio a las 7 am, se tenía para el día que correspondía el turno de 12 horas una asignación de un promedio de 27 a 30 pacientes programados de la consulta externa, y de acuerdo a la cantidad de cirugías que hubiera hecho uno en la jornada, habían unos espacios asignados para realizar los controles de cirugía, igualmente durante el transcurso de todo el día se tenían unos campos habilitados para poder hacer las valoraciones de los pacientes que llegaban al servicio de urgencias para ser valorados por el servicio de oftalmología, contestar las interconsultas de urgencias, si había pacientes hospitalizados, subir al piso o a la unidad de cuidados intensivos para ser valorados. Durante el tiempo que se hacía estas evaluaciones, pues se debía llenar todos los requisitos de los pacientes, los formatos, las remisiones, la historia clínica, las recomendaciones al paciente. El día que tenía programada cirugía se atendía la programación de cirugía en salas de cirugía, se les daba la información a los pacientes, las recomendaciones y al día siguiente se asignaban las citas de control para los pacientes quirúrgicos y sus seguimientos pertinentes en el hospital.”*

Por lo tanto, la relación entre la demandante y sus superiores jerárquicos a lo largo del vínculo, fue de subordinación y no de simple coordinación, en la medida en que se encontraba sometida al cumplimiento de funciones asignadas, jornada de trabajo y la realización de actividades como Médico Oftalmólogo y por ende, el ejercicio de dichos roles o actividades carecían de autonomía, ya que se encontraba sometida a los lineamientos institucionales establecidos por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E..

De las documentales aportadas logra evidenciarse que la demandante entre los años 2004 y 2017, desplegó actividades como Médico Oftalmólogo, observándose, entre otras, las siguientes actividades específicas:

Contrato 155 A de 2004 <sup>26</sup>	Contrato 1460 de 2017 <sup>27</sup>
1. Practicar exámenes de refracción, diagnosticar y prescribir el tratamiento que debe seguirse y elaborar la historia Clínica del paciente. 2. Participar en la elaboración de diagnóstico y pronóstico del estado de salud visual de la población del área de influencia. 3. Participar en la evaluación del impacto de la prestación de los servicios. 4. Participar en la formulación de políticas, definición de programas de prevención visual y fijación de métodos y procedimientos en el área de influencia. 5. Participar en investigaciones de tipo aplicado orientadas a esclarecer las causas y soluciones de los problemas de salud de la comunidad. 6. Procurar la consecución oportuna de los recursos necesarios y la racional utilización de los disponibles. 7. Realizar Intervenciones quirúrgicas y de procedimientos médicos de su especialidad y controlar los pacientes bajo su cuidado. 8. Responder por los elementos entregados para el desempeño de sus actividades en concordancia con el inventario que para el efecto se realice.	1. Atención consulta médica especializada en oftalmología. 2. Cirugía programada en oftalmología. 3. Valoración urgencias e interconsultas en oftalmología. (...) <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Garantizar la calidad de los servicios ofrecidos (idoneidad humana, moral y técnica) y desarrollar los obligaciones que se generen directa e indirectamente del objeto contractual</li> <li>b) Cumplir con las Leyes, Decretos, Acuerdos, Resoluciones, Circular de cualquier órgano externo o Reglamento Interno, Código o Directriz Interna de la E.S.E que tenga relación con la ejecución del objeto del presente contrato,</li> <li>c) Velar y responder por los recursos y adecuado funcionamiento de los equipos, documentos o bienes muebles entregados para la ejecución de las actividades propias del objeto del presente contrato. (...)</li> <li>d) Pagar sus aportes al Sistema General de Seguridad Social Integral durante fe ejecución del presente contrato sobre los montos legales establecidos y dentro de los quince (15) primeros días calendario de cada mes. (...)</li> </ul>

<sup>26</sup> Archivo Digital No. 3, folios 1 y 2

<sup>27</sup> Archivo Digital No. 3, folios 133 y 138

<p>9. Participar en la elaboración y actualización del Manual de Normas y Procedimientos del área.</p> <p>10. Informar los hechos relevantes al Coordinador del área de la Subdirección Científica de Servicios Quirúrgicos, las novedades que se presentan durante la realización de sus actividades.</p> <p>11. Reportar al Coordinador del área las actividades realizadas.</p> <p>12. Realizar interconsultas e intervenciones Quirúrgicas y procedimientos médicos de su especialidad y controlar los pacientes bajo su cuidado.</p> <p>13. Atender urgencias de su especialidad.</p> <p>14. Velar por el adecuado funcionamiento de los equipos de su especialidad como por su custodia.</p> <p>15. Impartir instrucciones a personal técnico y auxiliar sobre procedimientos propios de su especialidad</p> <p>16. Participar en las brigadas de salud a nivel urbano, programadas por la institución.</p> <p>17. Participar en las actividades educativas de salud visual intra y extra mural.</p> <p>18. Participar en la elaboración e implementación de planes de prevención o diagnóstico precoz de problemas refractivos y motilidad ocular.</p> <p>19. Cumplir con los protocolos médicos, administrativos y de auditoría establecidos</p> <p>20. Realizar las demás actividades acordes con la naturaleza del objeto de la orden de servicios.</p> <p>21. Diligenciar todos los registros, libros, formatos y demás reportes relacionados con el cumplimiento de sus funciones, con el fin de dejar constancia de las labores realizadas.</p> <p>22. Reportar por escrito a su coordinador o jefe inmediato sobre las novedades que tengan lugar durante el ejercicio de sus actividades y que vayan en contra de los valores corporativos institucionales</p> <p>23. Diligenciamiento adecuado de los RIPS</p> <p>24. Cumplimiento de Guías de manejo</p> <p>25. Correcto diligenciamiento de Historias clínicas</p> <p>26. Cumplimiento del decreto 2676 de 2000 (reglamentación de la Gestión Integral de los Residuos Hospitalarios y similares)</p>	<p>e) Cumplir con las guías de manejo, manuales, instructivos, protocolos, procesos y procedimientos institucionales</p> <p>f) Responder por las glosas generadas en el desarrollo de las obligaciones del presente contrato, si a elle hubiere lugar. (...)</p> <p>g) Obrar con lealtad y buena fe en el desarrollo y ejecución del presente Contrato, de acuerdo con la normatividad interna de la Subred, al Código del Buen Gobierno y Ética Institucional y/o Profesional.</p> <p>h) Aplicar las políticas de Calidad de la Institución y participar activamente en los Procesos de Acreditación y Sistema Integrado de Gestión que adelante la Subred.</p> <p>i) Conocer, promover y aplicar las Normas de Gestión Ambiental y residuos hospitalarios, haciendo uso eficiente de los insumos puestos a su disposición, así como de los recursos de agua y energía y contribuir con el reciclaje,</p> <p>j) Cumplir con los planes de emergencia Institucionales y normas del Sistema General de Riesgos Laborales procurando el cuidado integral de su salud, contando con los elementos de protección personal necesarios para ejecutar la actividad contratada e informando a la Subred Sur la ocurrencia de incidentes o accidentes durante fe ejecución del contrato.</p> <p>k) Ejecutar las acciones preventivas y/o correctivas, y/o plan de mejoramiento a que haya lugar de acuerdo a las evaluaciones y recomendaciones emitidas por los órganos externos, supervisor del contrato y/o directrices internas.</p> <p>l) Velar por el mantenimiento de la imagen institucional a través de las actuaciones individuales. (...)</p> <p>m) El CONTRATISTA se compromete a cumplir con la política de seguridad de la Subred Sur, participando activamente en las reuniones y demás actividades que le sean requeridas, en desarrollo de la gestión de los eventos adversos e incidentes que se presenten en la Institución, n) Preparar y presentar conforme a su competencia los informes, solicitudes, peticiones y/o respuestas, requeridas por las entidades públicas o privadas; dentro de los términos de Ley garantizando la veracidad de los mismos.</p> <p>ñ) Asistir y aprobar los procesos de actualización, presenciales y virtuales, programados por el CONTRATANTE y por las entidades autorizadas por éste, con el fin de contribuir al desarrollo de las actividades y obligaciones contractuales,</p> <p>o) En caso de ser designado supervisor de un contrato, realizar las gestiones necesarias tendientes al cabal cumplimiento técnico, administrativo y financiero del negocio jurídico encomendado, respondiendo fiscal, disciplinaria y penalmente por el manejo de los recursos y actividades que ello conlleve. (...)</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Nótese cómo en la transición del primer al último contrato suscrito por la accionante, se establecen obligaciones que verificadas individualmente se encuentran relacionadas de manera directa con la prestación del servicio de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., las cuales fueron prácticamente idénticas durante su vinculación.

Ahora bien, del clausulado señalado, se extraen actividades relacionadas de manera concreta y directa con la prestación del servicio como Médico Oftalmólogo, que son de orden esencial para funcionamiento de la entidad, demostrando el cumplimiento de las funciones asignadas a su trabajo, cumpliendo con los objetivos y metas señaladas, vínculo perpetuado por un lapso superior a 13 años.

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 2004 a 2017, hecho que demuestra que la planta de personal era insuficiente para atender las funciones misionales de la entidad, por lo que tuvo que acudir a esa modalidad de vinculación.

Entonces, si bien el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, permite que se contrate personal por prestación de servicios para realizar actividades para el funcionamiento de la entidad, cuando el personal de planta no pueda ser destinado para este efecto, como se indicó en precedencia, esa norma cuenta con dos condiciones de constitucionalidad señaladas en las sentencias C-154 de 1997 de manera directa e indirecta por la sentencia C-614 de 2009, para precisar que los servicios que se prestan por este tipo de contratos, 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.

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

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

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

Ahora bien, en el asunto no se logró establecer la existencia de cargos similares en la planta de personal de la entidad, conforme a la declaración rendida por la misma demandante, así como por lo certificado por la entidad accionada, quien señaló: *“Una vez revisadas las bases de datos del personal de planta de los extintos hospitales Meissen, Tunal, Vista Hermosa, Tunjuelito, Usme, Nazareth y Subred Integrada de Servicios de Salud*

*Sur E.S.E, no se evidencia la existencia del empleo Medico Oftalmólogo para la vigencia 2004 a 2017.”*

No obstante lo anterior, si se encuentra establecido que la demandante ejecutó actividades afines a los propósitos determinados en los contratos de prestación de servicios para los cuales fue vinculada, las cuales estaban asociadas a su función como Médico Oftalmólogo, que en todo caso, estaba sujeta por obvias razones, a los horarios institucionalmente establecidos para el personal médico especialista.

Así mismo, dada la naturaleza de dichas funciones, es claro, que la demandante podía realizarlas únicamente en las instalaciones de la entidad, y por consiguiente, hacían necesaria su presencia permanente y continua en el lugar de trabajo, es decir, en las mencionadas instalaciones, más aún, si se tiene en cuenta que la entidad la requería de forma permanente y personal para el desarrollo de las mismas y así prestar un servicio de manera óptima y eficaz, haciendo imposible que pudiera ausentarse del área de labores o incluso darse su propio horario, pues de ser así, crearía múltiples traumatismos al normal funcionamiento del área donde prestaba sus servicios como Médico Oftalmólogo, con lo que se demuestra, la carencia de independencia y autonomía.

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

Se encuentra de los varios contratos de prestación de servicios suscritos por parte de la demandante **Jeanne Marie Bernoske Merino** que no se trataba de funciones meramente temporales, dado que laboró en la entidad tantas veces aludida, **entre el 22 de enero de 2004**<sup>28</sup> (Contrato de Prestación de Servicios No. 155 A de 2004) y el **31 de agosto de 2017**<sup>29</sup> (Contrato de Prestación de Servicios No. 1460 de 2017) Último contrato de prestación de servicios, **existiendo una continuidad y permanencia.**

Así las cosas, el análisis en conjunto del acervo probatorio, permite concluir que se ha desvirtuado la autonomía e independencia de la prestación del servicio y con ello el vínculo contractual y en su lugar, es claro que existió una verdadera relación laboral entre la **Subred Integrada de Servicios de Salud 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.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Archivo Digital No. 3, folios 1 y 2

<sup>29</sup> Archivo Digital No. 3, folios 133 y 138

<sup>30</sup> El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 19 de julio de 2017, expediente No. 63001-23-33-000-2014-00139-01 (1771-15) Consejera Ponente Dra. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, en la que se señaló: "Dicha normatividad contempló una presunción *iuris tantum*, al establecer que en ningún caso estos contratos- entiéndase contratos de prestación de servicios- generan relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales.

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

Siguiendo los lineamientos del artículo 164 de la Ley 1564 de 2012<sup>31</sup> y configurados todos los elementos de la relación laboral propia del empleo público así la administración quiera darle connotación jurídica distinta, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda y se ordenará a la entidad pagar al demandante la totalidad de prestaciones sociales dejadas de percibir, reconocidas al personal que desempeñaba igual o similar labor como médico especialista, tomando como base el valor de lo pactado en los contratos, por el periodo comprendido **desde el 22 de enero de 2004 y hasta el 31 de agosto de 2017, teniendo en cuenta los medios de prueba aportados y lo solicitado en la demanda**, pues, la prestación de sus servicios a la **Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.**, fue continua.

#### 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 de los actos administrativos contenidos en los Oficios OJU-E-2089-2020 del 4 de septiembre de 2020 y OJU-E-2775-2020 de 10 de noviembre de 2020, por medio de los cuales se negó la solicitud de reconocimiento y pago de acreencias laborales, elevada por la demandante **Jeanne Marie Bernoske Merino**.

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

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

*(…)*

*Ahora bien, en lo que atañe al ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el docente vinculado por contrato de prestación de servicios, cabe anotar que este corresponderá a los honorarios*

---

De esta suerte, las presunciones relevantes 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 *ius et de iure*, es decir, de pleno derecho, puede ser controvertida y desvirtuada, de tal manera que, en asuntos como el presente, quien pretenda la declaratoria de existencia de una relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicios, con base en el principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Superior de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber de probanza a fin de poder quebrantar la presunción que sobre esta modalidad de contrato estatal recae”.

<sup>31</sup> ARTÍCULO 164. NECESIDAD DE LA PRUEBA. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho.

*pactados*, ya que no es dable tener en cuenta, en este caso, el empleo de planta, pues los docentes oficiales se encuentran inscritos en el escalafón nacional docente que implica remuneraciones diferenciadas según el grado en el que estén.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Por consiguiente, la base para liquidar las prestaciones sociales y los demás emolumentos pretendidos, corresponde a los honorarios pactados, lo cual fue reiterado en la reciente Sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021.

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

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

#### **4.1. De la prescripción**

Sobre el particular, en reciente pronunciamiento el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021, radicado No.: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), se estableció como regla para determinar la interrupción entre cada vínculo contractual *“un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del plenario.*”

Así, como quiera que se trata de un tema de unificación jurisprudencial, se acoge la posición en ella adoptada, destacando que para el presente caso, en el plenario no se encontró acreditada una interrupción superior a treinta (30) días entre los contratos suscritos desde el año 2004, por lo tanto, se concluye que no operó el fenómeno jurídico de la prescripción, habida cuenta que además se probó que para el 31 de agosto de 2017, la demandante prestaba sus servicios a la entidad demandada; así mismo, que la presentación de la reclamación administrativa se perfeccionó el 5 de agosto de 2020<sup>32</sup> y que la radicación de la demanda se realizó el 25 de noviembre de 2020<sup>33</sup>.

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

En cuanto a las prestaciones compartidas (vb. gr. pensión y salud), no se accederá, el pago a favor de la demandante de los porcentajes de cotización que le

<sup>32</sup> Archivo Digital No. 4, folios 233 a 235

<sup>33</sup> Archivo Digital No. 6

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

## 5. De la condena en costas

Finalmente, el Despacho no impone condena en costas, en la medida que no se observó una conducta dilatoria o de mala fe de ninguno de los sujetos procesales, y además porque no se encuentra prueba de su causación conforme lo consagrado en el artículo 365 numeral 8º 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 la entidad demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
- Segundo:** **Declarar** la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios OJU-E-2089-2020 del 4 de septiembre de 2020 y OJU-E-2775-2020 de 10 de noviembre de 2020, por medio de los cuales **Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.**, negó la solicitud de reconocimiento y pago de acreencias laborales presentada por la demandante **Jeanne Marie Bernoske Merino**, 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 **Jeanne Marie Bernoske Merino**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 38.262.771, todas y cada una de las prestaciones sociales de Ley y demás emolumentos salariales dejados de percibir, por el periodo comprendido entre el **22 de enero de 2004** y el **31 de agosto de 2017**, teniendo en cuenta para la liquidación el valor de lo pactado en los contratos de prestación de servicios.

Para efectos de la condena, se tendrán en cuenta las prestaciones sociales y demás emolumentos salariales 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 **Jeanne Marie Bernoske Merino**, bajo los contratos de prestación de servicios, debe computarse para efectos pensionales, para lo cual la entidad deberá hacer las correspondientes cotizaciones, **por todo el tiempo de vinculación que fue acreditado**, teniendo en cuenta la naturaleza imprescriptible de dichos aportes.

**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 prestaciones sociales y demás emolumentos salariales 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**

Firmado electrónicamente  
**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: **6046f681d61a78f55381d7f811fc8181cfb71967db822ca10042f8b449f46944**

Documento generado en 24/02/2023 11:41:53 AM

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