

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA¹

Bogotá D.C., seis (06) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

EXPEDIENTE No: 11001-33-42-046-2018-00439-00²
DEMANDANTE: PAOLA JAQUE CONTRERAS
DEMANDADO: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD
SUR OCCIDENTE E.S.E.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

La señora Paola Jaque Contreras, identificada con C.C. No. 53.030.865, a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del CPACA; contra la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. con el fin de que se resuelvan las declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

¹ Correos electrónicos: jadmin46bta@notificacionesrj.gov.co y jadmin46bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Para la recepción de memoriales solo está disponible el siguiente correo electrónico: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

² https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/jadmin46bt_cendoj_ramajudicial_gov_co/EktBkX1bhXIKoRpsfj4sHLQBL1rbdgvDxyjJvVqKQglBFw

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se extraen las siguientes:

1. Que se declare la nulidad del Oficio No. 294-2018-0028035 de 21 de junio de 2018, proferido por la Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., por medio de la cual se negó el pago de prestaciones sociales y salariales dejadas de pagar al demandante respecto del servicio prestado desde el año 2009 al 2018.
2. A título de restablecimiento del derecho solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el año 2009 al 2018, y como consecuencia de ello, se reconozca y pague todas las prestaciones laborales y sociales dejadas de percibir tales como: cesantías e intereses, primas de navidad, junio, servicios, vacaciones; aportes a salud, pensiones, caja de compensación familiar, etc.
3. Que se condene a la entidad demandada a pagar o devolver las sumas erogadas por concepto de retención en la fuente, aportes a seguridad social en salud, pensiones y caja de compensación familiar.
4. Que se condene a la entidad demandada al pago de intereses moratorios y al cumplimiento de la sentencia dentro de los términos de establecidos en el inciso 3º del artículo 192 del CPACA.
6. Que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la sanción moratoria que se consagra en la Ley 244 de 1995.
7. Que se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ello implica, el pago de las sumas indexadas e intereses moratorios.
7. Que se condene a la entidad demandada a costas y agencias en derecho.

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se sintetizan:

1. La demandante, Paola Jaque Contreras, prestó sus servicios de manera constante e ininterrumpida al Hospital de Fontibón E.S.E. (hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.) desde el 18 de mayo de 2009 hasta el 31 de junio de 2017, desempeñándose como Auxiliar de Enfermería.

2. La demandante fue vinculada a la entidad demandada a través de contratos de prestación de servicios sucesivos, habituales y sin interrupción, sin que se le hubiera pagado salarios y prestaciones.

3. La señora Paola Jaque Contreras percibía unos honorarios mensuales equivalentes a \$1'182.000 (última asignación), siendo consignado en una cuenta bancaria una vez se cumplía un mes de trabajo, previo pago de aportes a seguridad social.

4. La demandante debía prestar el servicio teniendo en cuenta las instrucciones u órdenes emanadas de los jefes inmediatos y/o superiores, dentro del horario determinado por el hospital, en las instalaciones y con elementos de la entidad.

5. El día 13 de junio de 2018, la accionante solicitó el reconocimiento del contrato realidad, y, en consecuencia, el reconocimiento y pago de las acreencias laborales adeudadas.

6. Mediante radicado No. 294-2018-0028035 de 21 de junio de 2018, la entidad demandada negó la existencia de una relación laboral; por ende, negó el reconocimiento de salarios y prestaciones.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 2, 4, 11, 13, 25, 29, 42, 46, 48, 53, 58 y 128 de la Constitución Política de Colombia.

De orden legal y reglamentario: Código Civil, artículo 10; Código Sustantivo del Trabajo, artículos 19, 36 y concordantes; Decreto 1042 de 1978, Decreto 170 de 2003, Decreto 4171 de 2009 y Ley 80 de 1993.

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte actora considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse. En efecto, indica que la entidad demandada pretendió desconocer una relación laboral a través de la celebración de múltiples contratos de prestación de servicios.

Durante la ejecución de los contratos de prestación de servicios se cumplieron todos los requisitos de una relación laboral, esto es, el pago de un salario, la prestación personal del servicio y la subordinación, siendo este el elemento característico de

aquellas. Característica que se materializa a partir de la imposición de órdenes, horarios y turnos de trabajo, instrumentación, uniformes y entre otros.

Afirma que la celebración de contratos de prestación de servicios que pretende esconder una relación laboral desconoce el principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Finalmente, la parte actora señala que la entidad demandada realizó acciones indebidas para no contratar a la demandante bajo una relación laboral, y, en su defecto, no incurrir en el pago de prestaciones sociales y salariales, por ello, debe compulsarse copias al Ministerio de Trabajo a fin de que imponga las sanciones establecidas en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda³

La Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., en el memorial de contestación de la demanda, se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Como sustento de su defensa, la entidad demandada argumenta que el vínculo contractual existente con la demandante no es de carácter laboral, por cuanto entre las partes solo existió una relación contractual regida por las normas de derecho privado. Además, sostiene que nunca se configuraron los elementos esenciales del contrato de trabajo, toda vez que la señora Jaque Contreras se presentó y se dio a conocer como contratista, actuando con plena autonomía e independencia. En efecto, nunca existió subordinación, simplemente la accionante, en su condición de contratista, debía acatar el marco normativo y los lineamientos institucionales para ejecutar idóneamente el contrato celebrado.

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, no es posible reconocer derechos convencionales cuando se pretende la declaratoria de la existencia de una relación laboral, dada la forma de vinculación del contratista, esto es, a través de contratos de prestación de servicio. Además, la citada corporación ha establecido que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica per se la obtención de la condición de servidor público, pues para que se otorgue tal categoría debe acreditarse el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos señalados en la constitución y la ley para tal efecto.

Es posible que, en el desarrollo de sus actividades, las Empresas Sociales del Estado tengan la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios, dado

el cúmulo de funciones a desarrollar y la insuficiencia de la planta de personal para cumplir con las mismas. Además, el numeral 6º del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, permite la celebración de contratos de derecho privado para atender necesidades administrativas y de funcionamiento de las Empresas Sociales del Estado, entre las cuales se agrupan funciones públicas tanto de carácter permanente como excepcionales. Sobre el particular, la parte demandada resalta que las labores de la demandante no son de carácter permanente.

El contrato celebrado con la demandante es de prestación de servicios, por tanto, se sujetó a las formalidades establecidas en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, entre ellas, la suscripción escrita del mismo. Con fundamento en ello, no puede entenderse que el vínculo contractual entre las partes genera una relación laboral, más aún, cuando la actora, en su calidad de contratista, aceptó el objeto contractual, plazo de ejecución, obligaciones y demás condiciones pactadas en dicho contrato.

1.2.2 Audiencia Inicial⁴

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del CPACA. Además, decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate.

1.2.3. Audiencia de pruebas⁵

En la audiencia de pruebas, el despacho corrió traslado a las partes de las pruebas decretadas, practicadas y oportunamente allegadas al expediente. Asimismo, se tomaron las declaraciones de los testigos y el interrogatorio de parte de María Alejandra Nieves Ariza. Finalmente, se decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA. En consecuencia, dispuso la presentación de alegatos por escrito.

1.2.4 Alegatos

Se presentaron en forma escrita, así:

Parte demandante⁶: Reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Precisoó que, de conformidad con las pruebas decretadas y practicadas dentro del proceso, se evidenció que, pese a la denominación dada por las partes a los múltiples

contratos celebrados entre aquellas, en realidad existía una relación laboral. Destaca que la prestación del servicio se realizó en forma personal y continua por el demandante, con un pago de mensual de una suma de dinero y bajo la subordinación de tipo laboral. De acuerdo con ello, la parte actora solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada⁷: Ratificó los fundamentos de defensa contenidos en la contestación de la demanda. En particular, destaca que la prueba testimonial evidencia la autonomía e independencia que tenía la demandante para desarrollar los objetivos contractuales, toda vez que las enfermeras de la entidad demandada, a pesar de recibir órdenes de los médicos, son autónomas respecto de sus labores o su experticia. De modo que, lo que se evidencia es la articulación y coordinación que existió en la relación contractual celebrada entre la señora Paola Jaque Contreras y el Hospital de Fontibón E.S.E. Así, no existen órdenes directas o directrices para el desarrollo de actividades que permitan inferir la subordinación. En consecuencia, solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda.

El Agente del Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto pretende establecer: Si entre la señora Paola Jaque Contreras y el Hospital de Fontibón E.S.E., (Hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.), existió una relación laboral, a pesar de que su vinculación se efectuó a través de contratos de prestación de servicios y, en razón a ello, la demandante tiene derecho al pago de las prestaciones sociales reclamadas.

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

1. Que la señora Paola Jaque Contreras se vinculó con el Hospital de Fontibón E.S.E. (Hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.), mediante contratos de prestación de servicios, durante el periodo comprendido entre el 01 de febrero de 2014 al 31 de octubre de 2016.

2. Que el día 19 de noviembre de 2018, la accionante solicitó ante la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y demás acreencias laborales que se deban en su favor como consecuencia de la relación laboral que existió entre las partes³.
3. Que mediante Oficio No. OJU-E-4815 de 17 de septiembre de 2019⁴, la jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., niega la petición de la demandante, informándole que el tipo de vinculación de aquella con la Subred Sur Occidente (contrato de prestación de servicios) no genera el pago de salarios ni prestaciones sociales.

2.3 Marco Normativo.

Atendiendo lo anterior, el despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

2.3.1 La naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios.

Se ha indicado que la utilización del contrato de prestación de servicios previsto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales, y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir al precepto constitucional del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios personales son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (i) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (ii) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y (iii) requieran de conocimientos especializados; lo anterior, con el fin de garantizar el respeto del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que fundamentan la administración pública.

³ Página 71 del documento 1 del expediente digital.

⁴ Páginas 61-70 del documento 1 del expediente digital.

En tal sentido, aunque la legislación colombiana ha previsto la posibilidad de acudir a la contratación de prestación de servicios en los casos y para los fines previstos en la referida norma, también ha establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica, como son, entre otras, el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973⁵, la Ley 790 de 2002⁶ y la Ley 734 de 2002⁷, que prohíben la celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, y sancionan al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal, respectivamente.

Por otra parte, la Ley 909 de 2004, creó los empleos temporales dentro de la función pública como herramienta organizacional que pueden utilizar las entidades del Estado para atender necesidades funcionales excepcionales que no pueden ser solventadas con su personal de planta.

El artículo 21 de la mencionada ley dispuso:

Artículo 21. Empleos de carácter temporal.

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

- a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;
- b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;
- c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;
- d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

⁵ “(...), **en ningún caso** podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, **en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto**.

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad” (resaltado fuera de texto).

⁶ “ARTÍCULO 17. PLANTAS DE PERSONAL. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.

En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.

PARÁGRAFO. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública” (se subraya).

⁷ El artículo 48 establece como falta gravísima: “29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”.

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.”

Se trata de empleos transitorios, creados para atender las necesidades enlistadas en el numeral 1, que requieren para su creación la justificación técnica, apropiación y disponibilidad presupuestal correspondiente.

Ahora bien, el contrato de prestación de servicios es una figura propia del derecho civil⁸, adaptada por el legislador colombiano como una forma de contratación estatal, consistente en el acuerdo de voluntades entre un particular (persona natural) y la administración con la finalidad de ejecutar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, siempre y cuando el personal de la misma no pueda ejecutar dicha función, o en su defecto, las labores a ejecutar requieran conocimientos técnicos o especializados.

La Ley 80 de 1993 en su artículo 32, define el contrato de prestación de servicios, en los siguientes términos:

“(…)

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y **se celebrarán por el término estrictamente indispensable.**
“(…)” (Negrita del Despacho).

De la citada norma, se infiere que en ningún evento los contratos de prestación de servicios pueden llegar a concebir relaciones laborales, atendiendo que las formas de vinculación laboral al servicio público están expresamente definidas en el artículo 125 de la Constitución Nacional y en las leyes que lo reglamenten. Sin embargo, la realidad ha demostrado que la administración se ha valido del mencionado contrato, no sólo para evitar la carga salarial y prestacional que deviene de aquellas sino también con ánimo burocrático.

La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, al pronunciarse respecto a la constitucionalidad del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; estableció como elemento esencial del contrato de prestación de servicios la autonomía e independencia, y

⁸ Artículo 1945 Código de Procedimiento Civil “<DEFINICION DE CONTRATO O CONVENCION>. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.”.

puntualizó las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo. En efecto, en dicho proveído el máximo tribunal constitucional puntualizó que el elemento diferenciador entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, es la subordinación o dependencia que tiene el empleador respecto del trabajador, elemento que no hace parte del contrato de prestación de servicios.

De conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional, se colige que en todo caso el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado, siempre y cuando se evidencie la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual emanará en favor del contratista el derecho al pago de prestaciones sociales y demás provenientes de la relación laboral, atendiendo al principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, contenido en el artículo 53 de la Constitución Política.

Sin embargo, las diferencias entre las mencionadas tipologías contractuales no se agotan con lo previamente enunciado. En efecto, el H. Consejo de Estado, en sentencia de Sala Plena del 18 de noviembre de 2003⁹, señaló que la suscripción de contratos de prestación de servicios para ejecutar función pública debe ejercerse cuando: i) la función no pueda ser desarrollada por el personal de planta o ii) se trata de una actividad que requiera un conocimiento especializado. De ello se infiere que la prestación del servicio deba ejercerse en las instalaciones de la entidad contratante, pues en todo caso se trata de la ejecución de una función de la entidad. Además, en muchas ocasiones, es menester que las actividades desarrolladas por el contratista deban realizarse dentro de los horarios de atención al público. De manera que “En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales”.

Finalmente, el máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso precisó que al contratista que, por virtud de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se le reconozca el pago de prestaciones y salarios, no puede otorgársele la calidad de funcionario, pues aquel no ha cumplido a cabalidad con todos los requisitos constitucionales y legales para tal efecto. Es decir, el contratista no ha sido nombrado ni ha tomado posesión de cargo, elementos estos distintivos de la relación laboral legal y reglamentaria.

De la lectura del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se colige que el contrato de servicios personales no se debe aplicar cuando el personal de planta sea insuficiente para cumplir con la función administrativa, sino que por el contrario, la aplicación de dicha figura es viable cuando las funciones a cumplir no estén

⁹ CE, SCA, Sentencia de 18 de noviembre de 2003, Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0039-01(IJ).

asignadas al personal de la entidad, es decir, cuando se trate de desarrollar o ejecutar competencias que no son del giro ordinario de aquella, así lo ha precisado la Jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁰.

De lo anterior, se concluye que los contratos de prestación de servicios son una forma de apoyo a la gestión estatal, para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, siempre que no estén relacionadas con el giro ordinario de sus actividades y cuando no pueden ser desempeñadas por personal adscrito a la planta global de ésta.

El artículo 2 del Decreto 2400 de 1968¹¹, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, dispone:

“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”.

La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009. Allí se indicó que la permanencia en la prestación del servicio es un elemento diferenciador que determina la existencia de una relación laboral. Sobre la norma en cuestión señaló que no es posible celebrar contratos de prestación de servicios cuando las funciones a desarrollar sean de carácter permanente en la administración pública, pues para ello deben crearse los empleos requeridos. De manera que

“... esa prohibición legal constituye una medida de protección a la relación laboral, pues no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal. En efecto, la norma impugnada conserva como regla general de acceso a la función pública el empleo, pues simplemente reitera que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional y se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores

¹⁰ TAC, S2, SS “C”, sentencia de 18 de noviembre de 2010, Rad. No. 2007-00307-01, Actor: Francisco Javier Valenzuela.

¹¹ “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”.

encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.”

2.3.2. Principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas en los contratos de prestación de servicios

La Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, en su jurisprudencia, se han visto abocados a acudir a los principios constitucionales en la solución de controversias que tienen que ver con relaciones laborales disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios u otra modalidad contractual, las cuales, como antes se indicó, se materializan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

Así, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, resulta aplicable en aquellos eventos en los que a través de la figura del contrato de prestación de servicios se pretende evitar las obligaciones prestacionales y salariales derivadas de una relación laboral. De 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.

En consecuencia, pese a que la forma o denominación del contrato sea la prestación de servicios, en todo caso se podrá demostrar la existencia de una **relación laboral** entre las partes, cuando la misma haya estado oculta bajo la figura del contrato de prestación de servicios, siempre y cuando se acredite la concurrencia de los elementos esenciales de la misma, esto es, una actividad en la entidad empleadora que haya sido **personal**, que por dicha labor se haya recibido una **remuneración** o pago y, finalmente, se debe probar que en la relación existió **subordinación** o **dependencia**.

Las anteriores precisiones tienen plena vigencia cuando el actor pretende el reconocimiento de una **relación laboral** que lo vinculaba a la administración (trabajadores oficiales). No obstante, los anteriores criterios, propiamente el referente a la existencia de una subordinación, deben ser valorados en contexto cuando la demandante busca la declaratoria de la existencia de una **relación legal y reglamentaria** (empleado público), donde el criterio de subordinación tiene un alcance y connotación distinto al aplicable a los contratos de trabajo. Al respecto, es conveniente precisar lo siguiente:

- El empleado público no está sometido, en principio, a subordinación frente a un superior, la cual es propia de la relación laboral privada. Aquí la subordinación debe ser entendida como la obligación del servidor de obedecer y cumplir la constitución, las leyes y los reglamentos administrativos correspondientes.
- Para que una persona que se encuentre vinculada al Estado se entienda que desempeña un empleo público, es necesario que se den los elementos propios y atinentes a la existencia de los empleos estatales, los cuales son a saber: i) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad; ii) La determinación de las funciones propias del cargo ya previsto en la planta de personal; y iii) la previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de los gastos que demande el empleo.
- Cuando el demandante pretenda la declaratoria de la existencia de la **relación legal y reglamentaria** entre éste y la Administración, en atención a que no ocupó un empleo público, sino que tuvo una vinculación contractual con el Estado, es indispensable que se acredite que las funciones que realizó están asignadas a un empleo que hace parte de la planta de personal, o que sean similares a las de un cargo de planta.

De conformidad con lo anterior, la persona que pretenda sea protegida en sus derechos prestacionales y salariales, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, respecto a la relación legal y reglamentaria, deberá acreditar:

- La existencia del empleo al que alega que estuvo vinculado, o que existan cargos con funciones similares a las que desarrolló.
- Deberá demostrar, además de la prestación personal del servicio y de la remuneración recibida, que las funciones desplegadas por éste se encuentran regladas, lo cual conlleva a concluir que estuvo **sometido** a lo dispuesto por la Ley y el Reglamento con relación a las mismas, y
- Debe acreditar que las funciones por éste desplegadas tienen plena relación con el objeto de la Entidad Pública donde prestó sus servicios.

Cuando se logre acreditar lo anterior, en desarrollo de los derechos constitucionales al trabajo y a la primacía de la realidad sobre las formalidades, el trabajador tendrá derecho a que se le reconozcan las prestaciones sociales dejadas de percibir, las cuales se le otorgarán a título de restablecimiento del derecho, sin que por ello se convierta en un empleado público.

En síntesis, la prohibición de vincular, mediante contratos de prestación de servicios, a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública es una regla que se deriva directamente de los artículos 122 y 125 de la Constitución Política, y por tanto, como dijo la Corte Constitucional, resulta ajustado a la Constitución que el legislador haya prohibido a la administración pública celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, porque para ello se requiere crear los empleos correspondientes.

Sobre el tema de contrato realidad como figura encubierta en los contratos de prestación de servicios, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado¹² señaló lo siguiente

“3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema

¹² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16 Actor: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL Demandado: MUNICIPIO DE CIÉNAGA DE ORO (CÓRDOBA) Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho Tema : Contrato realidad (docente) Actuación : Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5 de 2016, conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011

de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral). vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados.”

Mas recientemente la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado¹³ unificó jurisprudencia en torno a los siguientes temas: **i)** sentido y alcance de la expresión «término estrictamente indispensable» (temporalidad) contenido en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; **ii)** delimitación del término de solución de continuidad en los contratos estatales de prestación de servicios que ocultaron la existencia de una relación laboral que se declara, a efectos de determinar la prescripción de derechos; y, **iii)** improcedencia de la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud efectuados por el contratista.

Unifico jurisprudencia en los siguientes términos:

“3.4. Síntesis de las reglas objeto de unificación

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.**

Dentro de este contexto se analizara el caso sometido a examen.

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D. C., nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16) CE-SUJ2-025-21. Actor: GLORIA LUZ MANCO QUIROZ. Demandado: MUNICIPIO DE MEDELLÍN - PERSONERÍA DE MEDELLÍN Y OTRO. Referencia: SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA CE-SUJ-025-CE-S2-2021. Tema: CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, RELACIÓN LABORAL ENCUBIERTA O SUBYACENTE, TEMPORALIDAD, SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD, PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES, APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

3. Caso Concreto

De acuerdo con la fijación del litigio planteada, se pronunciará el Despacho respecto de la solicitud de nulidad del Oficio No. OJU-E-4815 de 17 de septiembre de 2019, suscrito por la jefe de la Oficina Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., mediante el cual se niega la solicitud de acreencias y la declaratoria de la existencia del contrato realidad.

Así entonces, se procederá a establecer si concurren los elementos de una relación laboral, esto es, **prestación personal del servicio, remuneración y la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.**

Respecto del elemento de prestación personal del servicio, observa este Juzgador que la señora Paola Jaque Contreras prestó sus servicios al HOSPITAL DE FONTIBÓN E.S.E. (Hoy Subred Integrada de Salud Sur Occidente E.S.E.), como se evidencia en los contratos de prestación de servicios allegados al plenario.

De los contratos de prestación de servicios, igualmente, se logra establecer que la prestación del servicio de la señora Paola Jaque Contreras como Profesional en las áreas de presupuesto, talento humano y contratación y/o Jurídica, se dio en los siguientes periodos:

No de contrato	Fecha de inicio	Fecha de terminación
111-2014	01 de febrero de 2014	30 de junio de 2014
269-2014	01 de julio de 2014	31 de julio de 2014
346-2014	01 de agosto de 2014	31 de agosto de 2014
453-2014	01 de septiembre de 2014	31 de octubre de 2014
598-2014	04 de noviembre de 2014	30 de noviembre de 2014
710-2014	01 de diciembre de 2014	11 de diciembre de 2014
809-2014	15 de diciembre de 2014	30 de diciembre de 2015
098-2015	02 de enero de 2015	30 de junio de 2015
166-2015	01 de julio de 2015	31 de agosto de 2015
260-2015	07 de septiembre de 2015	31 de octubre de 2015
314-2015	03 de noviembre de 2015	12 de noviembre de 2015
434-2015	17 de noviembre de 2015	22 de diciembre de 2015
550-2015	24 de diciembre de 2015	31 de diciembre de 2015
015-2016	04 de enero de 2016	31 de marzo de 2016 (maternidad)
130-2016	08 de junio de 2016	30 de junio de 2016
142-2016	01 de julio de 2016	30 de septiembre de 2016
2199-2016	03 de octubre de 2016	18 de noviembre de 2018

De otro lado, se encuentra acreditado en el expediente que la demandante percibía unos honorarios mensuales por concepto de la prestación del servicio, configurándose así, el segundo elemento constitutivo de una relación laboral, es decir, la remuneración.

Finalmente, respecto de la **subordinación laboral**, a juicio del despacho, la parte actora demostró el cumplimiento de horario laboral, cumplimiento de órdenes

emanadas de funcionarios del hospital, y entre otros aspectos, que dan cuenta de la continua subordinación que existía respecto de la señora Paola Jaque Contreras.

Sobre el particular, se resalta lo dicho por la señora Paola Jaque Contreras, en el interrogatorio de parte. En aquel, la demandante indicó que se vinculó con el Hospital de Fontibón E.S.E., a través de contratos de prestación de servicios desempeñándose en el área de presupuesto (2014), área de contratación y talento humano (2015) y partir de la intervención de la Subred pasó a ser parte del área jurídica realizando labores de apoyo para la elaboración de minutas de contratos de prestación de servicios, revisión de cuentas por pagar de todos los contratistas e informes que se presentaban a la Secretaría de Salud como a los entes de control. Destaca que las funciones desarrolladas en el área de presupuesto eran sustancialmente distintas a las ejercidas en el área de contratación o talento humano. Igualmente, señaló que al cambio del área de presupuesto al área de contratación se dio con ocasión de una situación de acoso laboral por parte de la jefe de dicha área (Carolina Rico). Manifiesta que los aparentes jefes inmediatos (Heidi del Carmen Rodríguez, Yisel Pava y Nubia Yaneth Ostos) eran realmente supervisores del contrato. Respecto de la igualdad de funciones con servidores de planta, la interrogada destaca que existían otros funcionarios que desempeñaban funciones compartidas con los contratistas. De otra parte, sostuvo que tenía que cumplir horario y debía asistir a las capacitaciones que disponía la entidad contratante; además, debía realizar las actividades con los elementos y dentro de las instalaciones del Hospital (Subred). Finalmente, indica que, a pesar que le hicieron llamados de atención, de ninguno de ellos dejó constancia por escrito.

Igualmente, los testimonios de las señoras Ángela Brausin, Catherin Ulloa Herrera y Carolina Gil Clavijo, denotan que la señora Paola Jaque Contreras cumplía un horario de trabajo (era desde las 7 de la mañana hasta las 5 de la tarde, y en algunas ocasiones debía trabajar en jornadas adicionales de acuerdo a las necesidades del servicio), recibía ordenes e instrucciones, incluso debía realizar otras funciones que no estaban contempladas en el contrato relacionadas con archivo del área correspondiente; debía solicitar permisos para modificar el horario o ausentarse de las instalaciones de la entidad dentro del horario laboral, le hacían llamados de atención por diversas causas, en particular, en el área de presupuesto; que las funciones desarrolladas por la demandante eran de carácter permanente y de vital importancia dentro de la entidad, que tenía que asistir a capacitaciones obligatorias, debía ejecutar sus labores dentro de las instalaciones de la entidad y con los elementos entregados por aquella, incluido el carné; no se podían ejecutar otros contratos o actividades diferentes, e inclusive fue víctima de conductas de acoso y persecución laboral. Se destaca que la testigo Carolina Gil Clavijo indicó que la

señora Nubia Yaneth Ostos era la supervisora del contrato de la demandante; pero aquella tenía la calidad de funcionaria pública de libre nombramiento y remoción.

De conformidad con lo acreditado en el plenario, está demostrado que durante la prestación de los servicios de la demandante en el Hospital de Fontibón Nivel E.S.E., recibía órdenes, no podía delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas, se le exigía el cumplimiento de sus labores en los horarios asignados directamente por la entidad, y ejercía sus labores en las instalaciones del referido hospital y con instrumentos dados por este, todo lo cual conlleva a concluir que no se trató de una relación de coordinación contractual, como lo indica la entidad demandada, sino que se trató de una relación en la que imperó la subordinación.

Aunado a lo anterior, se evidencia que las labores desarrolladas por la demandante no eran eventuales sino permanentes, propias y misionales de una entidad prestadora del servicio de salud, como lo es, el Hospital de Fontibón (hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.), dado que para la adecuada prestación de dicho servicio es necesaria la disposición de personal de presupuesto, talento humano y contratación (labores ejecutadas por la demandante). Justamente, de las pruebas allegadas al plenario se observa que dentro de la planta de personal de la entidad demandada (Hospital de Fontibón E.S.E) se observa que existen cargos profesionales relacionadas con el Talento Humano, entre ellos, el de Profesional Universitario, Código 219, Grado 8.

Así las cosas, la demandante se encontraba bajo una relación de orientación y mando, pues no podía ejercer en forma libre y autónoma su actividad, al encontrarse sujeta a las órdenes del respectivo superior. Se destaca que, a la demandante, según da cuenta la prueba testimonial, le llamaron la atención en varias oportunidades por incumplir el horario establecido en el contrato de trabajo, comportamiento éste que evidencia claramente la subordinación de la señora Paola Jaque Contreras. En efecto, la existencia de un horario laboral determina un marco dentro del cual deba prestarse el servicio, ello no implica que el contratista (autónomo y libre) pueda cumplir sus deberes con una menor o mayor intensidad, pues aquel, dada su experticia, puede requerir de un mayor o menor tiempo. De modo que, si el contratista ejecuta sus obligaciones contractuales en un periodo menor es imposible exigirle o hacerle llamados de atención por el incumplimiento de un horario o jornada de trabajo.

Igualmente, se destaca que a la demandante también le daban órdenes para prestar el servicio en horarios distintos al establecido en el contrato de prestación de servicios, es decir, los fines de semana y en horario adicional. Además, le conminaban a asistir a capacitaciones.

Es preciso indicarse que, si bien el contrato de prestación de servicios puede suscribirse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con el personal de planta, según lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993; ello acontece cuando las funciones o actividades que deban ser desarrolladas por el contratista no sean misionales, de modo la celebración del referido contrato es carácter alternativo y excepcional, de lo contrario estaría siendo un verdadero sustituto de la función pública¹⁴

Basta recordar que, ante la insuficiencia de personal de la planta de personal para desarrollar actividades misionales de la entidad demandada, es necesario acudir a la creación de plantas temporales, de conformidad con lo previsto en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, mas no a la contratación del personal a través de los contratos de prestación de servicios.

Corolario de lo anterior, es válido afirmar que durante el tiempo que duró la relación entre María Alejandra Nieves Ariza y el Hospital de Fontibón E.S.E., pese a las diferentes denominaciones, existió una relación laboral, encubierta por contratos de arrendamiento y prestación de servicios. De ello, se concluye que en este caso se configura el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en el artículo 13 y 53 de la Carta Política, en tanto, que la demandante prestó sus servicios como Profesional en las áreas de presupuesto, talento humano y en área jurídica, de manera subordinada desde el 01 de febrero de 2014 hasta el 31 de octubre de 2016.

Aquí el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando por encontrarse demostrada la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: i) la prestación de servicio es personal; ii) subordinada de manera continuada; y iii) remunerada.

En efecto, la parte actora logró demostrar la existencia de una **relación laboral** entre las partes, toda vez que la misma estuvo oculta bajo la figura del contrato de prestación de servicios, el servicio prestado por la accionante fue **personal**, y con ocasión a la prestación de sus servicios a la entidad, recibió una **remuneración**. Finalmente, se demostró que en la relación existió **subordinación**. En este sentido es del caso recordar que, demostrada **la relación laboral oculta** detrás de un contrato de prestación de servicios, el efecto normativo y garantizador del principio de primacía de la realidad sobre las formas se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales del trabajador, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal.

¹⁴ CE, S3, sentencia del 08 de junio de 2011, Exp. N°. 41001-23-31-000-2004-00540-01 (AP).

En todo caso, acreditada la existencia de una relación laboral, el demandante tendrá derecho a que se protejan sus derechos al trabajo y a la seguridad social, y a que, en virtud de los principios de equidad y prevalencia de la realidad sobre las formas, se condene a la entidad demandada a reconocerle y pagarle las prestaciones sociales que le debieron haber sido sufragadas.

Decisión:

El Despacho encuentra probada la existencia de la relación laboral quedando demostrado el incumplimiento del Hospital de Fontibón Nivel E.S.E., en el pago de las acreencias laborales causadas a favor de la señora Paola Jaque Contreras durante el tiempo trabajó como profesional de las áreas de presupuesto, talento humano y contratación o jurídica, por lo que la presunción de legalidad que cobijaba el Oficio No. OJU-E-4815 de 17 de septiembre de 2019, suscrito por la jefe Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., ha sido desvirtuada, razón por la cual se declarará su nulidad.

Como restablecimiento del derecho, el despacho ordenará en favor de la demandante el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de antigüedad, vacaciones en dinero, bonificación especial por recreación, bonificación especial por permanencia, bonificación por servicios, reconocimiento permanencia, si a ellas hubiere lugar; así como también, al reintegro del porcentaje erogado por concepto de aportes pensionales, salud y caja de compensación familiar. Se precisa que solo deberá devolverse al porcentaje que por ley le corresponde pagar el empleador, y en todo caso deberán efectuarse las cotizaciones por el valor de la diferencia existente entre el valor cotizado como contratista y el valor que debió cotizarse como Profesional Universitario, Código 219, Grado 8, si a ello hubiere lugar.

Ahora bien, es del caso precisar que el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público. Por ello, no se reconocerán las primas extralegales de navidad, antigüedad y vacaciones, dado que las mismas tienen origen convencional, y, por tanto, solo pueden reconocerse a los servidores públicos, calidad que como antes se indicó no puede otorgarse a los contratistas. Al respecto, el H. Consejo de Estado señaló lo siguiente:

“(…)

El actor pretende que se le reconozcan los derechos prestacionales como consecuencia de la existencia del contrato realidad en la prestación del servicio a la E.S.E. Francisco de Paula Santander; Sin embargo, como en anteriores oportunidades lo ha precisado esta Corporación¹⁵, bajo la figura del contrato realidad no es posible otorgarle al actor la calidad de empleado público o

¹⁵ CE, SCA, S2, SS “B” Sentencia de 2 de mayo de 2013, Rad. No. 050012331000200700123 02 (2467-2012), Actor: Elkin de Jesús Agudelo Ortega.

trabajador oficial, pues fue vinculado mediante contratos de prestación de servicios, lo cual impide que sea beneficiario de la Convención Colectiva celebrada entre el I.S.S. y su sindicato de trabajadores.

En consecuencia, el interesado no se puede beneficiar de la referida Convención, pues, aunque demostró que prestó sus servicios en la entidad demandada, tal situación no implica que éste goce de la calidad de trabajador oficial. (...)”¹⁶.

Igualmente, no se reconocerá el pago de horas extras o trabajo suplementario y o diferencias salariales, por cuanto el pago de honorarios estaba sujeto a las condiciones establecidas en los contratos de prestación de servicios. Lo anterior, por cuanto, “durante la vinculación contractual, el actor no estuvo sujeto a la jornada ordinaria laboral prevista en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 en el entendido de que su condición no era la propia de un empleado público”¹⁷. En este sentido, se precisó el Consejo de Estado que “los efectos patrimoniales de la declaratoria de un contrato realidad no pueden consistir en el reintegro como restablecimiento del derecho, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pero en cambio sí deberá comprender el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.”¹⁸

Finalmente, se observa que no es posible atender la pretensión relacionada con la compulsa de copias al Ministerio de Trabajo, toda vez que no se agotó el requisito de procedibilidad respecto de aquella, lo que hace que la demanda sea inepta de cara a la referida pretensión. Pese a ello, el despacho denegará la referida pretensión.

Por las razones que anteceden, y al haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados, la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E., actualizará los valores o sumas reconocidas en favor de la accionante, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \quad X \quad \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la accionante de la liquidación de sus prestaciones, 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, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

¹⁶ CE, SCA, S2, SS “B”, sentencia de 13 de mayo de 2015, Rad. No.: 68001-23-31-000-2009-00636-01(1230-14), Actor: Antonio José Gómez Serrano.

¹⁷ CE, SCA, S2, SS “B”, sentencia de 06 de octubre de 2016, Rad. N°. 66001-23-33-000-2013-00091-01 (0237-14), Actor: Miguel Ángel Castaño Gallego.

¹⁸ Ídem.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos.

Prescripción:

El Decreto 3135 de 1968 reglamentado por el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 102 establece la prescripción de 3 años a partir de que la respectiva obligación se haya hecho exigible; sin embargo, en tratándose de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre la formalidad (art. 53 C.N.) el H. Consejo de Estado en sentencia del 09 de abril de 2014, Exp. N°. 20001233100020110014201 (0131-13), precisó que “...*la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral, debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración. ...*”.

Así las cosas, y como quiera que existieron interrupciones en la celebración de los contratos de prestación de servicios mayores a 15 días, se advierte que cada vínculo contractual es distinto, por tanto, la prescripción debe aplicarse de manera individual respecto de cada vínculo.

Sobre el particular el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, precisó:

“Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios.

Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos

económicos temporales.”¹⁹

De acuerdo a lo expuesto, y teniendo en cuenta que el demandante presentó la solicitud de reconocimiento de salarios y prestaciones derivadas de la existencia de una relación laboral, el día **19 de noviembre de 2018**, se encuentra que existe prescripción de las relaciones laborales anteriores terminadas con anterioridad al **19 de noviembre de 2015**, esto es, las derivadas de los contratos 111-2014, 269-2014, 364-2014, 453-2014, 598-2014, 710-2014, 809 de 2014, 098-2015, 166-2015, 260-2015 y 314-2015, toda vez que existió solución de continuidad²⁰ durante el periodo comprendido el 13 de noviembre de 2015 al 17 de diciembre de la misma anualidad.

Se destaca que la parte actora, en la demanda, indica que en dicho periodo de tiempo la señora Paola Jaque Contreras presentó sus servicios, bajo la promesa de renovación del contrato o nueva contratación, práctica recurrente e ilegal que en muchas entidades estatales; cierto es que la parte actora no demostró que efectivamente se haya prestado el servicio en dicho periodo. En efecto, la prueba testimonial simplemente indica que la demandante nunca dejó de prestar el servicio; sin embargo, los testigos no indicaron que la demandante en dicho periodo no tenía contrato.

De otra parte, se tiene que tampoco existió solución de continuidad en el periodo comprendido entre el 01 de abril de 2016 al 07 de junio de la misma anualidad, cierto es que ello ocurrió porque la demandante se encontraba en periodo de lactancia. Y, en todo caso dicho, como se indicó con anterioridad sobre dichos contratos no operó el fenómeno de la prescripción.

Se precisa que no existió solución de continuidad respecto de los periodos comprendidos entre el **17 de diciembre de 2015 al 31 de marzo de 2016 y desde el 05 de junio de 2016 al 31 de octubre de 2016**, por tanto, la entidad demandada deberá reconocerle y pagarle al demandante las prestaciones salariales y sociales en dichos lapsos.

Condena en costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del CPACA, señala que “*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la*

¹⁹ CE, SCA, S2, Rad. N°. 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, Actor: Lucinda María Cordero Causil, Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba).

²⁰ La solución de continuidad se predica cuando hay interrupción entre la terminación de una relación laboral y el inicio de otra, ya sea que se trate de una vinculación en la misma entidad o en otra. Para que se pueda predicar la solución de continuidad la interrupción debe ser igual o superior a 15 días. En estos eventos, cada vínculo laboral es independiente del otro.

sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”.

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188 del CPACA, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar de manera consecucional en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones²¹ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibidem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

²¹ CE, SCA; S2, SS “B”, sentencia de 28 de octubre de 2016, Rad. No.: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez.

* CE, SCA, S2, SS “B”, sentencia de 3 de noviembre de 2016, Rad. N°. 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez.

* CE, SCA, S2, SS “B”, sentencia de 1 de enero de 2017, Rad. N°. : 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia Palacios De Mosquera.

* CE, SCA, S4, sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. N°. : 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo.

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho de defensa ejercido por la demandada estuvo orientado a la protección del acto acusado, el cual estaba revestido de presunción de legalidad.

De igual forma, en lo que concierne a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. DECLARAR LA NULIDAD del Oficio No. OJU-E-4815 de 17 de septiembre de 2019, suscrito por la jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE; por medio de la cual se negó el pago de las acreencias laborales derivadas de la existencia de una relación laboral (contrato realidad) que existió entre el HOSPITAL DE FONTIBÓN EMPRESA SOCIAL DEL ESADO y la señora PAOLA JAQUE CONTRERAS, identificada con C.C. No. 53.030.865; durante el periodo comprendido desde el 01 de febrero de 2014 al 31 de octubre de 2016, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E a:

a. **RECONOCER y PAGAR** a la señora PAOLA JAQUE CONTRERAS, identificada con C.C. No. 53.030.865, los siguientes rubros: cesantías, intereses a las cesantías, prima legal de servicios; prima legal de navidad, Prima de antigüedad, prima legal de vacaciones, vacaciones en dinero, bonificación especial por recreación, bonificación especial por permanencia y bonificación por servicios, reconocimiento permanencia tomando como base para la liquidación respectiva el salario legalmente establecido para el Profesional Universitario, Código 219, Grado 8o a un cargo equivalente en la actualidad.

Lo anterior, deberá realizarse durante periodos comprendidos entre el **17 de diciembre de 2015 al 31 de marzo de 2016 y desde el 058 de junio de 2016 al 31 de octubre de 2016**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

b. **PAGAR** a la señora PAOLA JAQUE CONTRERAS, identificada con C.C. No. 53.030.865; la cuota parte correspondiente a los aportes de salud, pensión y caja de compensación familiar, en tanto, la demandante acredite haberla sufragado durante de los periodos comprendidos entre el **01 de febrero de 2014 al 31 de octubre de 2016**.

Sólo deberá devolverse el porcentaje que por ley le corresponde pagar al empleador. En todo caso deberán efectuarse las cotizaciones por el valor de la diferencia existente entre el valor cotizado como contratista y el valor que debió cotizarse como Profesional Universitario, Código 219, Grado 8, sí a ello hubiere lugar. No aplica prescripción alguna respecto de los aportes a seguridad social.

c. **ACTUALIZAR** las sumas debidas conforme al inciso final del artículo 187 del CPACA, de conformidad con fórmula expuesta en la parte motiva del presente proveído:

TERCERO. Se ORDENA dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en los Artículos 192 y 195 del CPACA.

CUARTO. NIEGANSE las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo

QUINTO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial delegada ante esta Dependencia Judicial.

SÉPTIMO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso de que lo hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Elkin Alonso Rodriguez Rodriguez
Juez
Juzgado Administrativo
Oral 046
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:

**3498e38d68ee73fe0b28278f4aaac4bbfa523e857ee6d50047e76c0233
9a9b60**

Documento generado en 06/12/2021 04:41:38 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**