



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

Bogotá D.C., catorce (14) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Expediente: 11001-33-35-028-2019-00348-00
Demandante: Luz Stella Gutiérrez Monroy¹
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Norte 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 **Luz Stella Gutiérrez Monroy**, identificada con cédula de ciudadanía número 35.499.235, por intermedio de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra de la **Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.**

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones³

La parte demandante, solicita:

“1.- Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en oficio de respuesta con referencia 20191100125241 calendado el 23 de abril del 2019 expedido por la demandada, mediante el cual niega tanto el reconocimiento de la existencia de una relación de trabajo permanente entre la hoy SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE ESE y mi representada LUZ STELLA GUTIERREZ MONROY, como también el pago de acreencias laborales y/o prestaciones sociales surgidas de esa vinculación laboral.

2.- Que a título de restablecimiento del derecho conculcado, se declare que entre la demandante la SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E existió y existe una relación laboral permanente sin solución de continuidad desde el 1 de agosto de 2014 hasta hoy, con las mismas funciones y remuneración que corresponden al cargo de Profesional Universitario Área de la Salud (Enfermera Profesional) Código 237 Grado 14, o su equivalente de la planta orgánica de personal de esa Institución.

2.1.-Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la demandada a liquidar y pagar las siguientes acreencias laborales:

2.1.1- El mayor valor del salario una vez imputados todos los factores salariales dejado de pagar a mí representada durante el periodo de la relación laboral permanente con

¹ Apoderado de la parte demandante Dr. Mario Edgar Montaña Bayona, correo electrónico mariomontanobayonaabogado@hotmail.com.

² Apoderado de la parte demandada Dr. Fabio Hernán Mesa Daza correo electrónico defensajudicialnorte@subrednorte.gov.co fabiomesasubrednorte@gmail.com

³ Folios 4 a y del documento #1 expediente digital.

referencia al cargo de Profesional Universitario Área de la Salud Código 237 Grado 14 o su equivalente.

2.1.2.-Prima semestral a que tiene derecho desde el año 2014 hasta el día de hoy .

2.1.3- Prima de navidad a que tiene derecho desde el año 2014 hasta el día de hoy

2.1.4.-Prima de antigüedad a que tiene derecho desde el año 2014 hasta el día de hoy.

2.1.5.-Prima de técnica a que tiene derecho desde el año 2014 hasta el día de hoy

2.1.6.-Reconocimiento en dinero de vacaciones causadas y no disfrutadas a que tiene derecho desde el año 2014 hasta el día de hoy.

2.1.7-Prima de vacaciones a que tiene derecho desde el año 2014 hasta el día de hoy

2.1.8.- Bonificaciones por servicios prestados y de recreación, a que tiene derecho desde el año 2014 hasta el día de hoy.

2.1.9.-Auxilio de cesantía a que tiene derecho desde el año 2014 hasta el día de hoy

2.1.10.-Intereses sobre cesantías a que tiene derecho desde el año 2014 hasta el día de hoy.

2.1.11-Recargos por horas laboradas nocturnas, en dominicales y festivos trabajados y causados por mí representada desde el 01 de agosto de 2014 hasta hoy. , certificados de conformidad a planillas o cronogramas de actividades personal obrante en la base de datos o archivos del Hospital.

2.1.12. Las demás prestaciones sociales y prerrogativas, surgidas de la relación laboral permanente que legalmente perciban los empleados de planta.

2.1.13. La indexación de los valores atrás reclamados.

3.- Se condene a la demandada a pagar las costas y agencias en derecho.

4. Que la parte demandada de cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y 189 del CPACA.”⁴

2. Hechos

Señala el apoderado que la demandante presta sus servicios a la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.-UPS SIMON BOLÍVAR, en su calidad de enfermera jefe durante el lapso comprendido entre el 1° de agosto de 2014 a la fecha, encontrándose vinculada mediante contratos de prestación de servicios.

Indica que pese a que en los contratos se estableció que eran de prestación de servicios, la realidad fáctica lo que se dio fue una verdadera relación de trabajo, en la cual la demandante desarrolló labores de enfermera jefe dentro de circunstancias de tiempo, modo y lugar impuestas por los jefes inmediatos.

Destaca que durante el tiempo que la demandante sirvió a la Subred, realizó sus labores bajo continua subordinación y dependencia destacando que el cargo realizado es similar al de planta denominado Profesional Universitario Área de la Salud, Código 237 Grado 14, en cumplimiento de los turnos 7AM a 1PM y 1PM a 7PM, en el período 2014 a

⁴ Archivo digital No. 3 a 4.

marzo 2018 y seguidamente 7PM a 7AM, en igualdad de circunstancias a los empleados de planta.

Indica que la demandante tiene derecho a que se le reconozca prima semestral, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, prima técnica, auxilio de cesantía, intereses sobre las cesantías, pago de horas extras, recargo por trabajo suplementario en dominicales y festivos, prima de antigüedad, prima de riesgo, bonificación especial de recreación y bonificación por servicios prestados.

Refiere que mediante petición radicada el 5 de abril de 2019 solicitó el reconocimiento de una relación laboral con la entidad, la cual fue negada por la entidad mediante oficio No. 20191100125241 del 23 de noviembre de 2019.

3. Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se citan como infringidas con la expedición del acto administrativo objeto de control judicial, las siguientes disposiciones jurídicas:

Constitución Política: Artículos 13, 25, 48, 53, 121 y 125.

Legales: Legales: Artículos 24, 24 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 32 de la Ley 80 de 1993, Ley 100 de 1993, artículo 2 de la Ley 269 de 1996, Decreto 2400 de 1968, Decreto 1950 de 1973, Decreto 2127 de 1945, Ley 6ª de 1945, artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, Ley 245 de 1995 Ley 10 de 1990,

Señala la accionante que se transgredieron las disposiciones señaladas por cuanto se desconoció por parte de la entidad sus obligaciones tendientes a dar protección al trabajo como derecho fundamental, comoquiera que pese a la existencia de evidencia irrefutable de condiciones de continuada subordinación, prestación personal del servicio, pago de una remuneración mensual, por los servicios prestados de la demandante, presentándose un trato desigual respecto de los demás enfermeras jefes.

Destaca que la entidad pretende esconder la relación laboral para sustraerse de la obligación de garantizar condiciones de igualdad y además garantizar estabilidad de empleo de acuerdo a los principios constitucionales. De igual forma señala que la entidad no le dio la posibilidad de interponer recursos.

Arguye que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han sido enfáticos y reiterativos en afirmar que el contrato de prestación de servicios no puede suplantar la relación laboral cuando se trate de ejecutar funciones permanentes y propias de la entidad, desconociendo las normas que establecen el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y las cotizaciones.

4. Trámite del proceso

La demanda fue admitida mediante el auto proferido el 27 de septiembre de 2019⁵ en contra de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E, entidad a la que se le ordenó notificar.

⁵ Archivo Digital No. 2 páginas 3 a 6.

5. Contestación de la demanda

Mediante escrito radicado el 19 de diciembre 2019⁶, 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) falta de causa e inexistencia de la obligación; ii) prescripción trienal iii) legalidad del acto administrativo acusado e iv) inexistencia de la calidad de empleado público.

Destaca que la relación que sostuvo la demandante con la entidad, fue de carácter civil derivada de diversos contratos de prestación de servicios de los cuales no se puede inferir la existencia de una relación laboral, y el consecuente reconocimiento y pago de emolumentos pretendidos en la demanda.

Argumenta que la demandante confunde la relación de coordinación que ejerció la Subred, las cuales de conformidad con lo establecido por el Consejo de Estado, el contratista se debe someter a unas condiciones necesarias para que la actividad encomendada pueda desarrollarse de manera eficiente y adecuada.

Indica que la relación generada en virtud del contrato de prestación de servicios, no puede predicarse la calidad de empleado público.

Por lo anterior, señala que al no configurarse los elementos propios de una relación laboral se deben negar las pretensiones de la demanda, atendiendo a que no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo.

Solo en caso de acceder a las pretensiones de la demanda, señala que debe tenerse en cuenta que en este caso operó la prescripción trienal.

6. Control de legalidad.

En este proceso se profirió auto del 30 de agosto de 2021, mediante el cual se negó el decreto de pruebas solicitadas por la parte demandante y se corrió traslado común a las partes y Ministerio Público para que presentaran alegaciones finales y concepto respectivamente.

Surtido el término mencionado, se profirió sentencia el 16 de diciembre de 2021, mediante la cual se dispuso la negación de las pretensiones de la demanda por falta de pruebas.

Dicha decisión fue apelada, pero al mismo tiempo la parte demandante promovió un incidente de nulidad por violación del debido proceso al no haberse decretado las pruebas solicitadas en la demanda.

Dicho incidente fue resuelto el 25 de agosto de 2022, acogiendo lo solicitado por la parte demandante, en razón a que se verificó que el auto del 31 de agosto de 2021, no se notificó en debida forma por lo que la parte demandante no tuvo la oportunidad de recurrirlo, adicionalmente se advirtió que en la demanda inicial faltaba un folio que

⁶ Archivo Digital No. 2 páginas 10 a 39.

contenía el acápite de pruebas de la demanda, que se echó de menos desde un principio, pues se advirtió de un archivo obrante dentro del CD visible al folio 42 del expediente físico, que obraba un traslado de la demanda que si comportaba el folio respectivo contentivo de las pruebas, por lo que debió el Despacho haberse pronunciado antes sobre las mismas, en vez de decidir la instancia.

Así las cosas, se retrotrajo la actuación a partir del auto del 30 de agosto de 2021, que dispuso el trámite de sentencia anticipada y todas las actuaciones posteriores.

7. Audiencia inicial, recaudo probatorio y alegatos de conclusión

Mediante el auto proferido el 15 de septiembre de 2022, 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 29 de septiembre de 2022⁷ 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 23 de febrero de 2023⁸, después de varios requerimientos, el Despacho declaró incorporadas las pruebas documentales allegadas y fijó como fecha para realizar la audiencia de pruebas.

En audiencia de pruebas se llevó a cabo el 16 de marzo de 2023⁹, se recaudaron los testimonios de Diana Marcela Hurtado y Adriana Bautista Niele y el interrogatorio de parte de la demandante, luego agotadas las pruebas se corrió traslado común a las partes y al Ministerio Público, para que presentaran sus alegaciones finales y concepto respectivamente.

6.1. Parte accionante

Mediante escrito radicado el 30 de marzo de 2023¹⁰, el apoderado de la demandante presentó sus alegatos de conclusión, con fundamento en lo siguiente:

Señala que la demandante celebró contratos de prestación de servicios como enfermera jefe con la entidad demandada, entre el 1º de agosto de 2014 y la fecha actual, sin que existiera solución de continuidad en su ejecución tal y como documentalmente lo acreditó al entidad demandada.

Indica que la demandante desarrolló actividades inherentes a las funciones de la entidad que se desarrollaron en las instalaciones de la Subred particularmente en el pabellón de neo-natos.

Resalta que las actividades de la demandante, también se encuentran probadas además de los contratos celebrados con los testimonios recaudados al interior de este proceso.

⁷ Archivo digital No. 10.

⁸ Archivo digital No. 23.

⁹ Archivo digital No. 26.

¹⁰ Archivo digital No. 28

Arguye que se encuentra plenamente acreditado que la demandante prestó sus servicios de manera personal no tenía la facultad de delegar sus funciones en cualquier colaborador externo en la entidad demandada, cumpliendo un horario, recibiendo instrucciones y demás indicaciones para el desarrollo de su trabajo, además tenía personal a su cargo.

De otra parte, señala que se acreditó la remuneración recibida por la demandante.

Por lo anterior, señala que al haberse demostrado los elementos de la relación laboral, se debe acceder a las pretensiones de la demanda.

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

Mediante correo electrónico del 17 de marzo de 2023, se anunciaron las alegaciones finales pero no se adjuntaron a dicho correo.

El Agente del Ministerio Público guardó silencio durante la oportunidad legal.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Conforme a lo indicado en la audiencia inicial, el problema jurídico de este proceso se contrae a establecer si es procedente la nulidad del Oficio No. S20191100124241 del 23 de abril de 2019 y si en consecuencia la demandante tiene derecho al reconocimiento de la relación laboral con la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E, por el término en que ha estado vinculada mediante contratos de prestación de servicios, al pago de las prestaciones sociales y diferencias salariales, a la devolución de la cuota parte que le corresponde asumir a la entidad demandada sobre los aportes a seguridad social y de lo pagado por concepto de pólizas.

2. Marco legal y jurisprudencial del contrato realidad

Sea lo primero señalar que en lo que atañe al empleo público, el artículo 125 de la Constitución, estableció que: *“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley.”* (Negrilla y subrayado fuera de texto).

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

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

“Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la

autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:
(...)

3º. Contrato de Prestación de Servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

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

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

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.”¹¹ (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.

¹¹ 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).

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.

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.¹² (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 2003¹³, 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 2008¹⁴).

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 2003¹⁵). 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

¹² Decreto 2400 de 1968 Art. 2°, reformado por el Decreto 3400 de 1968 Art. 1°.

¹³ Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 0370-2003.

¹⁴ Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 2152-06.

¹⁵ Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, expediente 4798-02.

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 2008¹⁶).

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 2002¹⁷ a que se ha hecho referencia). Por el contrario, si la gestión contratada equivale al “giro normal de los negocios” de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideró ajustado al ordenamiento jurídico lo expresado por el ad quem en el asunto sometido a su consideración así:

“... existiendo objetivamente la relación de trabajo, esta se presume amparada por el contrato de trabajo, máxime cuando se trata de empresas comerciales o industriales con ánimo de lucro en las mismas condiciones de los particulares, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 4° del D.2127 de 1.945, como quiera que en la actualidad el Sistema de Seguridad Social Integral no está exclusivamente a cargo del estado ni del Instituto de Seguros Sociales, sino que también está siendo prestado por particulares o mejor por empresas privadas. En consecuencia la entidad pública que ejecuta actividades de gestión, cuando contrata personas para cumplir con actividades propias del giro u objeto social comercial, debe estar a lo dispuesto en las normas pertinentes sobre la vinculación de los trabajadores, mediante contratos de trabajo, como quiera que la excepción para ejecutar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, puede la administración pública vincular personas con conocimientos especializados, cuando la planta es insuficiente mediante la aplicación de las normas previstas en la ley 80 de 1.993, esto es con contratos de prestación de servicios, pues de acuerdo con el artículo 6° del Decreto 3130 las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, están sometidas a las reglas del derecho privado, lo que significa que no puede aplicarse en forma general como hizo el Ad-quem, la excepción establecida por el legislador para casos muy especiales y concretos ...”¹⁸ (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 2003¹⁹, 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.*²⁰
(Negrilla y subrayado fuera de texto).

3.1. 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,

¹⁶ Consejero Ponente Jaime Moreno García, expediente 2776-05.

¹⁷ Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 3530-2001.

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

¹⁹ Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, radicación 0370-2003.

²⁰ 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.

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 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.”²¹ (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

4. Caso concreto

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

4.1. Prestación personal del servicio

Se acredita que la demandante **Luz Stella Gutiérrez Monroy**, presta sus servicios en la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., en donde cumplió funciones como enfermera jefe en la unidad de Cuidados Intensivos de Neonatos del Hospital Simón Bolívar, lo cual exigía la prestación personal del servicio, a los pacientes que se encontraban internos en la Subred, para lo cual prestó sus servicios de mediante contratos de prestación de servicios así:

- Contratos de prestación de servicios suscritos por la demandante con la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E, que aparecen acreditados en el expediente.

| Cto. No. | Objeto | Fecha inicio | Fecha final | Días de interrupción | Confrontado expediente |
|--------------|--|-----------------------|-------------------------|----------------------|--|
| 1529 de 2014 | "(...) CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO ENFERMERA UCI (...) | 1 de agosto de 2014 | 31 de diciembre de 2014 | - | Páginas 1 a 8 archivo digital No. 21.5 |
| 0290 de 2015 | "(...) CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO ENFERMERA UCI (...) | 1º de enero de 2015 | 31 de enero de 2015 | - | Páginas 6 a 7 archivo digital No. 21.6. |
| 1489 de 2015 | "(...) CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO ENFERMERA UCI (...) | 1º de febrero de 2015 | 31 de diciembre de 2015 | - | Páginas 1 a 5 y 9 a 14 archivo digital No. 21.6. |
| 0551 de 2016 | "(...) CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO ENFERMERA UCI (...) | 1º de enero de 2016 | 31 de enero de 2016 | | Páginas 6 a 8 archivo digital No. 21.7 |
| 1649 de 2016 | "(...) CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO ENFERMERA UCI (...) | 1º de febrero de 2016 | 30 de junio de 2016 | | Página 9 archivo digital No. 21.7 obra es la proroga |
| 1425 de 2016 | "(...) CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO ENFERMERA UCI EN LA UNIDAD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SIMON BOLÍVAR (...) | 1º de julio de 2016 | 31 de julio de 2016 | | Páginas 12 a 13 archivo digital No. 21.7 |

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

| | | | | | |
|--------------|--|-----------------------|--|--|---|
| 485 de 2016 | "(...) CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO ENFERMERA UCI EN LA UNIDAD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SIMON BOLÍVAR (...) | 1º de agosto de 2016 | 30 de septiembre de 2016 | | Páginas 10 a 11 archivo digital No. 21.7 |
| 4284 de 2016 | "(...) CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO ENFERMERA UCI EN LA UNIDAD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SIMON BOLÍVAR (...) | 1º de octubre de 2016 | 31 de diciembre de 2016 | | Archivo digital No. 21.1 y Páginas 1 a 5 archivo digital No. 21.7 |
| 654 de 2017 | Enfermera | 1º de enero de 2017 | 31 de enero de 2018 | | Archivo digital No. 21.1 certificación expedida por la demandada el 20 de febrero de 2023, no obra el contrato físico |
| 3689 de 2018 | Enfermera | 1º de febrero de 2018 | 31 de enero de 2019 | | Archivo digital No. 21.1 certificación expedida por la demandada el 20 de febrero de 2023, no obra el contrato físico |
| 1863 de 2019 | Enfermera | 1º de febrero de 2019 | 31 de enero de 2020 | | Archivo digital No. 21.1 y archivo digital No. 1 páginas 26 a 39 |
| 1399 de 2020 | Enfermera | 1º de febrero de 2020 | 1º de febrero de 2021 | | Archivo digital No. 21.1 certificación expedida por la demandada el 20 de febrero de 2023, no obra el contrato físico |
| 3008 de 2021 | Enfermera | 1º de febrero de 2021 | 31 de enero de 2022 | | Archivo digital No. 21.1 certificación expedida por la demandada el 20 de febrero de 2023, no obra el contrato físico |
| 3313 de 2022 | Enfermera | 10 de febrero de 2022 | Actual teniendo en cuenta que la certificación data del 20 de febrero de 2013. | | Archivo digital No. 21.1 certificación expedida por la demandada el 20 de febrero de 2023, no obra el contrato físico |

De acuerdo a lo que aparece probado en el expediente, las actividades enlistadas en los contratos aportados y la certificación allegada, dan cuenta que todas las actividades adelantadas por la demandante a lo largo de su amplia relación contractual lo eran de enfermera Jefe o Profesional en Enfermería en la Unidad de Recién Nacidos de Recién Nacidos de la UPS Simón Bolívar.

En el interrogatorio de parte, realizado por el apoderado de la entidad demandada, la demandante **Luz Stella Gutiérrez Monroy**, señaló respecto del lugar donde realizó las actividades, lo siguiente "(...) solamente con el Hospital Simón Bolívar, con la Subred y Hospital Simón Bolívar en su momento (...)" y respecto del área de trabajo en la que ha desempeñado sus servicios indicó lo siguiente: "(...) Yo soy enfermera, el título que me otorga la universidad es Enfermera, a nosotras en el área laboral nos llaman enfermera jefe, tengo a cargo un grupo de auxiliares de enfermería que son mis subalternas, tengo a cargo la delegación de funciones al camillero dentro de lo que tengo que hacer es netamente asistencial con el paciente, administración de medicamentos,

curaciones, montar nutriciones parenterales, es todo lo que tenga que ver con medicamentos lo hace la enfermera jefe, es una función obligatoria nuestra, darle al personal de enfermería funciones dentro del cuidado del paciente, todo lo que tenga que ver curaciones catéter epicutáneo, y situaciones que sean de directo cuidado con el paciente que tengan que ver con cosas de responsabilidad, canalizar venas, pasar sondas, todo lo hacemos las enfermeras jefes, eso no lo pueden hacer el personal auxiliar en la Unidad de Recién Nacidos (...)" "(...) yo soy parte de un grupo de tres enfermeras que hay en la Unidad de Recién Nacidos por turno, sean de planta o seamos de contrato somos enfermeras jefes, el resto del grupo es subalterno que es auxiliar de enfermería y ese es el título que otorga, en mi caso yo también fui auxiliar de enfermería cinco años, el SENA me otorga un cartón que dice que soy auxiliar de enfermería, es la diferencia pero el título de enfermera jefe es más protocolario en el hospital o que aparezca en alguna parte descrito. (...)"²²

De acuerdo con la declaración de la demandante, describe el lugar de trabajo que es la Unidad de Recién Nacidos de la UPS Simón Bolívar y el ejercicio de funciones como Enfermera Jefe, es decir, la Enfermera Profesional de Turno a cargo del grupo de auxiliares de enfermería, también del personal camillero y precisa que es quien suministra los medicamentos a los pacientes de la Unidad referida.

Debe decirse que de la declaración rendida por la testigo **Adriana Bautista Niele**, sobre el lugar de desarrollo de las funciones que ejercía la demandante y las actividades que adelantaba, se indicó lo siguiente: *"(...) yo conozco a Luz Stella Gutiérrez Monroy hace aproximadamente diez (10) años, en el Hospital Simón Bolívar somos compañeras de trabajo enfermeras jefe también y nos conocimos ahí en el Hospital (...) las actividades son recibo de turno, asignación de actividades a los auxiliares de enfermería, asignación de medicamentos, administración de los mismos medicamentos, revisión de las historias clínicas, realización de procedimientos como toma de laboratorios, accesos venosos periféricos y centrales como uso de catéteres, asistencia en la movilización de los recién nacidos en las mínimas manipulaciones, asistencia al médico en procedimientos como toma de punción lumbar, exámenes especiales, aparte de todo tenemos la asignación de funciones de desinfección, supervisión limpieza y desinfección de las incubadoras, revisión de inspecciones realizadas por servicios generales al terminar una unidad cuando los bebés se van, apoyo de la lactancia materna, educación sobre medicamentos a los padres, también educación sobre oxigenoterapia en dado caso, asistencia de las historias, organización de las historias clínicas, egreso de los pacientes con la debida historia clínica, administración y registro de todas las actividades de enfermería en el sistema... asistencia a reuniones virtuales, y a reuniones presenciales, como capacitaciones, actualizaciones, cursos que la subred nos coloca como requisito para la continuidad de los contratos y para comprobar que estamos unidas a las actividades de enfermería mensuales... también el acompañamiento de los pacientes en los procedimientos como por ejemplo desplazarlos de la unidad de recién nacidos para cirugía, desplazarnos de la unidad de recién nacidos hacia la toma de radiografías o toma de resonancias o toma de palpito, acompañamiento de esos pacientes(...)"²³.*

Por su parte la testigo **Diana Marcela Forero Hurtado**, sobre el lugar de trabajo y funciones de la demandante, precisó lo siguiente *"(...) Yo conozco a Luz Stella desde el 2015 fuimos compañeras en la UCI neonatal del Hospital Simón Bolívar en el turno de la noche (...)"* la testigo coincidió con la demandante *"(...) de enero de 2015 a enero de 2018 (...)"* y las actividades son *"(...) Mi colega es igual que yo es enfermera profesional, nosotras teníamos dependiendo del servicio donde nos encontráramos, ella tenía a cargo pacientes de cuidado crítico, cuidado intermedio o lo que llamábamos básicos se administraban medicamentos, había que realizar planes para el cuidado de los pacientes, se realizaba intervención en conjunto con auxiliares de enfermería y en conjuntos con terapia respiratoria para lo que necesitaran los recién nacidos, se manejaban vasoactivos...lo que se necesitara,*

²² Audiencia celebrada el 16 de marzo de 2023, minutos 1:01:40 a 1:25:37.

²³ Audiencia celebrada el 16 de marzo de 2023, minutos 9 a 20:52.

*se custodiaban los medicamentos de control, se realizaban las mezclas necesarias poque netamente los manejaba una persona profesional y los pacientes más críticos eran netamente de cuidado de la enfermera profesional (...)*²⁴.

Y sobre el horario en el que la accionante prestaba el servicio, la testigo **Adriana Bautista Niele**, indicó lo siguiente: “(...) *el horario que cumple es de 1 de la tarde a 7 de la noche, pero también hace por solicitud del departamento de enfermería de 7 de la mañana a una de la tarde los fines de semana y de 7 de la mañana a 7 de la noche (...)*” “(...) *actualmente la asignación la hace el departamento de enfermería a cargo de Mayerly Chiquiza, que es la coordinadora de enfermería y el jefe Andrés que también es coordinador de enfermería, ellos hacen la rotación de los turnos, la lista de los turnos y asignan esos horarios (...)*”²⁵.

De la mismo modo la testigo **Diana Marcela Forero Hurtado**, refirió lo siguiente: “(...) *si nosotras teníamos como tal un horario de rotación en el que mensualmente nos decían cual era nuestro horario y nosotros teníamos que encontrar, entonces sabíamos que teníamos que llegar a las 7 de la noche, el horario yo iba hasta las 7 de la mañana en algunas ocasiones si hacia falta personal lo que hacían era requerir el servicio de una de las enfermeras profesionales para que cubriera turnos adicionales (...)*” y precisó “(...) *por lo general desde el área del departamento de enfermería nos dejaban la asignación en el servicio y pues si teníamos alguna calamidad, no llegaba alguna de las compañeras dentro del servicio y dentro de la institución no había quien la cubriera las responsables seríamos nosotras porque en ese momento la unidad contaba con tres enfermeras una por cada área, tenía que suplirse la necesidad de la enfermera que fallaba (...)*”²⁶

De las declaraciones y demás pruebas recaudadas en este proceso se aprecia, que la naturaleza de las labores desarrolladas por la accionante son propias de una enfermera profesional o la denominada enfermera jefe, que no sólo coordina al personal auxiliar de la salud, sino que también asiste continuamente a los médicos asignados a la Unidad de Servicios en este caso pediatría, sigue las instrucciones de los profesionales, suministra directamente medicamentos a los pacientes, se encarga directamente del cuidado de los más críticos y controla lo pertinente al diligenciamiento y completitud de la historia clínica de los pacientes a su cargo.

Por lo cual, también coincidieron las testigos en los exigentes horarios y la imposibilidad de ausentarse del turno, comoquiera que la prestación personal por la calidad de la formación que se tiene no puede sustituirse, sólo en caso de calamidad doméstica la única alternativa era coordinar con las demás enfermeras jefes asignadas a la Unidad de Recién Nacidos, para cubrir las ausencias con el personal idóneo.

Así las cosas, es posible concluir, que la labor encomendada requería la presencia de la accionante en el sitio de labores que fuera determinado por su superior, estaba continuamente supervisada por el médico pediatría de turno y por los coordinadores de enfermería que determinaban las labores prioritarias cotidianas, además del seguimiento de protocolos establecidos para el cuidado de cada paciente, según la patología que presentara.

4.2. Remuneración

²⁴ Audiencia celebrada el 16 de marzo de 2023, minutos 37:11 a 48.

²⁵ Audiencia celebrada el 16 de marzo de 2023, minutos 9 a 20:52.

²⁶ Audiencia celebrada el 16 de marzo de 2023, minutos 37:11 a 48.

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 Norte E.S.E, dado que, en la totalidad de los contratos celebrados entre las partes, se aprecia un ítem denominado forma de pago de compensación, en el cual señalan que por regla general se pagaría el valor del contrato por mensualidades vencidas, a manera de ejemplo, se citan las siguientes cláusulas.

- Contrato 290 de 2015: “(...) **“CLAUSULA CUARTA. VALOR Y FORMA DE PAGO:** Para todos los efectos legales, el valor del contrato es la suma de (\$2.650.000.00), Dos millones seiscientos cincuenta Mil Pesos—m/te., de acuerdo a la programación que establezca la Entidad para garantizar la debida prestación del servicio, que pagará EL HOSPITAL previa presentación de los informes periódicos y constancia de pago al sistema de seguridad social y riesgos profesionales, de conformidad con la certificación de cumplimiento que para este efecto expida el supervisor.”²⁷
- Contrato 4284 de 2016 “(...) **“CLÁUSULA QUINTA VALOR DE LA ORDEN:** La presente orden tendrá un valor por concepto de honorarios de TRES MILLONES VEINTICUATRO MIL PESOS M/CTE. (\$3024000) pagaderos en mensualidades de DOS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL PESOS M/CTE (\$2835000).”²⁸
- Contrato 1863 de 2019 **“TERCERA.- VALOR:** El valor total del presente contrato para todos sus efectos se fija en la de OCHO MILLONES SEISCIENTOS TRECE MIL CINCUENTA Y CUATRO PESOS MICTE (\$8.613.054). **CUARTA.- MPUTACCIÓN PRESUPUESTAL:** El valor del presente contrato será cancelado por el CONTRATANTE con cargo al Certificado de Disponibilidad Presupuestal Número 152 del 24 de enero de 2019, Código del Rubro: - Contratación Servicios Asistenciales Generales • 23201030501, expedido por el área financiera —Presupuesto de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. **QUINTA.- FORMA DE PAGO:** El CONTRATANTE cancelará el valor tote' del contrato a suscribir, a título de honorarios, por mensualidades vencidas, fraccionamiento de tiempo, actividades o metas cumplida] estipuladas en la certificación de pago que para este efecto expida el supervisor del presente contrato, sobre la base de honorarios pactados mensuales de DOS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y UN MIL DIECIOCHO PESOS MICTE (32.871.018), susceptibles de descuentos, retenciones y reservas a que haya lugar o que indique la ley.”²⁹

De igual forma, del interrogatorio de parte practicado a la demandante se destaca que aceptó que se le han cancelado todos los honorarios pactados en cada uno de los contratos, por lo que no existe discusión sobre este aspecto, se trata de una actividad remunerada mensualmente y que se ha reiterado desde agosto de 2014, sin que a la fecha se acredite solución de continuidad.

4.3. Subordinación

Se colige que la demandante **Luz Stella Gutiérrez Monroy**, durante su vinculación como enfermera jefe en el área de recién nacidos en la UPS Simón Bolívar estuvo supeditada a las directrices impartidas por sus jefes y coordinadores, que para el caso lo eran los médicos pediatras de turno, así como los coordinadores de enfermería que priorizaban las actividades adelantar durante el turno.

Al respecto la demandante, señaló en su declaración “(...) si yo llego al turno y lo primero que hago es distribuir el personal de acuerdo a la cantidad de pacientes que hay en el área después de que

²⁷ Archivo Digital No. 21.6 página 7.

²⁸ Archivo Digital No. 21.7 página 2.

²⁹ Archivo Digital No. 1 página 27.

distribuyo las actividades a las niñas, les asigno actividades como realizar el inventario, marcar incubadoras, como revisar la nevera de los teteros, como revisar los hidrómetros que son para medir las temperaturas ese tipo de cosas son las que nosotros delegamos al personal auxiliar, si hay algún niño que llevara un examen fuera de la Unidad de Recién Nacidos entonces yo le asigno a la auxiliar que esta con el niño, vaya lleve el niño a la TAC o al examen que hay que llevarlo en el consultorio y ellas deben realizar las actividades delegadas(...)" y puntualmente sobre la subordinación precisó "yo debo asistir a un horario definido independientemente de que tenga una prestación de servicios, mi prestación de servicios se limita a un horario definido en un principio yo trabajé en el horario de la tarde, luego me asignaron el horario de la noche, entonces si yo soy de la tarde mi horario era de 1 de la tarde a más tardar 19 horas treinta que es el horario de salida, no me puedo salir de ahí, yo no puedo llegar a trabajar a la hora que yo quiera, ni puedo trabajar en el sitio que yo quiera independientemente de que no tengo la especialización en neonatos pero mi sitio de asignación laboral es la unidad de recién nacidos, entonces a mi me encanta Urgencias y yo podría decir que me voy para urgencias pero no porque a mi mi contrato me dice, el momento en que a mi me contrataron me dijeron usted va a trabajar en la Unidad de Recién Nacidos tengo que cumplir un horario igual que lo cumplen las personas de planta, tengo que cumplir con unas actividades igual que lo cumplen las personas de planta con la diferencia de que yo no tengo ni vacaciones ni compensatorios, ni derecho a pedir que me cambien de jornada, en fin, mi asignación esa es la subordinación que tengo, todas las actividades que realizamos las enfermeras de las Unidad de Recién Nacidos independientemente de planta o de contrato son actividades que tenemos que realizar, llevar los inventarios, verificar que las incubadoras estén perfectamente lavadas, por el personal, llevar unas listas de chequeo que tenemos que hacer a diario esa es la tarea de subordinación que tenemos y lo hacemos tanto las de planta como las de contrato (...)" y respecto de las órdenes "(...) de los coordinadores en la parte de enfermería del Hospital en este momento antes teníamos departamento de enfermería cuando éramos hospital simón bolívar... desde el 2016 se volvió subred, entonces llamaron a unos gestores, esos gestores hacen las veces como de los jefes del departamento y ellos son los que nos dan los lineamientos a seguir en las áreas (...)"³⁰.

Por su parte la testigo **Adriana Bautista Niele**, precisó lo siguiente: "(...)si señora que los supervisores de turno, los coordinadores nos asignan las actividades y también asignan los procedimientos de los procesos, tanto como actualizaciones como órdenes directas (...)" "(...) ordenes directas como realización de los procedimientos, realización del conteo de carro de paro, realización de supervisión y auditoria de historias clínicas, son órdenes directas (...)"³¹

Del mismo modo la testigo **Diana Marcela Forero Hurtado** "(...) nosotras teníamos como tal protocolos los cuales debemos seguir de acuerdo al cuidado de cada paciente, teníamos manuales protocolos de acuerdo a los pacientes que se tenían y su complejidad (...)" "(...) pues recibíamos la ordene inicialmente del pediatra que estaba a cargo de la Unidad de Recién Nacidos, pero adicional a eso, lo que tenía el carro de paro y demás, nuestra coordinadora no lo asignaba, que era otra de las actividades que se realizaban o nos decía si no se realizaba la actividad y demás era motivo de llamado de atención, si en algún momento no con Stella de pronto ella si cumplía con su horario, pero había compañeras que llegaban tarde, aunque no teníamos un tarjetero o demás, si uno llegaba tarde no se si por las cámaras o demás ellas tenían como saber que llegábamos tarde pues nos daban el llamamiento de enfermería (...)"³²

En lo que toca a la exigencia de horario quedó claro, como se indicó en precedencia que se maneja el sistema de turnos que incluye servicios dominicales y festivos y que es asignado por la coordinación de enfermería.

En este caso, las funciones ejercidas por la accionantes son continuas y corresponden a las mismas en todos los contratos estudiados pues así lo refiere la entidad demandada

³⁰ Audiencia celebrada el 16 de marzo de 2023, minutos 1:01:40 a 1:25:37.

³¹ Audiencia celebrada el 16 de marzo de 2023, minutos 9 a 20:52.

³² Audiencia celebrada el 16 de marzo de 2023, minutos 37:11 a 48.

en la certificación expedida el 20 de febrero de 2023³³ y para mayor ilustración se transcriben a continuación:

1. *“Dar cumplimiento a los estándares de producción del servicio asignado según los tiempos establecidos por la Institución.*
2. *Recibo y entrega de turno diligenciando los formatos respectivos institucionales, realizando las anotaciones respectivas en los registros de enfermería, Distribución del personal en el servicio y asignación de actividades, elaboración, ejecución y cumplimiento del plan de cuidado de los pacientes a cargo.*
2. *Revisión y envío a farmacia de las ordenes de medicamentos Administración, registro y devolución de medicamentos.*
3. *Solicitud oportuna de las necesidades del servicio al área administrativa respectiva.*
4. *Cumplir con los procesos, procedimientos, guías, instructivos formatos protocolos que se requieran para el cumplimiento de las actividades, Presentar informes, solicitudes y peticiones y demás actividades administrativas que se generen. 6. Asistir a capacitaciones y actividades según la programación institucional.*
7. *Cumplimiento de lo establecido por la institución de acuerdo a los cronogramas establecidos para el desarrollo de las actividades pertinentes con el objeto del contrato.*
8. *Brindar información al usuario y su familia sobre su estado de salud, aclarando riesgos, complicaciones y beneficios de su tratamiento.*
9. *Adherirse a las Políticas, guías de manejo, instructivos, manuales, procesos y procedimientos Institucionales.*
10. *Cumplir adherencia al Manual de Bioseguridad.*
11. *Realizar la notificación obligatoria de sucesos de seguridad, infecciones intrahospitalarias y demás eventos de interés en salud pública.*
12. *Realizar el proceso de traslado y/o, la referencia y contra referencia cuando se requiera, dentro de la prestación integral de la Subred y de acuerdo con las normas que la regulan.*
13. *Cumplir con las capacitaciones virtuales o presenciales que la Subred Norte ESE convoque y presentar la certificación correspondiente.*
14. *Presentar las evaluaciones de adherencia y conocimientos programadas por la Subred Norte para medir la adherencia a los procesos, procedimientos, guías, instructivos, entrenamiento en puesto de trabajo, manuales, inducción y reinducciones y todas y cada una de las solicitadas por la Subred Norte ESE.*
15. *Todas las demás actividades que le sean asignadas por el supervisor del contrato y sean afines al desarrollo del objeto del contrato.”*

Como se desprende de las funciones traídas a colación, corresponden a las mismas referidas por los testigos y la accionante en su declaración, se trata de funciones continuas y necesarias para un área de salud como lo es la de recién nacidos, tanto así que la atención se dispensa las veinticuatro horas del día y los siete días de la semana, por lo que el Hospital Simón Bolívar requiere personal a disposición.

En este punto conviene anotar que el hecho de desempeñar un cargo de Jefe por parte de la demandante, no desvirtúa la existencia de relación de subordinación en la medida que la institución suministra protocolos de atención que al margen de los conocimientos médicos deben seguirse, además, se encuentra presta a asistir a los médicos pediatras, bajo sus órdenes y también al personal de oxígeno terapia que sea requerido, es responsable de la asepsia de la Unidad asignada de los inventarios, de la administración de medicamentos que requiera cada paciente cada día y durante el año.

Significa lo anterior que la actividad de la Enfermera Jefe, no cesa, es requerida todo el tiempo, necesaria para coordinar el personal de auxiliares de enfermería y camilla

³³ Archivo digital No. 21.1.

asignado a la Unidad en la que se trabaja, debe contar con la disposición necesaria para atender a la totalidad de los pacientes y poner en práctica sus conocimientos además por el tipo de pacientes que son neonatos, con los cuales debe atender todos los cuidados prescritos por los médicos tratantes.

La autonomía profesional en el trabajo no equivale al ejercicio de funciones con autonomía que se exige en materia de contratos de prestación de servicios, pues en este último evento debe tratarse de labores muy específicas y especializadas, la persona podría elegir sus pacientes o imponer su agenda, lo que no ocurre en el presente caso, pese a tratarse de personal profesional no deja de ser asistencial en algunos momentos cuando se trata de asistir al personal médico.

Las funciones están asociadas con el cuidado contante de los pacientes, pero a su vez son indeterminadas en la medida que cada paciente presenta una necesidad terapéutica fijada por el médico tratante, se trata de funciones inherentes a los servicios que presta el hospital y por lo mismo adquiere relevancia la necesidad de personal de planta para su prestación.

Para el Despacho, la dirección de personal no desvirtúa la subordinación, porque las directrices se otorgan con base a otras instrucciones recibidas y de acuerdo con las necesidades que presente en ese momento el centro de salud.

Entonces, si bien el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, permite que se contrate personal por prestación de servicios para realizar actividades para el funcionamiento de la entidad, cuando el personal de planta no pueda ser destinado para este efecto, como se indicó en precedencia, esa norma cuenta con dos condiciones de constitucionalidad señaladas en las sentencias C-154 de 1997 de manera directa 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 adecuada³⁴.

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.

³⁴ 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.

Así, según los objetos contractuales por los cuales fue vinculada la demandante como enfermera jefe, 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 específicamente en el componente de salud pública.

En ese sentido, no existe justificación para que la demandada, hiciera uso indebido de la figura contractual de prestación de servicios de la Ley 80 de 1993, cuando las actividades requeridas y por las que finalmente se vinculó a la demandante, son habituales y permanentes en la entidad ya que se derivan de la política pública de salud pública que como institución prestadora del servicio de salud debía prestar la Subred Norte.

De igual manera, se encuentra de los varios contratos de prestación de servicios suscritos por parte de **Luz Stella Gutiérrez Monroy** que no se trataba de funciones meramente temporales, puesto que prestó sus servicios desde el **1º de agosto de 2014 a la fecha**, acreditando la existencia de los criterios de **continuidad y permanencia**.

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

De igual forma, se evidencia que a la demandante le programaban reuniones periódicas y capacitaciones según lo precisaron las testigos convocadas.

Así las cosas, el análisis en conjunto del acervo probatorio, permite concluir, que se ha desvirtuado la autonomía e independencia de la prestación del servicio y con ello el vínculo contractual y en su lugar, es claro, que existió una verdadera relación laboral entre la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., y 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 1993.³⁵

Ello, por cuanto es indudable, que la demandante prestó el servicio de manera personal, permanente, remunerada y subordinada, lo que se demuestra con el cumplimiento del

³⁵ 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".

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 2012³⁶ y configurados todos los elementos de la relación laboral propia del empleo público así la administración quiera darle connotación jurídica distinta, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda y se ordenará a la entidad el pago al demandante de la totalidad de prestaciones sociales y demás emolumentos solicitados en la demanda dejados de percibir, reconocidas al personal que desempeñaba igual o similar labor, tomando como base el valor de los honorarios pactados en los contratos, por el periodo comprendido el **1º de agosto de 2014 y el 31 de enero de 2020, de acuerdo con lo solicitado en la demanda, pues el último contrato que se invocó fue el 1863 de 2019, mismo cuya prestación concluyó el 31 de enero de 2020, conforme con la certificación plurimencionada.**

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) falta de causa e inexistencia de la obligación; ii) prescripción trienal iii) legalidad del acto administrativo acusado e iv) inexistencia de la calidad de empleado público.

5. 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. 20191100125241 del 23 de abril de 2019**³⁷ expedido por la Gerente de la **Subred Integrada De Servicios De Salud Norte 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

³⁶ 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.

³⁷ Archivo digital No. 1 páginas 11 a 14.

prestaciones que devengaban los demás servidores público de planta 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 **Luz Stella Gutiérrez Monroy**, 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 las enfermeras jefe o enfermeras profesionales y utilizando como base para su liquidación, los honorarios pactados.

5.1. 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.³⁸

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.^{39 40}

³⁸ Consejo de Estado, sentencia del 6 de marzo de 2008. Rad. No. 2152-06. C.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

En el presente asunto, no hay lugar al estudio del fenómeno de la prescripción, atendiendo a que, la demandante prestó sus servicios en la entidad entre el **1º de agosto de 2014 y a la actualidad**, sin que se reporte interrupción.

Se reitera que la declaración va hasta la finalización del contrato 1863 de 2019 que ocurrió el **31 de enero de 2020**, atendiendo lo solicitado en la demanda y a la entidad demandada durante el procedimiento administrativo.

Al respecto, en reciente pronunciamiento y como complemento de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021, radicado No.: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), determinó las siguientes reglas:

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

168. La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del plenario.

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

En virtud de lo anterior, atendiendo a que no operó la prescripción en el caso concreto, el restablecimiento del derecho operará por el periodo comprendido entre el **1º de agosto de 2014 y el 31 de enero de 2020**.

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).

5.2. Incompatibilidad del restablecimiento del derecho con la pensión de jubilación

El Despacho advierte que, en el interrogatorio de parte practicado por el apoderado de la entidad demandada, la aquí demandante señaló que ya se encuentra pensionada.

Sobre el particular el Despacho considera que, pese a que la demandante se encuentra disfrutando de su pensión de jubilación, no existe incompatibilidad con la declaración que habrá de realizarse en este proceso, por las siguientes razones:

El artículo 128 de la Constitución Política de 1991, establece lo siguiente:

“(…) ARTICULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas. (...)”

Por su parte el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, estableció al respecto lo siguiente:

“(...) Artículo 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

Exceptúense las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;*
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;*
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;*
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;*
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;***
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;*
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.*

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades. (...)”

Respecto del concepto “asignación” la Corte Constitucional en la sentencia C-133 de 1993 señaló: (...) *el artículo 128 C.P. se consagra una incompatibilidad, no lo es menos que ésta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores estatales; basta ver que en ella se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, tanto como recibir más de una asignación que provenga del erario público. El término “asignación” comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc. (...)”*

Ahora bien, la Corte Constitucional en la sentencia C-206 de 2003, al analizar la constitucionalidad de la Ley 269 de 1996, norma que regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política, consideró que conforme dicha norma el personal asistencial que preste directamente servicios de salud podrá desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público atendiendo las especiales circunstancias que requiere la atención en salud.

De esta manera, si bien en la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, se estableció que en los contratos realidad procedía el restablecimiento del derecho así: *“(...) una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad. (...)”*, y, en esa medida, en principio, resultaría incompatible con la pensión de jubilación recibir a título de restablecimiento del derecho las prestaciones dejadas de percibir⁴¹, no obstante, atendiendo a que la demandante se desempeñó como una enfermera jefe se encuentra en una de las excepciones de establecidas en el artículo 19 de la Ley 4ª de

⁴¹Respecto de la incompatibilidad entre la pensión y el restablecimiento del derecho en contratos realidad consultar la sentencia de 11 de noviembre de 2021, proferida por el Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A, dentro del expediente: **68001-23-33-000-2014-00624-01**

1992, por lo que procede el reconocimiento de las prestaciones ordinarias correspondientes en el periodo antes anotado.

5.3 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.

5.4. Trabajo suplementario (horas extras, dominicales y festivos)

Frente al reconocimiento y pago de los valores asociados a la realización de trabajo suplementario, debe indicarse que la determinación de la jornada laboral en el sector público se encuentra que el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, por medio del cual se definió la jornada de 44 horas semanales.

Sobre este punto en particular, el Despacho advierte que si bien la demandante prestó sus para la UPS-SIMON BOLÍVAR, al plenario no se allegó medio de prueba documental suficiente que permita verificar de forma individual los turnos que le fueron asignados en ejecución de cada uno de los contratos de prestación de servicios, pues si bien en las declaraciones se indicó que existían turnos de 12 horas y de 8 horas rotativos, pese a que se solicitó prueba sobre los mismos la entidad demandada allegó lo siguiente:

“...por la presente me permito informarle que revisada la Tabla de Retención Documental del antes hospital Engativá y revisado el 100% de la información con la que cuenta la Subred Norte y no se tiene identificada información con el tipo documental “Lista de Turnos, Cuadros de Turnos o similares para el personal bajo modalidad de contratación por Orden de prestación de servicios...”⁴²

Si bien se hace referencia de manera equivocada al Hospital de Engativá lo cierto es que no se remitió la información solicitada para determinar si le asiste derecho o no a la accionante al pago de estos conceptos.

⁴² Archivo digital No. 21.4.

Vale la pena anotar que con la demanda se aportaron unas planillas que corresponden a septiembre de 2016, Septiembre de 2017 y enero 2018, que se trata de copias informales en las que no puede establecerse el significado de cada letra que se utiliza en cada uno de los cuadros que presenta la planilla.

Además, como se indicó en precedencia para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales deben tomarse los honorarios, que se equiparan al salario y visto cada contrato de servicios, la accionante pactó los honorarios teniendo en cuenta los turnos en lo que debía prestar el servicio.

En lo que toca al trabajo suplementario, no fue establecido en este proceso que la accionante trabajara más allá de las cuarenta y cuatro horas (44) legales semanales (Art. 33 del Dto. 1042 de 1978), además se insiste que los contratos de prestación de servicios se pactaron a fechas determinadas y los honorarios fueron sufragadas, por lo que no hay lugar a establecer valores adicionales por ese concepto, como se ha indicado.

En consecuencia, no se accederá al reconocimiento de horas extras, recargos nocturnos, festivos y dominicales pretendidos, por cuanto la parte actora, en virtud del principio *onus probandi*, teniendo la carga de hacerlo, no aportó medio de prueba suficiente para realizar el estudio correspondiente y determinar si a la demandante le asiste derecho a lo pretendido por concepto de trabajo suplementario.

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.

6. 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 8º del Código General del Proceso.

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

FALLA

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

Segundo: **Declarar** la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio No. 20191100125241 del 23 de abril de 2019** expedido por la Gerente de la **Subred Integrada De Servicios De Salud Norte E.S.E.** por medio del cual se negó la solicitud de reconocimiento y pago de acreencias laborales elevada por la demandante **Luz Stella Gutiérrez Monroy**.

Tercero: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **condenar** a la **Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.**, a reconocer y pagar a favor de la demandante **Luz Stella Gutiérrez Monroy**, identificada con cédula de ciudadanía número 35.499.235 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, como enfermera jefe (enfermera profesional), por el periodo comprendido entre el **1º de agosto de 2014 y el 31 de enero de 2020**, 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 **Luz Stella Gutiérrez Monroy**, identificada con cédula de ciudadanía número 35.499.235 expedida en Bogotá D.C bajo los contratos de prestación de servicios suscritos entre el **1º de agosto de 2014 y el 31 de enero de 2020**, 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:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de prestaciones sociales y demás emolumentos en los periodos 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 Norte E.S.E., deberá dar cumplimiento a la presente decisión, dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011.
- Octavo:** Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.
- Noveno:** Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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: **e8b2f770cd15acabf4d6844243ffefe972a53985cc219837109e9c21553a5888**

Documento generado en 14/04/2023 09:28:15 AM

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