



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

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

Expediente: 11001-33-35-028-2021-00122-00
Demandante: Jenny Paola Gutiérrez Ordoñez¹
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente 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 **Jenny Paola Gutiérrez Ordoñez**, identificada con cédula de ciudadanía número 1.030.549.505 expedida en Bogotá D.C., 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 Centro Oriente E.S.E.**

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones³

La parte demandante, solicita:

***(...)PRIMERA:** Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No.20211100045741 del 24 febrero 2021 y notificado el 26 de febrero de 2021, suscrito por la Doctora MARY ISABEL CORREA GALLARDO , Jefe Oficina Asesora Jurídica (E) de la "SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E." por medio del cual se NEGÓ el pago de las Acreencias laborales derivadas de la existencia de un contrato de trabajo realidad que existió entre el HOSPITAL SANTA CLARA III NIVEL E.S.E. HOY SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E. " y la señora JENNY PAOLA GUTIERREZ ORDOÑEZ , por el periodo comprendido entre el 01 SEPTIEMBRE DE 2012 HASTA 31 ENERO DE 2021 y que mutó en una relación jurídica de índole laboral.*

***SEGUNDA:** Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad precedente singularizada y previa declaratoria de la existencia de una relación laboral legal y reglamentaria se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E. A pagarle a mí representa JENNY PAOLA GUTIERREZ ORDOÑEZ, a título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** los siguientes conceptos:*

*a. A título de reparación del daño, Las diferencias salariales existentes entre los servicios remunerados por prestación de servicios y los salarios legales y convencionales pagados en la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E. a los **AUXILIARES DE ENFERMERIA** desde el **01 SEPTIEMBRE DE 2012 HASTA 31 ENERO DE 2021**, sumas que deben ser ajustadas*

¹ recepciongarzonbautista@gmail.com

² notificacionesjudiciales@subredcentrooriente.gov.co y profesionaljuridico1@subredcentrooriente.gov.co

³ Folios 2 a 5 del documento #1 expediente digitalizado.

en los términos del inciso 4° art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

b. Que pague a título de indemnización el valor equivalente al auxilio de las **Cesantías** causadas durante todo el tiempo de prestación de servicios liquidado con la asignación legal asignada al cargo de **AUXILIAR DE ENFERMERIA** de la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E.** a partir del **01 SEPTIEMBRE DE 2012 HASTA 31 ENERO DE 2021** sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4° art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

c. Los **Intereses a la Cesantías** causados sobre los saldos que arroje la liquidación del auxilio a las cesantías año por año conforme al literal anterior.

d. Que pague a título de indemnización el valor equivalente a las **Primas de carácter legal de SERVICIOS** de Junio y diciembre de cada año causadas desde el día **01 SEPTIEMBRE DE 2012 HASTA 31 ENERO DE 2021**, sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4° art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

e. Las **Primas de Navidad** de cada año, causadas desde el **01 SEPTIEMBRE DE 2012 HASTA 31 ENERO DE 2021** sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4° art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

f. Las **Primas de Vacaciones** de cada año causadas desde el día **01 SEPTIEMBRE DE 2012 HASTA 31 ENERO DE 2021** sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4° art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

g. La **compensación en dinero de las vacaciones** causadas que no fueron otorgadas ni disfrutadas en tiempo ni compensadas en dinero, sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4° art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

h. A título de reparación del daño los porcentajes de cotización correspondientes a los aportes en **SALUD** y **PENSION** que le correspondía realizar a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E.** y que debió cancelar al Fondo pensional y a la **E.P.S.**, desde el **01 SEPTIEMBRE DE 2012 HASTA 31 ENERO DE 2021**, sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4° art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

i. La devolución del importe de la totalidad de los descuentos realizados por la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E.** a la señora **JENNY PAOLA GUTIERREZ ORDOÑEZ**, durante la prestación de los servicios por concepto de retención en la fuente.

j. Las cotizaciones en forma retroactiva a la Caja de compensación Familiar correspondiente, durante el tiempo que laboró la demandante es decir del **01 SEPTIEMBRE DE 2012 HASTA 31 ENERO DE 2021**, dichas sumas deberán ser ajustadas conforme al inciso 4° art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

k. **Indemnización de Perjuicios** El valor correspondiente en dinero establecido por el Juez por el incumplimiento en el suministro de calzado y vestido de labor, ante la insatisfacción de las dotaciones habituales.

TERCERA: Condénese a la entidad demandada que pague a la señora **JENNY PAOLA GUTIERREZ ORDOÑEZ** la suma de **100 salarios mínimos** legales mensuales vigentes por concepto de **daños morales**.

CUARTA: Que el demandado, de cumplimiento a las disposiciones del fallo que este Despacho profiera dentro de los términos establecidos en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTA: Se **DECLARE** que el tiempo laborado por la señora **JENNY PAOLA GUTIERREZ ORDOÑEZ** identificada con la cédula de ciudadanía número **1.030.549.505** de Bogotá; bajo la

*modalidad de contratos sucesivos denominados “prestación de servicios” con el **HOSPITAL SANTA CLARA III NIVEL hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E** se deben computar para efectos pensionales, **ORDENANDO** emitir la Certificación laboral para el efecto.*

***SEXTA:** Se **COMPULSEN** copias de la sentencia dirigidas al Ministerio de Trabajo para que imponga **MULTA** al **HOSPITAL SANTA CLARA III NIVEL hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E** contenida en la Ley 1429 de 2010 artículo 63, por haber contratado a el convocante a través de Contratos de arrendamiento de servicios personales de carácter privado y de prestación de servicios en forma constante ininterrumpida y habitual.*

***SEPTIMA:** Se **CONDENE** al pago de las costas y expensas de este proceso, a la entidad demandada (...)*

2. Hechos⁴

Señala el apoderado que la demandante laboró de forma constante e ininterrumpida para el Hospital Santa Clara hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E. en el cargo de Auxiliar de enfermería durante el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2012 hasta el 31 de enero de 2021, encontrándose vinculada mediante contratos de prestación de servicios.

Destaca que el accionante devengó para el año 2021 \$1.620.360, dinero que era consignado de manera mensual por la entidad a una cuenta de ahorros, desempeñándose en un cargo con vocación de permanencia y en desarrollo de la misión de la entidad.

Arguye que el horario que debía cumplir la demandante era de domingo a domingo de 7:00 p.m. a 7:00 a.m.

Destaca que la demandante debía cumplir funciones como auxiliar de enfermería entre las que destaca la siguientes: i) recibir y entregar turno por paciente asignado e informar sobre la evolución y las actividades realizadas con el fin de proporcionar al turno entrante información actualizado y dar continuidad del cuidado de enfermería; ii) realizar las actividades de enfermería y las asignadas el enfermero profesional, de acuerdo a los procedimientos y protocolos hospitalarios del servicio tendientes a promover la recuperación del paciente; iii) diligenciar los registros de enfermería para dejar evidencia científica y legal de las actividades ejecutadas; iv) aplicar los protocolos establecidos para prevenir la ocurrencia de infecciones intrahospitalarias en los pacientes y en su entorno de acuerdo con las buenas practicas sanitarias; v) informar al enfermero en los cambios de la evolución del paciente para tomar medidas optimas de manejo médico-quirúrgico, vi) asesorar al paciente y a la familia sobre el plan de cuidado post hospitalización para garantizar la comprensión de las ordenes médicas y dar continuidad del tratamiento ambulatorio; vii) aplicar los procedimientos de bioseguridad salud ocupacional gestión ambiental y calidad; viii) registrar y verificar el inventario de los elementos de los equipos asignados y supervisar la fecha de vencimiento de los insumos contenidos en el carro de paro e informar el estado y perdida de cualquier bien a la instancia respectiva para tomar medidas oportuna; ix) preparar la logística requerida por el equipo de salud para brindar atención integral al paciente en consulta externa urgencias y hospitalización y x) atender y orientar al

⁴ Folios 5 al 9 del Documento I #1 del expediente digital.

paciente y sus familiares en relación con sus necesidades y expectativas de acuerdo con las políticas y normas vigentes.

Indica que a la demandante, se le exigía su afiliación al sistema general de seguridad social en salud y pensiones, siéndole descontado el impuesto I.C.A y la retención en la fuente, jamás recibió anticipos económicos, ni recibió el pago de prestaciones sociales, cumplía un horario, recibiendo ordenes de sus superiores identificando como tal a Indira Álvarez y Tatiana Clavijo en su calidad de enfermeras jefes, realizando de manera personal la labor encomendada, teniendo que pedir autorización para poderse ausentar de sus labores.

Arguye que la demandante, tuvo a su disposición las herramientas dadas por el hospital para desarrollar su actividad, resaltando que tenía compañeros de trabajo que cumplían las mismas funciones que ella pero que estaban vinculados directamente con la entidad demandada.

Indica que la demandante presentó reclamación ante la entidad el 3 de febrero de 2021, en la cual solicitó el pago de las prestaciones sociales por todo el tiempo de su vinculación, siendo resuelta de manera negativa mediante el No. 20211100045741 del 24 de febrero de 2021 y notificado el día 25 de febrero de 2021 el cual fue expedido por Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Centro Oriente E.S.E.

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: Artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 125, 126, 209, 277 y 351-1

Legales: Legales: Decreto 3074 de 1968, Decreto 3135 de 1968 artículo 8, Decreto 1848 artículo 51, Decreto 1045 de 1968 artículo 25, Decreto 01 de 1984, Decreto 1335 de 1990, Ley 4 de 1992, Ley 332 de 1996, Ley 1437 de 2011, Ley 1564 de 2012, Ley 100 de 1993 artículos 15, 17, 18, 20, 22, 23, 128, 157, 161, 195 y 204; Ley 244 de 1995; Ley 443 de 1998, Ley 909 de 2004, Ley 80 de 1993 artículo 32, Ley 50 de 1990 artículo 99, Ley 4° de 1990 artículo 8°, Decreto 1250 de 1970 artículos 5° y 7, Decreto 2400 de 1968 artículos 26, 40, 46 y 61, Decreto 1950 de 1973 artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242, Decreto 1919 de 1992 artículo 2 y Código Sustantivo del trabajo artículos 23 y 24.

Señala que la entidad demandada pretende desconocer la relación laboral que existió con la accionante durante más de 9 años a pesar de que se configuran los elementos de la relación laboral, atendiendo lo siguiente: i) prestó sus servicios directamente; ii) no podía delegar sus funciones; iii) se encontraba subordinada y cumplía órdenes de sus superiores jerárquicos; iv) devengó salario mensualmente; v) tenía que cumplir un horario; vi) portaba carné; viii) estuvo a órdenes exclusivas de la entidad; ix) siempre utilizó herramientas entregadas por la entidad.

⁵ Folios 12 a 38 del documento #1 del expediente digital.

Destaca que la Corte Constitucional, en la sentencia C-901 de 2011 al excluir expresamente el periodo de gracia contenido en el parágrafo del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, derogó tácitamente el periodo establecido en el artículo 103 de la Ley 1438 de 2011, que permitía a las entidades públicas de salud mantener a su personal médico y administrativo a través de cooperativas de trabajo asociado o cualquier otra modalidad que afectara sus derechos.

Manifiesta que la entidad pretendió disfrazar la relación laboral mediante contratos de arrendamiento de servicios, desconociendo la presunción contenida en el artículo 23 del Código Sustantivo del trabajo, según la cual se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, pese a que la accionante desarrolló actividades propias del objeto social de la entidad demandada, desconociendo igualmente que existía personal de planta que realizaba las mismas actividades.

Por lo anterior señala que en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades deben tenerse como acreditados los elementos de la relación laboral, más aun cuando existe prohibición expresa para que las entidades públicas contraten personal para el ejercicio de funciones de carácter permanente.

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

4. Trámite del proceso

La demanda fue admitida mediante auto del 14 de mayo de 2021⁶, ordenando la notificación de las partes e intervinientes, actuación realizada el 21 de junio de 2021⁷.

5. Contestación de la demanda

Mediante correo electrónico de 4 de agosto de 2021⁸, la entidad demandada contestó la demanda, con fundamento, entre otras cosas, en lo siguiente:

La carga argumentativa de la contestación fue presentada excepciones de mérito que fueron denominadas como: i) cobro de lo no debido; ii) inexistencia del derecho y la obligación; iii) ausencia de vínculo de carácter laboral; iv) prescripción; v) la demandante es parcialmente coautora; vi) legalidad de los contratos suscritos entre las partes; viii) innominada.

Aduce que la demandante pretende el reconocimiento y pago de obligaciones, teniendo el pleno conocimiento que existió un vínculo contractual con la entidad y no una relación laboral, en aplicación del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, destacando que la accionante se afilió y aportó para el sistema de seguridad social en pensiones y en salud como contratista.

Destaca que los contratos celebrados con la demandante no comportan la existencia de una relación laboral, dado que no se acreditan los elementos que configuran la relación laboral, resaltando que la accionante nunca se mostró inconforme con los

⁶ Documento # 7 del expediente digital.

⁷ Documentos # 8 y 9 del expediente digital.

⁸ Documento # 12 del expediente digital.

contratos de prestación de servicios respecto de los cuales no se ha enervado su legalidad.

Por lo anterior, señala que al no configurarse los elementos propios de una relación laboral se deben negar las pretensiones de la demanda.

6. Audiencia inicial, recaudo probatorio y alegatos de conclusión

Mediante el auto proferido el 23 de junio de 2022⁹, el Despacho fijó fecha para realizar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El 9 de agosto de 2022¹⁰ se llevó a cabo audiencia inicial, en la cual, entre otras cosas, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas solicitadas.

Por medio del auto del 1º de diciembre de 2022¹¹, declaró incorporadas las pruebas documentales allegadas y fijó como fecha para realizar la audiencia de pruebas el 7 de febrero de 2023.

En audiencia de pruebas realizada el 7 de febrero de 2023¹², se recaudaron los testimonios de José Eulises Ortiz y Yessica Yesenia Medina Cardozo y el interrogatorio de parte de la demandante, se declaró cerrada la etapa probatoria y se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión.

6.1. Parte accionante

Mediante escrito radicado el 10 de febrero de 2023¹³, el apoderado de la demandante presentó sus alegatos de conclusión, con fundamento en lo siguiente:

Indica que de las pruebas recaudadas dentro del proceso y el precedente jurisprudencial se deben acoger todas y cada una de las pretensiones de la demanda, comoquiera que no existen dudas sobre la prestación personal del servicio de la demandante como auxiliar de enfermería, que recibió un pago mensual como abono de nómina, y así mismo, destaca que la subordinación de tipo laboral se encuentra acreditada al recibir órdenes directas de sus jefes inmediatos quienes de igual forma le deban órdenes a los empleados de planta, quienes realizaban las mismas funciones que la demandante.

Destaca que los testimonios fueron coherentes, libres de apremios y claros en afirmar toda la situación que vivió la demandante en torno a la actividad laboral, y su vínculo con la entidad, demostrándose la subordinación.

Por lo anterior solicita, que al haberse demostrado la existencia de los elementos de la relación laboral se acceda a las pretensiones de la demanda.

⁹ Documento # 20 del documento digital.

¹⁰ Documento #23 del documento digital.

¹¹ Documento #32 del documento digital.

¹² Documento #35 del expediente digitalizado.

¹³ Documento #36 del expediente digitalizado.

6.2. Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E.

No allegó escrito de alegatos de conclusión.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Conforme a lo indicado en la audiencia inicial, el problema jurídico de este proceso se contrae a determinar si la demandante **Jenny Paola Gutiérrez Ordoñez** tiene o no derecho al reconocimiento de una relación laboral con la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., por el periodo en que estuvo vinculado con la entidad, y de ser así, determinar si tiene derecho al pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales derivadas de su configuración. Así mismo, deberá determinarse si procede el reconocimiento de los perjuicios morales señalados 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 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, 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.¹⁴ (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 2° 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:

“Artículo 2°. 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.

¹⁴ 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).

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.¹⁵ (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 2003¹⁶, 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 acudirse 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 2008¹⁷).

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 2003¹⁸). 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 2008¹⁹).

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 2002²⁰ 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

¹⁵ Decreto 2400 de 1968 Art. 2º, reformado por el Decreto 3400 de 1968 Art. 1º.

¹⁶ Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 0370-2003.

¹⁷ Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 2152-06.

¹⁸ Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, expediente 4798-02.

¹⁹ Consejero Ponente Jaime Moreno García, expediente 2776-05.

²⁰ Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 3530-2001.

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 ...²¹ (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 2003²², 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.*²³
(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 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

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

²² Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, radicación 0370-2003.

²³ 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.

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.”²⁴ (Negrilla y subrayado fuera de texto).

²⁴ Consejo de Estado-Sección Segunda sentencia del 27 de agosto de 2015, expediente No. 81001-2333-003-2013-00057-01 (3361-14).

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 **Jenny Paola Gutiérrez Ordoñez**, prestó sus servicios en el Hospital Santa Clara E.S.E. hoy fusionado en la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., en donde cumplió funciones como auxiliar de enfermería, lo cual exigía la prestación personal del servicio, en las sedes del hospital, especialmente en el área de cirugía.

Para tal efecto, prestó sus servicios a través de Contratos de prestación de servicios suscritos con el Hospital Santa Clara E.S.E. y la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., así:

| Número del contrato | Fecha de inicio | Fecha de finalización | Días de interrupción | Objeto | Folios |
|---------------------|--------------------------|--------------------------|----------------------|------------------------|--|
| AS 1823 de 2012 | 1° de septiembre de 2012 | 30 de septiembre de 2012 | - | Auxiliar de Enfermería | Expediente Contractual carpeta contratos |
| AS 2231 de 2012 | 1° de octubre de 2012 | 31 de octubre de 2012 | - | Auxiliar de Enfermería | Expediente Contractual carpeta contratos |
| AS 2678 de 2012 | 2 de noviembre de 2012 | 30 de noviembre de 2012 | 1 día hábil | Apoyo en Enfermería | Expediente Contractual carpeta contratos |
| AS 3489 de 2012 | 1° de diciembre de 2012 | 31 de diciembre de 2012 | - | Apoyo en Enfermería | Expediente Contractual carpeta contratos |
| AS 374 de 2013 | 1° de enero de 2013 | 30 de junio de 2013 | - | Apoyo en Enfermería | Expediente Contractual carpeta contratos |
| AS 1889 de 2013 | 1° de julio de 2013 | 31 de agosto de 2013 | - | Apoyo en Enfermería | Expediente Contractual carpeta contratos |
| AS 3082 de 2013 | 3 de septiembre de 2013 | 30 de septiembre de 2013 | 1 día hábil | Apoyo en Enfermería | Expediente Contractual carpeta contratos |
| AS 4262 de 2013 | 25 de octubre de 2013 | 31 de octubre de 2013 | 17 días hábiles | Apoyo en Enfermería | Expediente Contractual carpeta contratos |
| AS 4463 de 2013 | 20 de noviembre de 2013 | 31 de diciembre de 2013 | 11 días hábiles | Apoyo en Enfermería | Expediente Contractual carpeta contratos |
| AS 0331 de 2014 | 1° de enero de 2014 | 31 de mayo de 2014 | - | Apoyo en Enfermería | Expediente Contractual carpeta contratos |
| AS 1834 de 2014 | 3 de junio de 2014 | 31 de agosto de 2014 | - | Apoyo en Enfermería | Expediente Contractual carpeta contratos |
| AS 3235 de 2014 | 1° de septiembre de 2014 | 31 de octubre de 2014 | - | Apoyo en Enfermería | Expediente Contractual carpeta contratos |

| | | | | | |
|-----------------|-------------------------|-------------------------|----------------|--|--|
| AS 4314 de 2014 | 1° de noviembre de 2014 | 30 de noviembre de 2014 | - | Apoyo en Enfermería | Expediente Contractual carpeta contratos |
| AS 5213 de 2014 | 1° de diciembre de 2014 | 31 de diciembre de 2014 | - | Apoyo en Enfermería | Expediente Contractual carpeta contratos |
| AS 0390 de 2015 | 2 de enero de 2015 | 31 de agosto de 2015 | - | Apoyo a la gestión de actividades asistenciales como auxiliar de enfermería | Expediente Contractual carpeta contratos |
| AS 2049 de 2015 | 7 de septiembre de 2015 | 30 de noviembre de 2015 | 4 días hábiles | Apoyo a la gestión de actividades asistenciales como auxiliar de enfermería | Expediente Contractual carpeta contratos |
| AS 3743 de 2015 | 1° de diciembre de 2015 | 31 de diciembre de 2015 | - | Apoyo a la gestión de actividades asistenciales como auxiliar de enfermería | Expediente Contractual carpeta contratos |
| AS 0061 de 2016 | 1° de enero de 2016 | 1° de enero de 2017 | - | Apoyo a la gestión de actividades asistenciales como auxiliar de enfermería | Expediente Contractual carpeta contratos |
| PS 0171 de 2017 | 2 de enero de 2017 | 9 de enero de 2018 | - | Prestar sus servicios personales de apoyo, en su condición de técnico auxiliar de enfermería para ejecutar actividades asistenciales en los diferentes servicios de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente. | Expediente Contractual carpeta contratos |
| PS 0545 de 2018 | 10 de enero de 2018 | 9 de septiembre de 2018 | - | Prestar sus servicios de apoyo de manera personal y autónoma en su condición de técnico en auxiliar de enfermería, para la ejecución de actividades asistenciales en los procesos de gestión hospitalaria, urgencias y quirúrgicos, conforme a las necesidades | Expediente Contractual carpeta contratos |

| | | | | | |
|-----------------|-------------------------|----------------------|------------------|--|--|
| | | | | de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente. | |
| PS 4127 de 2019 | 23 de abril de 2019 | 31 de enero de 2020 | 152 días hábiles | Prestar sus servicios de apoyo de manera personal y autónoma en su condición de auxiliar de enfermería, para la ejecución de actividades asistenciales en los diferentes servicios, conforme a las necesidades de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente. | Expediente Contractual carpeta contratos |
| PS 2198 de 2020 | 10 de febrero de 2020 | 31 de agosto de 2020 | - | Prestar sus servicios de apoyo de manera personal y autónoma en su condición de técnico en auxiliar de enfermería, para la ejecución de actividades asistenciales en los procesos de gestión hospitalaria, urgencias y quirúrgicos conforme a las necesidades de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente. | Expediente Contractual carpeta contratos |
| PS 6895 de 2020 | 10 de noviembre de 2020 | 31 de enero de 2021 | 48 días hábiles | Prestar sus servicios de apoyo de acuerdo a su perfil académico, para la ejecución de actividades asistenciales en los procesos de gestión | Expediente Contractual carpeta contratos |

| | | | | | |
|-----------------|-----------------------|---------------------|-----------------|---|--|
| | | | | hospitalaria, urgencias y quirúrgicas, conforme a las necesidades de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., con disponibilidad en cumplimiento de la misión y visión de la misma. | |
| PS 2747 de 2021 | 20 de febrero de 2021 | 30 de abril de 2021 | 15 días hábiles | Prestar sus servicios de apoyo de acuerdo a su perfil académico para desarrollar actividades (de su profesión) disponibilidad en cumplimiento de la misión y visión de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E | Expediente Contractual carpeta contratos |

El desempeño de todas las actividades enlistadas en los periodos determinados, exigían que la demandante prestara sus servicios como auxiliar de enfermería en el área asistencial del Hospital Santa Clara E.S.E. especialmente en el área de cirugía.

De la declaración rendida por la demandante se advierte que tenía que desempeñar sus funciones en las instalaciones de la entidad, comoquiera que sus actividades requerían la asistencia a los anestesiólogos, cirujanos, jefes de enfermería, atención y preparación a pacientes, lo cual evidentemente implicaba que estuviera en la sede física del centro hospitalario.

De igual forma, se observa en los cronogramas de actividades aportados junto al escrito de demanda, obrantes a folios 174 a 252 del documento #3 del expediente, que la demandante era asignada a salas de cirugía dentro de las instalaciones del Hospital.

Por tanto, se aprecia, que la naturaleza de las labores como auxiliar de enfermería 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.

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 la

Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., dado que, en la totalidad de los contratos celebrados entre las partes, se aprecia un ítem denominado forma de pago, en el cual señalan que por regla general se pagaría el valor del contrato por mensualidades vencidas y teniendo en cuenta las horas efectivamente trabajadas .

V.gr

Contrato AS 1823 de 2012 “(...) El pago de este contrato se hará mes vencido, una vez el supervisor expedida la certificación de cumplimiento del objeto del contrato junto con la verificación de los aportes al **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL (S.G.S.S.)** (...)” (Destacado del texto original)

Contrato PS 2747 de 2021 “(...) El pago de esta orden se realizará dependiendo del número de horas efectivamente ejecutadas durante el mes, en todo caso se estima un promedio de (187,2) horas, de acuerdo con el objeto contractual; por lo anterior se estipula que el valor de la hora es la suma de **NUEVE MIL CIENTO OCHENTA PESOS M/CTE (\$9.180)** previa certificación de cumplimiento expedida por el supervisor del contrato y dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación y radicación de la cuenta de cobro y/o documento equivalente. El contratista deberá acreditar que se encuentra al día, en calidad de cotizante, con el pago de aportes relativos al Sistema de Seguridad Social Integral en salud y Administración de Riesgos Laborales (...)”

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 auxiliar de enfermería en el Hospital Santa Clara E.S.E y la Subred Integrada de Servicios Centro Oriente E.S.E.

3.3. Subordinación

En primer término, debe decirse, que el Consejo de Estado, ha señalado que la labor de enfermería cuenta con una presunción de subordinación, atendiendo a lo siguiente:

“(...) no puede desempeñarse de forma autónoma, ya que quienes ejercen dicha profesión no pueden definir ni el lugar ni el horario en que prestan sus servicios. Además de lo anterior, la actividad que desarrollan no se puede suspender sin justificación pues se pone en riesgo la prestación del servicio de salud.

Adicionalmente, se debe tener en consideración que en términos generales le corresponde a los médicos dictar las directrices y órdenes respecto de los cuidados especiales que requiere cada paciente, así como establecer condiciones respecto de cómo asistirlos en todo procedimiento médico y cómo se debe realizar el control de los pacientes en los centros de salud. Lo anterior implica que la relación entre médicos y enfermeras por lo general va más allá de la simple coordinación y pasa a ser de subordinación.

Lo expuesto no impide que en determinados casos éstas puedan actuar de manera independiente puesto que se pueden presentar excepciones. Sin embargo, la regla general es la de la subordinación, por lo que ésta se debe presumir. En consecuencia, le corresponderá a las entidades demandadas desvirtuar dicha presunción. (...)”²⁵

Así las cosas, además de estar amparada en una presunción de subordinación, se considera, que la demandante **Jenny Paola Gutiérrez Ordoñez**, en su vinculación como auxiliar de enfermería, estuvo supeditada a las directrices impartidas por sus jefes inmediatos, que para el caso eran los jefes de enfermería, las coordinadoras de enfermería, cirujanos y anestesiólogos según se logró establecer en el proceso.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, sentencia proferida el 21 de abril de 2016 número único de radicación 13001233100020120023301

En el momento en que la demandante fue interrogada acerca de si le eran impartidas órdenes y la existencia de jefes inmediatos, esta manifestó: “(...)Claro sí, pues del jefe que estuviera en ese momento de turno, pues era como el jefe inmediato del turno, pero pues igual estaba también la jefe la coordinadora del servicio que en este caso era la Jefe Indira, era la que nos hacía la programación y nos ubicaba los espacios, los puestos y los horarios que teníamos asignados, y pues en el turno la jefe que estaba de noche y también estaba el gerente de turno que muchas veces pues él llegaba verificaba que llegáramos a turno y cuando se requería que faltara personal en otros servicios nos llamaban a nosotros para que fuéramos a cubrir los espacios en las otras unidades que faltaba gente. (...) Recibíamos las órdenes del jefe de turno inmediato que era el que estaba en el servicio, adicional pues teníamos el coordinador del servicio, en este caso la coordinadora que yo tenía era la jefe Indira, ella dejaba pues los cuadros de turno y pues daba las órdenes generales del servicio, y adicional en el turno pues había un gerente, en este caso como yo (...)”

La declaración de los testigos dan 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 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 el testigo José Eulises Ortiz, señaló: “(...) Había siempre un jefe de servicio que delegaba las funciones y las actividades a realizar durante el turno aparte de la parte asistencia de que se brindaba a los pacientes. (...)”, así mismo, en el momento en que el testigo fue interrogado acerca de si había presenciado órdenes que le hubieran impartido a la demandante este indicó que sí atendiendo a que eran compañeros en el mismo servicio.

Así mismo, la testigo Yessica Yesenia Medina Cardozo, señaló que las instrucciones eran impartidas por la jefe del servicio, quien además autorizaba cambios de turnos y asignaba los pacientes específicos que se debían preparar o atender.

De otra parte, en el interrogatorio rendido por la demandante y del testimonio del señor Ortiz, se puede establecer la existencia de diferentes tipos de órdenes tanto administrativas como médicas, destacándose que las primeras se referían a la organización de historias clínicas, diligenciamiento de formatos tales como consentimientos informados y notas de enfermería y respecto de las segundas fueron identificadas como las relacionadas con la atención al paciente y los procedimientos médicos.

Por lo tanto, la relación entre la demandante y su superior jerárquico, 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 en el marco de los protocolos establecidos para la atención de los pacientes, y por ende, el ejercicio de su cargo carecía de autonomía, ya que se encontraba supeditada a los lineamientos institucionales establecidos por la entidad.

Así mismo, en lo que atañe al horario la demandante señaló que tenía que cumplir un horario que iniciaba a las 7 de la noche y finalizaba a las 7 de la mañana, destacando que debían realizar la entrega de turno, lo cual fue corroborado por los testigos que además señalaron la existencia de otros turnos durante el día entre 7 de la mañana y 1 de la tarde y entre la 1 de la tarde y 7 de la noche.

De las documentales aportadas logra evidenciarse que la demandante desplegó las actividades propias de un auxiliar de enfermería en el área asistencial, atención y manejo de pacientes, en el área de cirugía observándose, en el primer y último contrato, entre otras, las siguientes obligaciones específicas:

| Contrato AS 1823 de 2012 | Contrato 2747 de 2021 |
|--|---|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Recibir y entregar el turno por paciente asignado e informar sobre la evolución y las actividades realizadas con el fin de proporcionar al turno entrante información actualizada y dar continuidad del cuidado de enfermería. 2. Realizar las actividades de enfermería y las asignadas por el enfermero profesional, de acuerdo con los procedimientos y protocolos hospitalarios del servicio, tendientes a promover la recuperación del paciente. 3. Diligenciar los registros de enfermería para dejar evidencia científica y legal de las actividades ejecutadas. 4. Aplicar los protocolos establecidos para prevenir la ocurrencia de infecciones intrahospitalarias en los pacientes y su entorno de acuerdo con las buenas prácticas sanitarias. 5. Informar al enfermero los cambios en la evolución del paciente para tomar medidas óptimas de manejo médico-quirúrgico. 6. Asesorar al paciente y a la familia sobre el plan de cuidados post hospitalización para garantizar la comprensión de las órdenes médicas y dar continuidad al tratamiento ambulatorio. 7. Aplicar los procedimientos de bioseguridad, salud ocupacional, gestión ambiental y calidad. 8. Registrar y verificar el inventario de los elementos y equipos asignados y supervisar la fecha de vencimiento de los insumos contenidos en el carro de paro. 9. Preparar la logística requerida por el equipo de salud para brindar atención integral al paciente en consulta externa, urgencias y hospitalización. 10. Atender y orientar a los pacientes y sus familiares en relación con sus necesidades y expectativas de acuerdo con las políticas institucionales y las normas vigentes. 11. Administrar los medicamentos según delegación del enfermero y de acuerdo con las técnicas establecidas con relación a los principios éticos y legales vigentes. 12. Promover en el servicio la cultura de los valores y principios éticas. | <ol style="list-style-type: none"> 1. Prestar el servicio de conformidad con la programación de agenda acordada con el supervisor del contrato, para el desarrollo de sus actividades. 2. Controlar los signos vitales de cada uno de los pacientes asignados con la periodicidad requerida según orden médica, orden de Enfermería y protocolo institucional, informando al médico y enfermera las alteraciones encontradas y registrándolas en la historia clínica digital. 3. Orientar y preparar a los pacientes para exámenes diagnóstico de acuerdo con los protocolos de manejo y tecnología requerida. Según normas establecidas para cada procedimiento. 4. Realizar actividades propias del cuidado de enfermería previniendo acciones inseguras en la prestación de servicios de salud. 5. Notificar inmediatamente las acciones inseguras ocurridas a sus pacientes al médico de turno, jefe inmediato y en el sistema de reporte. 6. Informar a la enfermera jefe del servicio y al médico tratante, sobre los cambios del estado clínico de los pacientes en forma oportuna y adecuada. 7. Revisar la Historia clínica de los pacientes asignados conociendo su evolución diaria, tratamiento, para realizar el plan de cuidado de enfermería integral del paciente. 8. Mantener limpio y ordenado la unidad de los pacientes asignados durante el turno. 9. Realizar registros clínicos en forma oportuna, diligenciando todas las variables correctamente y dando cumplimiento a la Resolución 1995 de 1999 y mantener organizadas las historias clínicas de acuerdo al Manual y normatividad vigente de la Entidad. 10. Cumplir las normas institucionales de bioseguridad, vigilancia epidemiológica, gestión ambiental, salud ocupacional y demás políticas Institucionales. 11. Responder por los inventarios, conservación y uso adecuado de los equipos, elementos e |

| | |
|--|--|
| | <p>insumos, al igual que el cuidado de la infraestructura del servicio y/o área donde se encuentre desarrollando las actividades.</p> <p>12. Cumplir con los procesos, procedimientos, guías y demás normas definidas por la entidad, de conformidad con el objeto del contrato.</p> <p>13. Asistir a reuniones y capacitaciones programadas por la entidad.</p> <p>14. Realizar la desinfección de manera oportuna de la unidad del paciente de acuerdo a los protocolos institucionales.</p> <p>15. Realizar la toma oportuna de las muestras de laboratorio que requieran los pacientes con el fin de agilizar el tratamiento.</p> <p>15. Asistir en la alimentación a los pacientes asignados conservando las precauciones establecidas según el caso.</p> <p>16. Realizar el control de líquidos administrados y eliminados registrando en forma oportuna y adecuada los resultados de acuerdo al protocolo institucional.</p> <p>17. Portar el uniforme deteniendo en cuenta las normas higiene y bioseguridad de la Subred.</p> <p>18. Ofrecer trato con calidez y calidad al paciente y la familia, dando una atención humanizada conservando el respeto por la dignidad humana.</p> <p>19. Impartir educación al paciente y a la familia sobre los cuidados específicos a tener en casa de acuerdo a la situación clínica del paciente.</p> <p>21. Mantener la reserva de la información clínica y personal de los pacientes.</p> <p>22. Ejercer las actividades propias de la formación técnica de conformidad con las normas y/o reglamentos de acuerdo al objeto contractual y las necesidades del servicio. Contenidas en el formato de necesidad de personal que hace parte integral del presente contrato. Contenidas en el formato de necesidad de personal que hace parte integral del presente contrato.</p> |
|--|--|

Nótese cómo en la transición del primer al último contrato, suscrito por la accionante como auxiliar de enfermería, se establecen obligaciones que verificadas individualmente se encuentran relacionadas de manera directa con la prestación del servicio de salud del Hospital Santa Clara hoy fusionado en la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E.

Ahora bien, del clausulado señalado, se extraen actividades relacionadas de manera concreta y directa con la prestación del servicio de salud, que son de orden esencial para el cumplimiento del objeto misional 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 aproximado de 8 años.

Respecto de las actividades desempeñadas por la demandante, esta señaló en su interrogatorio respecto de un día habitual de actividades lo siguiente: *“(...) Pues yo llegaba recibía el turno, pues en los últimos años que estuve en el Hospital estaba en el turno de la noche, entonces llegaba a las 7 de la noche a recibir turno, ahí nos encontrábamos con los compañeros y con la jefe de turno de la tarde y de la noche para hacer la entrega de turno habitual, nos entregaban pacientes, nos entregaban los implementos que teníamos que tener en el servicio en este caso pues los de salas de cirugía, carro de medicamentos, verificábamos que estuviera todo completo, y ya después de hacer la entrega de turno procedíamos a verificar historias clínicas, abrir notas de enfermería, hacer pues las actividades normales de enfermería, cuidados básicos y como estábamos en salas de cirugía pues entonces empezábamos a pasar los procedimientos que quedaban pendientes en el día o recibíamos un procedimiento que quedara de tarde noche, llegábamos y recibíamos el procedimiento dentro del quirófano. (...)”*

Al respecto en el momento en que la testigo Yessica Yesenia Medina Cardozofue interrogada respecto de las actividades desempeñadas por la demandante, señaló *“(...) Preparaba los pacientes, los canalizaba, los pasaba a la sala y digamos que cuando nos rotaban, digamos cuando ella le tocaba estar en la sala de cirugía era circulante, tenía que estar pendiente ayudar al anestesiólogo, a la instrumentadora, al cirujano, a todo el equipo, y estar también pendiente del paciente. (...)”*

Por su parte el testigo Eulises Ortiz, señaló respecto de las actividades desempeñadas por la demandante lo siguiente: *“(...)Prestar servicios de atención asistencial como técnico auxiliar de enfermería en diferentes áreas de la institución donde se rotaban según las necesidades del servicio, recibir turno (...) hacer la ronda de enfermería, atender las necesidades del paciente y su requerimiento durante el turno. (...)”*

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 2012 a 2021, 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, se observa que fue aportado en el expediente constancia de la existencia de auxiliares de enfermería, con el nombre de Auxiliar área de la salud código 412 grado 17. Así mismo, se verifica en los cronogramas de actividades²⁶ de sala de cirugía donde era programada la demandante que existían auxiliares de enfermería de planta que hacían las mismas actividades de la demandante, obrantes a

En cuanto a la existencia de empleados de la planta de personal que realizara las mismas funciones del demandante, los testigos señalaron que existían auxiliares de enfermería de planta.

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

²⁶ folios 174 a 252 del documento #3 del expediente

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 adecuada²⁷.

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 auxiliar de enfermería, 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 para el cumplimiento misional de la entidad, así mismo, pese a que en algunos momentos se le dio una denominación diferente al objeto contractual las obligaciones pactadas se dirigían a la ejecución de servicios asistenciales de salud de la entidad en sus diferentes componentes, los cuales eran desarrollados por la demandante en su calidad de auxiliar de enfermería.

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 a la demandante, son propias del giro ordinario de la entidad, en la medida que las labores de la demandante, relacionadas con las actividades de tipo asistencial de enfermería son propias de la entidad.

Ahora bien, no pasa por alto el Despacho que la demandante señaló en su interrogatorio de parte que simultáneamente con la vinculación que tuvo con la entidad, se desempeñó en una IPS de carácter privado denominada Boston Medical Group, lo cual de manera alguna desvirtúa la subordinación, comoquiera que no existe incompatibilidad por ser un ente privado y así mismo, quedó demostrado que la accionante cumplió con el horario asignado por la subred así dan cuenta los informes de supervisión contractual y los cronogramas de actividades, y así mismo debe tenerse

²⁷ 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.

en cuenta la naturaleza de la prestación del servicio de salud que requiere que el personal preste sus servicios de manera permanente.

Con base en lo expuesto se colige, que los empleos para los que fue vinculada **Jenny Paola Gutiérrez Ordoñez** mediante contratos de prestación de servicios existían realmente en la planta de personal de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., según quedó demostrado, de acuerdo a los objetos de cada orden de prestación de servicios.

De igual manera, se encuentra de los varios contratos de prestación de servicios suscritos por parte de la demandante **Jenny Paola Gutiérrez Ordoñez** que no se trataba de funciones meramente temporales, puesto que prestó sus servicios de manera interrumpida entre el 1º de septiembre de 2012 al 30 de abril de 2021, acreditando la existencia de los criterios de **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 Centro Oriente 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 1993.²⁸

Elo, por cuanto es indudable, que el demandante prestó el servicio de manera personal, permanente, remunerada y subordinada, lo que se muestra 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 2012²⁹ y configurados todos los elementos de la relación laboral propia del empleo público así la administración quiera darle connotación jurídica distinta, se accederá parcialmente

²⁸ El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 19 de julio de 2017, expediente No. 63001-23-33-000-2014-00139-01(1771-15) Consejera Ponente Dra. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, en la que se señaló: "Dicha normatividad contempló una presunción *iuris tantum*, al establecer que en ningún caso estos contratos- entiéndase contratos de prestación de servicios- generan relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales.

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

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

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

²⁹ 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.

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 dejados de percibir, reconocidos al personal que desempeñaba igual o similar labor, tomando como base el valor de lo pactado en los contratos por concepto de honorarios, por el periodo comprendido el **1° de septiembre de 2012 y el 31 de enero de 2021, teniendo en cuenta los medios de prueba aportados y lo peticionado en la demanda sin perjuicio del análisis que se haga en el acápite de prescripción y solución de continuidad.**

Así mismo, atendiendo a que la presunción de legalidad del acto administrativo acusado fue desvirtuada, el Despacho declarará no probadas las excepciones de mérito denominadas: i) cobro de lo no debido; ii) inexistencia del derecho y la obligación; iii) ausencia de vínculo de carácter laboral; iv) la demandante es parcialmente coautora; y v) legalidad de los contratos suscritos 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 **No.20211100045741 del 24 febrero 2021** expedido por la Jefe Oficina Asesora Jurídica de la **Subred Integrada De Servicios De Salud Centro Oriente E.S.E.**, por medio del cual se negó la solicitud de reconocimiento y pago de acreencias laborales elevada por la demandante .

En consecuencia, únicamente se accederá al pago de las prestaciones sociales reclamadas y los demás emolumentos cuyo reconocimiento se solicita en la demanda, 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 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)

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

Es necesario precisar en cuanto a las prestaciones sociales, que las mismas pueden ser ordinarias y compartidas, dependiendo de quién es el encargado de 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, a la demandante **Jenny Paola Gutiérrez Ordoñez**, le asiste el derecho al pago de las prestaciones sociales ordinarias y demás emolumentos solicitados en la demanda teniendo como referente los empleos determinados conforme el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales establecido para la entidad para los auxiliares de enfermería (auxiliares área de la salud) y utilizando como base para su liquidación, los honorarios pactados.

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.³⁰

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 prestaciones sociales, dentro del término de tres años siguientes a la terminación del último contrato, so pena de que opere la prescripción de su derecho.^{31 32}

En el presente asunto, no hay lugar a la prosperidad de la excepción de la prescripción, atendiendo a que, la demandante prestó sus servicios en la entidad entre el 1º de septiembre de 2012 y el 30 de abril de 2021, presentó la reclamación administrativa el 3 febrero de 2021 cuando la relación contractual no había finalizado, y la demanda se radicó el 30 de abril de 2021, es decir dentro de los 3 años siguientes a la terminación de la relación contractual.

Así mismo, se observa que entre la finalización del contrato 0545 de 2018 (9 de septiembre de 2018) y el inicio del contrato 4127 de 2019 (23 de abril de 2019), existió una interrupción de 152 días hábiles, si bien la misma da lugar a la solución de continuidad, no tiene la virtualidad de prescribir periodos de vinculación, comoquiera que el primero periodo contractual tuvo lugar entre el 1º de septiembre de 2012 y el 9 de septiembre de 2018, y en ese sentido, la demandante tenía hasta el 10 de septiembre de 2021 para radicar la reclamación administrativa, lo cual como se indicó sucedió con anterioridad a dicha fecha, quedando a salvo este periodo de vinculación.

³⁰ Consejo de Estado, sentencia del 6 de marzo de 2008. Rad. No. 2152-06. C.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

³¹ 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.

³² 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 GALLEGU, 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.

Así mismo, se observa que el segundo periodo de relación contractual tuvo lugar entre el 23 de abril de 2019 y el 31 de agosto de 2020 por lo que igualmente quedó a salvo con la reclamación del 3 de febrero de 2021.

De otra parte, se verifica que existió una interrupción de 48 días hábiles entre la finalización del contrato 2198 de 2020 (31 de agosto de 2020) y el inicio del contrato 6895 de 2020 (10 de noviembre de 2020), no obstante, dicha interrupción si bien da lugar a la solución de continuidad está a salvo de la prescripción, el periodo comprendido entre el 10 de noviembre de 2020 y el 31 de enero de 2021 (según lo solicitado en la demanda)

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 el restablecimiento del derecho operará por los periodos comprendidos entre el 1º de septiembre de 2012 y el 9 de septiembre de 2018, 23 de abril de 2019 y el 31 de agosto de 2020 y entre el 10 de noviembre de 2020 el 31 de enero de 2021 (conforme lo solicitado en la demanda), en virtud de la solución de continuidad señalada.

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

4.3 De la dotación

En lo que toca a la dotación, la misma se encuentra regulada en la Ley 70 de 1988 y el Decreto 1978 de 1989 y se concede al servidor que reciba una remuneración mensual inferior a dos salarios mínimos y por lo menos lleve una antigüedad de tres meses.

Sobre este asunto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que:

“67. Es de señalar, que de acuerdo al artículo 1° del Decreto Reglamentario 1978 de 1989, el cual dispuso de manera expresa que la dotación de calzado y vestido de labor es aplicable a quienes prestan sus servicios a través de contrato de trabajo, siempre que su remuneración mensual sea inferior a 2 veces el salario mínimo legal vigente, para lo cual será indispensable haber laborado para la entidad al menos 3 meses antes de cada suministro, siendo justo el reconocimiento del mismo, por lo cual se indicará para el particular su reconocimiento.

68. En efecto, la dotación procede para «(l)os trabajadores permanentes vinculados mediante relación legal y reglamentaria o por contrato de trabajo.». Acogiendo el criterio expresado por la Corte Constitucional, esta subsección en sentencia de 23 de agosto de 201328, y que reitera la de 31 de julio de 2003, al resolver un asunto similar, expresó que:

«Las anteriores reflexiones de la honorable Corte Constitucional son suficientes para concluir que la Ley 70 de 1988, es aplicable a los empleados públicos de todos los niveles con excepción de los sometidos a regímenes especiales y lo mismo se puede predicar del Decreto 1978 de 1989, reglamentario de la ley mencionada, que precisó como beneficiarios de la dotación de vestido y calzado a los empleados de los órdenes nacional y territorial.». (Resalta la Sala)

69. Así, siendo que la Ley 70 de 1988 fijó a la dotación el título de prestación y así mismo se dará su trato en cuanto al término prescriptivo en virtud de lo dispuesto por el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, «las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.».

En este caso probado se encuentra que la demandante para los años 2012 a 2021 devengó lo siguiente por concepto de honorarios, diferentes valores atendiendo a la cantidad de horas laboradas:

| Año | Honorarios (valor hora) | Equivalente a 2 horas ordinarias con base en el salario mínimo mensual legal vigente |
|------|-------------------------|--|
| 2013 | \$5.929 | \$4.910 |
| 2014 | \$6.196 | \$5.133 |
| 2015 | \$6.481 | \$5.369 |
| 2016 | \$6.935 | \$5.745 |

| | | |
|------|---------|---------|
| 2017 | \$8.300 | \$6.147 |
| 2018 | \$8.470 | \$6.510 |
| 2019 | \$8.470 | \$6.900 |
| 2020 | \$9.002 | \$7.315 |

Así las cosas, la demandante no tiene derecho al reconocimiento de dotaciones comoquiera que devengaba un valor por concepto de honorarios superior a los 2 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

4.4 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.³³

En el asunto y atendiendo el pronunciamiento judicial expuesto la demandante Jenny Paola Gutiérrez Ordoñez 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.

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

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.”*³⁴

³³ 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.

³⁴ 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.

4.6. De los perjuicios morales

Finalmente y en torno a la pretensión de reconocimiento de la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daños morales, es pertinente indicar que conforme al concepto estructurado en sentencia de unificación del Consejo de Estado, el perjuicio moral *“se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.”*³⁵

En la controversia objeto de conocimiento la parte accionante no acreditó la carga probatoria que permitiera demostrar la existencia del presunto perjuicio inmaterial de carácter moral que se dijo padeció la demandante, ni la existencia del mismo, en consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de la indemnización pretendida en los términos señalados en la pretensión tercera de la demanda y sólo se accederá a las pretensiones económicas ya indicadas en precedencia.

4.7 Indemnización por despido sin justa causa

Al respecto como se indicó anteriormente, los efectos de la sentencia que declare la existencia de un contrato realidad consisten en el pago de las prestaciones sociales que el contratista dejó de percibir, teniendo como referente los empleos determinados conforme el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales establecido para la entidad para los auxiliares del área de la salud (auxiliares de enfermería) y utilizando como base para su liquidación, los honorarios pactados.

El Consejo de Estado, ha indicado al respecto, señaló que *“(…)En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, como solicitó el actor en su escrito de demanda, dirá la Sala que los efectos patrimoniales de la declaratoria de un contrato realidad se contraen al pago de las prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho y, adicional a ello, debe decirse, que la relación -que por virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, es de índole laboral-, con la entidad demandada terminó antes del vencimiento de la orden de prestación de servicios 054 de 2008, la cual finalizó el 18 de julio de 2008, por voluntad del actor, situación que difiere de los motivos que dan lugar a un despido injusto como causal de terminación de un contrato laboral. (…)”*³⁶.

Respecto de la solicitud de compulsar copias conforme el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, la misma no es procedente dado que dicha norma se refiere a la contratación a través de cooperativas de trabajo situación que no se acredita en este proceso y así mismo, si la parte demandante considera que la conducta de la entidad merece algún reproche de tipo disciplinario podrá acudir ante los órganos de control pertinentes para que conozcan de dichas conductas.

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.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014 con radicado número 66001233100020010073101.

³⁶ Consejo de Estado, Sentencia de 26 de julio de 2018, C.P César Palomino Cortés radicado: 68001-23-31-000-2010-00799-01.

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 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 Centro Oriente 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 **No.20211100045741 del 24 febrero 2021** expedido por la Jefe Oficina Asesora Jurídica de la **Subred Integrada De Servicios De Salud Centro Oriente E.S.E.** por medio del cual se negó la solicitud de reconocimiento y pago de acreencias laborales elevada por la demandante **Jenny Paola Gutiérrez Ordoñez**.

Tercero: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **condenar** a la **Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E.**, a reconocer y pagar a favor de la demandante **Jenny Paola Gutiérrez Ordoñez**, identificada con cédula de ciudadanía número 1.030.549.505 expedida en Bogotá D.C, todas y cada una de las prestaciones sociales de Ley dejadas de percibir y demás emolumentos solicitados en la demanda, **excluyendo las dotaciones**, como auxiliar de enfermería (auxiliar área de la salud), por los periodos comprendidos entre el 1° de septiembre de 2012 y el 9 de septiembre de 2018, el 23 de abril de 2019 y el 31 de agosto de 2020 y entre el 10 de noviembre de 2020 y el 31 de enero de 2021 (conforme lo solicitado en la demanda), en virtud de la solución de continuidad señalada, 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 de 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 solicitados en la demanda correspondientes a la totalidad del periodo ejecutado, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

Cuarto: El tiempo laborado por la demandante **Jenny Paola Gutiérrez Ordoñez**, identificada con cédula de ciudadanía número 1.030.549.505 expedida en Bogotá D.C, bajo los contratos de prestación de servicios suscritos entre el **1° de septiembre de 2012 y el 31 de enero de 2021**, deben computarse para efectos pensionales, para lo cual la entidad deberá hacer las correspondientes cotizaciones por el tiempo efectivamente laborado.

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:

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

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 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 Centro Oriente 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: **806b053aed9cc41795d5bf9d762c3cafe21f341da8487b972ad694ca9ab2d033**

Documento generado en 23/03/2023 06:57:45 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>