



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52)
ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., tres (03) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2016-00519-00
Demandante: JOHANA RAMÍREZ SUÁREZ
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Sentencia de primera instancia –Contrato realidad

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Johana Ramírez Suárez en contra de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. 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, la señora Johana Ramírez Suárez, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 100-0667-2015 del 7 de abril de 2015, mediante el cual el Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales derivadas de la relación laboral y reglamentaria que existió en el periodo comprendido entre el 13 de mayo de 2010 hasta el 31 de agosto de 2014.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, a:

Declarar la existencia del contrato de trabajo entre las partes, en el periodo comprendido entre el 13 de mayo de 2010 hasta el 31 de agosto de 2014.

Reconocer las diferencias salariales existentes entre los servicios remunerados por prestación de servicios y los salarios legales cancelados por el Hospital Meissen II Nivel ESE correspondientes a un auxiliar de enfermería en el periodo comprendido entre el 13 de mayo de 2010 hasta el 31 de agosto de 2014, las cuales deben ser ajustadas en los términos del inciso 4º del artículo 187 del CPACA.

Cancelar el auxilio de las cesantías causadas durante todo el tiempo de prestación de servicios liquidadas con la asignación de un auxiliar de enfermería del Hospital Meissen II Nivel ESE correspondiente al periodo comprendido entre 13 de mayo de 2010 hasta el 31 de agosto de 2014, las cuales deben ser ajustadas en los términos del inciso 4º del artículo 187 del CPACA.

Efectuar el pago de los intereses de cesantías causados sobre los saldos que arroje la liquidación del auxilio de cesantías año por año en virtud de lo anterior.

Reconocer y pagar las prestaciones sociales, tales como la prima de servicios de junio y diciembre de carácter legal, prima de carácter extralegal o convencional de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, compensación de vacaciones en dinero, en el periodo comprendido entre el 13 de mayo de 2010 hasta el 31 de agosto de 2014, sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4º del artículo 187 del CPACA.

Devolver los porcentajes de cotización correspondientes a los aportes en salud y pensión que le correspondía realizar al Hospital de Meissen II Nivel ESE, los cuales debió cancelar al fondo pensional y a la EPS desde el 13 de mayo de 2010 hasta el 31 de agosto de 2014, las cuales deben ser ajustadas en los términos del inciso 4º del artículo 187 del CPACA.

Efectuar la devolución al actor por concepto de retención en la fuente, realizada en el periodo de prestación de servicios.

Solicitó además que se cancele lo siguiente:

- Indemnización por despido injusto con ocasión al retiro del actor sin justa causa y sin que mediara comunicación escrita para el efecto.
- Indemnización de que trata la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, esto es, pagar un día de salario por cada día de retardo en el pago de las prestaciones sociales legales, extralegales y cesantías reclamadas hasta cuando se efectúe el pago total de la obligación.
- Las cotizaciones de manera retroactiva a la Caja de Compensación Familiar durante el periodo comprendido entre el 13 de mayo de 2010 hasta el 31 de agosto de 2014, las cuales deberán ser ajustadas conforme al inciso 4º del artículo 187 del CPACA.
- Indemnización contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, al no afiliar al demandante al Fondo Nacional del Ahorro, ni haber efectuado las consignaciones de cesantías al mismo.
- El valor correspondiente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de daños morales.

En caso de no efectuar el pago en forma oportuna, cancelar los intereses comerciales y moratorios conforme lo disponen los artículos 192 del CPACA.

Se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

Declarar que el tiempo de prestación de servicios con el Hospital Meissen II Nivel ESE, se debe computar para efectos pensionales, ordenando emitir certificación que así conste para tal efecto.

Compulsar copias de la sentencia dirigidas al Ministerio de Trabajo para que imponga la multa contenida en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, en consideración a que se contrató con el actor bajo la modalidad de prestación de servicios de manera constante e ininterrumpida.

Condenar a la entidad demandada al pago de costas y expensas de este proceso.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 148 a 154):

1. La señora Ramírez prestó sus servicios como contratista al servicio del Hospital Meissen II Nivel ESE, desde el 13 de mayo de 2010 hasta el 31 de agosto de 2014, de manera personal, constante e ininterrumpida en el cargo de auxiliar de enfermería.

2. La actora laboró al servicio del Hospital Meissen II Nivel ESE a través de contratos de arrendamiento de servicios y de prestación de servicios sucesivos, habituales y sin interrupción desde el 13 de mayo de 2010 al 31 de agosto de 2014.

3. La señora Ramírez devengó como último salario la suma de \$1.154.334 m/cte., la cual se consignaba mensualmente a su cuenta bancaria, no obstante, según el actor debió devengar la suma de \$2.616.355 teniendo en cuenta la certificación de reporte de nómina de un enfermero de planta.

4. El horario de trabajo que cumplió a cabalidad la actora fue de 7:00 pm hasta las 7:00 am, domingo a domingo y día de por medio.

5. Las funciones que cumplió la señora Ramírez y las cuales fueron consagradas en los contratos de prestación de servicios son: recibo y entrega de turno, toma de signos vitales, hoja neurológica, control de líquidos administrados y eliminados, baño a los pacientes, verificación y canalización de venas, arreglo de la unidad médica, notas de enfermería, inventarios del servicio, cambio de equipos de venopunción por protocolo, asistir al médico o enfermera en procedimientos especiales y colaborar con ellos en la consulta, asistir a los pacientes durante el traslado en ambulancia, mantener los insumos para la toma de muestras de laboratorio y sus elementos listos, ordenados y adecuados para la atención del

paciente, cambio de equipo de oxígeno terapia de protocolo, asistencia a pacientes vía oral, cambio de posiciones a pacientes según diagnóstico, inventario carro de paro, asistencia a especialistas en procedimientos especiales, arreglo botiquín, recibo de pacientes a otros servicios, arreglo de historias clínicas y depuración, desinfección en general, rotulación de líquidos, arreglo de cadáveres, cateterismo vesical, toma de laboratorios, toma de glucómetros, preparación de mezclas ordenadas por el médico, desarrollando procedimiento para solución problemas médicos y de instrumentación, asistir a reuniones programadas por el servicio y la subdirección, asistir a las capacitaciones programadas por el servicio o la subdirección y/o Hospital, cumplir con los protocolos de Bioseguridad de acuerdo a las Normas Epidemiológicas, entre otras.

6. Como jefes inmediatos de la actora fueron: Erika Tinjaca–Jefe de Urgencias, Miriam Hernández –Coordinadora de Enfermería, Luz Marina Vargas – Coordinadora de Enfermería, Julio Ernesto Cárdenas -Coordinador y Martín Guillermo Jaimes –Subdirector del Hospital.

7. La señora Ramírez se afilió como trabajadora de manera independiente al sistema de seguridad social en salud y pensión, en cumplimiento de la exigencia del Hospital.

8. El Hospital Meissen II Nivel ESE exigía a la demandante adquirir póliza de cumplimiento y además efectuaba descuentos mensuales por concepto de los impuestos de retención en la fuente e ICA.

9. La señora Johana Ramírez Suárez debía portar de manera obligatoria el carné que la identificaba como empleada del Hospital.

10. Durante el tiempo en que la actora laboró, el Hospital Meissen II Nivel no le reconoció ni canceló prestaciones sociales, como tampoco le fueron otorgadas vacaciones ni le fueron compensadas en dinero.

11. La señora Ramírez suscribió con el Hospital Meissen II Nivel ESE por más de 4 años y 3 meses contratos de arrendamiento y de prestación de servicios de manera

ininterrumpida, los cuales eran redactados por el área jurídica del Hospital en formatos previamente elaborados, los cuales no admitían modificación alguna.

12. La demandante trabajó como auxiliar de enfermería para el Hospital Meissen II Nivel ESE, cumpliendo un horario de trabajo, recibiendo órdenes de sus superiores y realizando de manera personal la labor encomendada.

13. La señora Ramírez recibió llamados de atención con ocasión a su trabajo y felicitaciones por parte de sus jefes inmediatos en virtud de la ejecución de sus actividades durante el tiempo de prestación de servicios al Hospital.

14. La actora para ausentarse no podía delegar sus funciones a persona de su elección, puesto que debía pedir autorización al jefe inmediato.

15. Para desarrollar sus funciones siempre utilizó herramientas dadas por el Hospital, como son guantes, sillas de ruedas, camillas, termómetros, medicinas, etc.

16. Las funciones desempeñadas por la parte actora eran ejercidas igualmente por compañeros de trabajo que se encontraban vinculados directamente con el Hospital, quienes disfrutaban de las prestaciones legales y extralegales, prebendas y con salarios más altos.

17. El jefe de la actora el 31 de agosto de 2014, le comunicó de manera verbal que no se le podía renovar el contrato, fecha a partir de la cual finalizó su vínculo con el Hospital.

18. La demandante radicó ante el Hospital escrito en ejercicio del derecho de petición el 12 de marzo de 2015, mediante el cual solicitó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales por todo el tiempo laborado.

19. El Hospital Meissen II Nivel ESE expidió Oficio No. 100-0667-2015 del 7 de abril de 2015, a través del cual negó la anterior solicitud a la actora.

20. La parte demandante solicitó conciliación prejudicial en cumplimiento del requisito de procedibilidad el 16 de junio de 2015, sin que haya existido ánimo conciliatorio por parte de la entidad demandada, por lo cual se declaró fallida.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 125, 126, 209, 277 y 351 de la Constitución Política; Decreto 3074 de 1968; artículo 8º del Decreto 3135 de 1968; artículo 51 del Decreto 1848 de 1968; artículo 25 del Decreto 1045 de 1968; Decreto 01 de 1984; artículo 8º de la Ley 4ª de 1990; artículo 99 de la Ley 50 de 1990; Decreto 1335 de 1990; Ley 4ª de 1992; artículo 32 de la Ley 80 de 1993; artículos 15, 17, 18, 20, 22, 23, 128, 157, 161, 195 y 204 de la Ley 100 de 1993; Ley 244 de 1995; Ley 332 de 1996; Ley 443 de 1998; Decreto 1919 de 2002; Ley 909 de 2004; Ley 1437 de 2011; Ley 1564 de 2012 y artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Indicó que el Hospital Meissen II Nivel ESE a través de contratos de prestación de servicios suscritos con la señora Ramírez, pretendió ocultar la verdadera relación laboral que existió entre las partes.

Lo anterior, en consideración a que el apoderado de la parte actora afirmó que en el asunto de la referencia concurren los tres requisitos para que se configure la existencia de una relación laboral, a saber: la prestación personal del servicio, la subordinación y la contraprestación de los servicios.

Como respaldo de sus argumentos citó jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. El Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 207 a 234).

La apoderada de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE –Hospital Meissen II Nivel ESE, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Indicó que la entidad que representa no tiene facultad nominadora, razón por la cual, el acto administrativo acusado no está revestido de causal alguna de ilegalidad, teniendo en cuenta que el mismo da respuesta a una petición de la parte actora con base en razones de hecho y de derecho.

Afirmó que entre las partes no existió una relación laboral, toda vez que la actora prestó sus servicios al Hospital con plena autonomía, razón por la cual, no concurren los elementos jurídicos de la “*subordinación, horario y salario*”.

Señaló que la contratista no fue despedida sin justa causa, en consideración a que por la naturaleza de su vinculación a través de contratos de prestación de servicios, su vínculo finalizó en la fecha de terminación de los contratos acordada por las partes.

Adujo que la actora fue vinculada mediante contratos de arrendamiento de servicios profesionales, utilizando para la ejecución de los mismos sus propios medios y que para desvirtuar tal condición, no acreditó los siguientes requisitos del contrato laboral, a saber: la subordinación que es a primera vista el requisito de toda relación laboral y el cumplimiento de un horario laboral, puesto que realizaba las actividades de cada contrato en cualquier tiempo de manera independiente.

Manifestó que el cargo desempeñado por la actora no atañe a aquellos que son de carácter permanente de la entidad, toda vez que no guarda relación con el objeto social del Hospital, motivo por el cual no hay lugar a reconocer situación laboral alguna.

Por lo anterior, discurrió que la entidad que representa siempre ha actuado dentro de los parámetros y facultades que otorga la Ley, en principio de la buena fe que regula las relaciones contractuales, por ende las pretensiones de la demanda deben ser negadas.

Finalmente, como sustento de sus argumentos citó jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

De otro lado, propuso las excepciones denominadas: “*PRESCRIPCION*”, respecto de cualquier derecho que se hubiere causado a favor de la actora y que se encuentre cobijado por la disposición contenida en el artículo 151 del CPC, la cual se resolvió en

la etapa de excepciones de la audiencia inicial; *"CADUCIDAD"*, la cual fue resuelta en la etapa de excepciones de la audiencia inicial adelantada el 15 de septiembre de 2017; *"INEXISTENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD"*, al señalar que la actora no logró demostrar la verdadera existencia de una relación laboral entre las partes; *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y DEL DERECHO"*, en consideración a que el actor de manera libre y voluntaria optó vincularse con la entidad bajo contratos de arrendamiento de servicios personales; *"PAGO"*, al cancelarse de buena fe y de manera oportuna las sumas de dinero en cumplimiento de lo pactado en los contratos de prestación de servicios; *"AUSENCIA DE VINCULO DE CARÁCTER LABORAL"*, toda vez que al suscribirse los contratos de prestación de servicios se excluye de manera expresa la relación laboral; *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, puesto que no ha nacido obligación alguna a favor del actor, al cancelarse honorarios dado el tipo de contrato celebrado; *"RELACIÓN CONTRACTUAL CON EL ACTOR NO ERA DE NATURALEZA LABORAL"*, por cuanto el contratante presentó su oferta laboral como contratista independiente conservando su autonomía y objeto del contrato de acuerdo a las normas y reglamentos del Hospital; *"BUENA FE"*, consistente en que la entidad que representa actuó en cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993; *"PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS CELEBRADO ENTRE LAS PARTES"*, al indicar que los contratos de prestación de servicios suscritos se encuentran amparados legalmente con base en la documentación que reposa en la entidad, los cuales gozan de presunción de legalidad y *"EXCEPCIÓN INNOMINADA"*, respecto de las demás excepciones que resulten probadas dentro del proceso.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 16 de enero de 2018 (Fl. 294), el Despacho concedió a las partes el término de 10 días para allegar los alegatos de conclusión.

Conforme lo anterior, el apoderado de la parte actora estando dentro de la oportunidad legal presentó escrito de alegatos el 18 de enero de 2018 (Fls. 296-303), en el que además de ratificar los hechos, pretensiones de la demanda, fundamentos jurídicos y concepto de violación, precisó que en el asunto de la referencia quedó demostrada con los testimonios rendidos y las documentales obrantes en el expediente, la verdadera existencia de una relación laboral entre las

partes, la cual se encontraba oculta bajo la modalidad del contrato de prestación de servicios.

Por su parte, el apoderado de la parte demandada allegó escrito de alegatos dentro del término legal el 29 de enero de 2018, tal como se advierte a folios 304 a 309 del expediente, en el que afirmó que los contratos de prestación de servicios fueron suscritos sin ningún tipo de vicio del consentimiento y en atención a las normas privadas, en razón a las calidades del contratista, liquidados de común acuerdo y declarándose a paz y salvo por todo concepto.

En conclusión, afirmó que: (i) la entidad que representa actuó de conformidad a los preceptos contenidos en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes; (ii) que al momento de la suscripción de los contratos las partes no presentaban inhabilidades o incompatibilidades que impidieran su perfeccionamiento; (iii) que las partes actuaron de buena fe y (iv) que las partes desarrollaron el objeto contractual dando cumplimiento a las obligaciones recíprocas, siendo que en ningún momento de la relación contractual existieron objeciones o inconformidades en la celebración, ejecución o pago de los contratos.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Las denominadas *"INEXISTENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD"*, *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y DEL DERECHO"*, *"PAGO"*, *"AUSENCIA DE VINCULO DE CARÁCTER LABORAL"*, *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, *"RELACIÓN CONTRACTUAL CON EL ACTOR NO ERA DE NATURALEZA LABORAL"*, *"BUENA FE"*, *"PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS CELEBRADO ENTRE LAS PARTES"*, encuentra el Despacho que tales consideraciones no solo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino

que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituye excepción de mérito alguna, pues la finalidad de ésta es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

Respecto de la denominada “PRESCRIPCIÓN”, encuentra el Despacho que si bien los argumentos refieren a que se declare la existencia del fenómeno jurídico de la prescripción extintiva, lo cierto es que el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda, en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter, demandante: Lucinda María Cordero Causil, demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), adujo que la misma se estudiará en la sentencia una vez se haya comprobado la existencia de la relación laboral.

De otro lado, en lo que refiere a la excepción de caducidad, considera esta instancia de conformidad a lo indicado por el órgano de cierre en la sentencia de unificación referida en precedencia, que la misma se analizará una vez se demuestre la existencia de la relación laboral, teniendo en cuenta que los aportes al sistema pensional, por tratarse de un derecho cierto e indiscutible no caduca.

Por lo anterior, este Despacho procederá a estudiar de fondo si la prescripción extintiva del derecho o el fenómeno jurídico de la caducidad se configuran en el asunto de la referencia, previo a verificar la existencia de la relación laboral de la señora Johana Ramírez Suárez con el Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE.

Finalmente, no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en esta etapa procesal.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial adelantada por este Despacho el 15 de septiembre de 2017 (Fls. 257 a 266), se fijó el litigio de la siguiente manera:

- ¿Es procedente la declaratoria de nulidad del Oficio No. 100-0667-2015 del 7 de abril de 2015, mediante el cual el Hospital Meissen II Nivel E.S.E. ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE negó el reconocimiento y pago de las acreencias salariales y laborales y, en consecuencia, se declare la existencia de la relación laboral entre las partes y se paguen las diferencias prestacionales reclamadas por la actora de conformidad con el cargo desarrollado, esto es, auxiliar de enfermería a partir del 13 de mayo de 2010 hasta el 31 de agosto de 2014, tiempo que prestó sus servicios personales en dicha entidad?

3. ACERVO PROBATORIO.

- PRUEBAS DOCUMENTALES

3.1. Copia simple de contrato de prestación de servicios No. 5-254-2011 del 3 de enero de 2011 (Fls. 20 y 21).

3.2. Copia simple de contrato de prestación de servicios No. 627 del 30 de abril de 2012, con su respectiva adición (Fl. 22 a 25).

3.3. Copia simple del contrato de prestación de servicios No. O-2117 del 30 de abril de 2014 (Fls. 26 a 28).

3.4. Copia simple de las pólizas de seguro de cumplimiento en favor del Hospital Meissen II Nivel ESE y de responsabilidad civil profesional (Fls. 29 a 40).

3.5. Copia simple de constancias de pago al sistema de salud y pensión (Fls. 41 a 45).

3.6. Copia simple de los extractos bancarios expedidos por el Banco Davivienda, correspondientes a los meses abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre del 2014 (Fls. 46 a 51).

3.7. Copia simple de escrito dirigido en ejercicio del derecho de petición al Hospital Meissen II Nivel ESE, sin fecha de radicado, mediante el cual solicitó el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales como contraprestación de sus servicios y de las cotizaciones al sistema de seguridad social derivadas de cada uno de los contratos (Fls. 4 a 10).

3.8. Copia simple del Oficio No. 100-0667-2015 del 7 de abril de 2015, a través del cual la entidad demandada negó la anterior petición (Fl. 11).

3.9. Copia simple de documento denominado “*REPORTES DE NOMINA*” (Fl. 16).

3.10. Copia simple del manual de funciones y competencias laborales del cargo Auxiliar Área Salud Código 412 grado 17 (Fls. 17 y 18).

3.11. Copia simple de formato de paz y salvo en favor de la actora expedido por el Hospital Meissen II Nivel ESE (Fl. 19).

3.12. Original de certificación expedida por el Profesional Especializado Financiero del Hospital Meissen II Nivel el 13 de abril de 2015, en la que se relacionan los pagos efectuados a la actora por los años 2010 a 2014 (Fl. 14).

3.13. Original de certificación en la que se indican las fechas de ejecución de los contratos de prestación de servicios expedida el 31 de marzo de 2015 (Fls. 12 a 13)

3.14. Original de la constancia de conciliación celebrada en la Procuraduría 80 Judicial I para Asuntos Administrativos de Bogotá D.C. (Fl. 3).

3.15. Original del escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante el Hospital Meissen II Nivel ESE a través del servicio de mensajería Inter –Rapidísimo, mediante el cual solicitó que la entidad resolviera interrogantes formulados respecto de su vinculación (Fls. 52 a 54).

3.16. Copia del Acuerdo No. 013 del 2017, mediante el cual se señalan las funciones de un auxiliar del área de la salud (Fls. 285 a 289).

- PRUEBA TESTIMONIAL E INTERROGATORIO DE PARTE:

Declaraciones rendidas el 3 de octubre de 2017, por las personas Erika Rocío Tinjaca Cañón, Andrea Marcela Rodríguez Piraquive y Johana Ramírez Suárez (Fls. 275 a 278), las cuales se encuentran en medio magnético obrante a folio 279 del expediente.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

La Constitución de 1991 en desarrollo del Estado Social de Derecho, consagró en su artículo 53¹ la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo, y determinó como principios fundamentales del derecho laboral entre otros la primacía de la realidad sobre 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.

Igualmente, en el Capítulo II ibídem, de la función pública, consagró en sus artículos 122 y 125 lo siguiente:

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (...).”

“Art. 125.- 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 (...).”

Conforme lo anterior, nuestro régimen jurídico tiene previstos 5 clases de empleos públicos a saber: a) los empleados públicos de carrera administrativa: vinculados a través de una relación legal y reglamentaria; b) los trabajadores oficiales: vinculados a través de un contrato laboral, c) los servidores vinculados por elección popular, d)

¹ ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

(...) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

los empleados de libre nombramiento y remoción y f) la categoría residual que depende de la denominación que le de la Constitución y la Ley.

En ese orden de ideas, todas las necesidades que va creando la sociedad dentro de sus relaciones interpersonales deben ser provistas por las entidades administrativas a través de los diferentes empleos públicos creados por el Estado para cumplir en mayor medida los principios de la función pública.

Es por esto, que el artículo 125 y 209 de la Constitución Política establecen como pilar fundamental del Estado Colombiano la carrera administrativa ya que a través de esta se garantiza que la función pública sea prestada por personas calificadas que ingresan a las entidades a través del mérito en igualdad de condiciones y conforme a los principios de eficacia, eficiencia, moralidad, imparcialidad y transparencia. En ese orden de ideas, el ideal es que por regla general los servicios prestados por el Estado, sean realizados por servidores públicos que ocupen empleos de carrera administrativa.

Ahora bien, pueden existir momentos en los cuales el personal de carrera administrativa resulte insuficiente para atender todas las necesidades que va creando la sociedad, por lo cual el Estado debe buscar mecanismos que le permitan atender en el menor tiempo posible cada una de esas contingencias.

Por ende, en caso de que los elementos esenciales del contrato de prestación de servicios se desfiguren, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.

Por su parte, en tratándose de contratos de prestación de servicios celebrados por las Empresas Sociales del Estado la Ley 100 de 1993, consagró en sus artículos 194 y 195 lo siguiente:

*"ARTÍCULO 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las **Empresas Sociales del Estado**, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o*

concejos, según el caso, **sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.**

ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

(...)

6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

(...)” (Negrilla fuera de texto).

De la anterior normativa, se colige que los asuntos contractuales se enmarcan en el régimen privado consagrado en el Código Civil, que si bien, no establece específicamente el contrato de prestación de servicios, si dispone en su artículo 1973 el contrato de arrendamiento, en virtud del cual *“dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”*.

A su vez, el contrato de prestación de servicios, objeto del litigio, está definido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, de la siguiente manera:

“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.”²

De conformidad al precedente normativo, son dos las condiciones para que las entidades estatales puedan celebrar contratos de prestación de servicios, a saber: i) que se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y ii) que se trate de actividades que no pueden desarrollarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, lo cuales se deben celebrar por el término estrictamente indispensable. No obstante lo anterior, el contrato de prestación de servicios no puede ser utilizado por las entidades administrativas para ocultar verdaderas relaciones de trabajo.

² Las expresiones subrayadas fueron declaradas EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154 de 1997, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

Al respecto, el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 y el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, señalaron que se encuentra taxativamente prohibido que las entidades estatales recurran al contrato de prestaciones de servicios para ejercer funciones permanentes, disposiciones normativas que fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-614 de 2009 en la cual dicho alto tribunal fue claro al determinar que las funciones permanentes designadas por la Ley y Reglamento las deben ejercer el personal de planta de la entidad que ingresaron a través del sistema de carrera administrativa, esto para evitar que se escondan verdaderas relaciones laborales y se desnaturalice el contrato de prestación de servicios establecido en la Ley 80 de 1993.

Por ello, el artículo 48 numeral 29 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), señala como falta gravísima celebrar contratos 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.

Ahora bien, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:

"ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle 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 contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliquen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen."

De lo anterior, se entiende que existe contrato de trabajo cuando se presentan los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva y la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.

En tal sentido, en caso que se compruebe que en un contrato de prestación de servicios concurren esos tres elementos, el trabajador tendrá derecho a que se paguen las prestaciones sociales y demás derechos salariales que se dejaron de percibir.

Respecto a las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, la Corte Constitucional en sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, con ponencia del magistrado Dr. Hernando Herrera Vergara, señaló:

"(...)

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.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."

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.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de

conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

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.

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

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.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los

servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.” (Negrillas fuera del texto).

En la parte resolutive dispuso:

“Declarar EXEQUIBLES las expresiones ‘no puedan realizarse con personal de planta o’ y ‘En ningún caso generan relación laboral ni prestaciones sociales’ contenidas en el numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, ‘salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada”.

En virtud del contexto jurisprudencial que antecede, se resalta que el elemento que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios es la subordinación o dependencia, caso en el cual si se demuestra que el mismo concurre hay lugar al pago de las prestaciones sociales.

Ahora bien, el Consejo de Estado en reiterados pronunciamiento ha indicado que la continuada subordinación, prestación personal del servicio y remuneración como contraprestación, desvirtúan el contrato estatal de prestación de servicios, en consideración a que se está ante la existencia de una relación laboral y por ende se deben reconocer y pagar las prestaciones sociales, sin que ello signifique que el contratista adquiera la calidad de empleado público dado que como se indicó sólo existen 5 formas en las cuales una persona se puede vincular con el Estado.

Lo anterior, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, lo que conlleva al amparo de los derechos mínimos de los trabajadores y a garantizar primordialmente el derecho a la igualdad.

En tal sentido, la Sección Segunda del Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter, expediente con radicado interno No. 0088-15, demandante: Lucinda María Cordero Causil, demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, discurrió:

“(…)

De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral,

esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado "contrato realidad" aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) 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; y (iii) por el hecho de que se declare 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, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión." (Negrillas fuera de texto).

De conformidad al precedente jurisprudencial, al demostrar la existencia de los requisitos referidos se supera toda duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de los empleados de planta, evitándose de esta manera que se siga ocultando la naturaleza real de la actividad laboral bajo un contrato de prestación de servicios.

2. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora Johana Ramírez Suarez, a través de apoderado judicial, deprecó la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 100-0667-2015 del 7 de abril de 2015, mediante el cual el Hospital de Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, negó la

existencia de una relación laboral y como consecuencia negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

En ese sentido, para establecer si la actora tiene derecho a lo pretendido es menester corroborar si en los contratos de prestación de servicios celebrados con la hoy demandante se acredita o no la existencia de los tres elementos de la relación laboral y en caso de demostrarse que existió una relación de subordinación o dependencia, habría lugar a ordenar el reconocimiento de las prestaciones sociales a favor del contratista en virtud del artículo 53 de la Constitución Política³, situación en la cual quedaría desvirtuada la existencia de un contrato de prestación de servicios.

Se reitera entonces, que los elementos esenciales del contrato de trabajo son:

- a. La prestación personal del servicio por parte del trabajador;
- b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, quien tiene la facultad 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; y
- c. La remuneración como contraprestación del servicio.

Entonces se procede a estudiar en el presente asunto los referidos elementos de la siguiente manera:

- **De la prestación personal del servicio**

Se encuentra acreditado dentro del proceso que la demandante prestó sus servicios al Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, a través de la suscripción de varios contratos de prestación de servicios, los cuales se relacionan a continuación y en los que desarrolló actividades de AUXILIAR DE ENFERMERÍA, desde el 13 de mayo de 2010 hasta el 31 de agosto de 2014, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios conforme a los contratos obrantes en medio magnético a folio 283:

³ Establece el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales, en aras de proteger los derechos mínimos de las personas, contemplados en normas que regulan la materia y garantizar el derecho a la igualdad.

CONTRATO	TERMINO DE DURACIÓN	ADICIÓN O PRÓRROGA
5-397-2010	Desde el 13 de mayo de 2010 hasta el 30 de junio de 2010.	Hasta el 31 de julio de 2010. Hasta el 31 de septiembre de 2010. Hasta el 31 de octubre de 2010. Hasta el 3 de enero de 2011.
5-254-2011	Desde el 4 de enero de 2011 hasta el 31 de marzo de 2011.	
5-587-2011	Desde el 1º de abril de 2011 hasta el 30 de abril de 2011.	Hasta el 30 de junio de 2011.
5-896-2011	Desde el 1º de julio de 2011 hasta el 31 de julio de 2011.	Hasta el 31 de agosto de 2011. Hasta el 30 de septiembre de 2011. Hasta el 31 de octubre de 2011. Hasta el 30 de noviembre de 2011. Hasta el 15 de diciembre de 2011. Hasta el 3 de enero de 2012.
5-228-2012	Desde el 4 de enero de 2012 hasta el 29 de febrero de 2012.	Hasta el 30 de abril de 2012.
627	Desde el 1º de mayo de 2012 hasta el 27 de mayo de 2012.	Hasta el 30 de junio de 2012. Hasta el 25 de julio de 2012. Hasta el 8 de agosto de 2012.
1462	Desde el 13 de agosto de 2012 hasta el 12 de septiembre de 2012.	Hasta el 30 de septiembre de 2012. Hasta el 10 de octubre de 2012. Hasta el 31 de octubre de 2012. Hasta el 10 de diciembre de 2012 ⁴ .
	Desde el 11 de diciembre de 2012 hasta el 1º de enero de 2013 ⁵ .	
	Desde el 2 de enero de 2013 hasta el 31 de enero de 2013 ⁶ .	
O-1574	Desde el 1º de febrero de 2013 hasta el 30 de abril de 2013.	
O-2353	Desde el 1º de mayo de 2013 hasta el 31 de mayo de 2013.	Hasta el 30 de junio de 2013 ⁷ .
O-3924	Desde el 2 de julio de 2013 hasta el 29 de julio de 2013.	
O-4796	Desde el 30 de julio de 2013 hasta el 22 de agosto de 2013.	Hasta el 23 de agosto de 2013. Hasta el 2 de setiembre de 2013.
O-5624	Desde el 3 de septiembre de 2013 hasta el 31 de septiembre de 2013.	Hasta el 1º de octubre de 2013. Hasta el 2 de octubre de 2013. Hasta el 31 de octubre de 2013. Hasta el 5 de diciembre de 2013. Hasta el 1º de enero de 2014.
O-398	Desde el 4 de enero de 2014 hasta el 31 de enero de 2014.	
O-1212	Desde el 1º de febrero de 2014 hasta el 30 de abril de 2014.	
O-2117	Desde el 1º de mayo de 2014 hasta el 30 de julio de 2014.	
O-3026	Desde el 1º de agosto de 2014 hasta el 31 de agosto de 2014.	

⁴ Certificación obrante a folio 12.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem.

De lo anteriormente relacionado se tiene que la actora desarrolló su labor de auxiliar de enfermería en el Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, durante más de 4 años de manera ininterrumpida mediante contratos de prestación de servicios.

- Remuneración

De conformidad a los contratos de prestación de servicios objeto de prueba del presente asunto y que obran en cuaderno separado, se evidencia que el Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE efectuó el pago mensual a la señora Johana Ramírez Suárez por los servicios prestados como auxiliar de enfermería.

- Subordinación o dependencia del trabajador

La Corte Constitucional en sentencia C-386 de 2000, definió la subordinación *"como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa (...)*.

Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél (...)".

A su vez, la mentada Corporación en sentencia C-665 de 1998, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, manifestó que el elemento esencial, tipificador y diferencial del contrato de trabajo es la subordinación, teniendo en cuenta que *"No pueden darse relaciones de trabajo sin un poder de dirección y un*

deber de obediencia, es decir sin aquél elemento de subordinación en el cual justamente los juristas ven la señal inconfundible del contrato de trabajo”.

Respecto a este requisito, igualmente el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha señalado que es primordial la configuración de la subordinación, por ser el pilar que esclarece la existencia de la relación laboral que se mantenía oculta bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios.

En ese sentido, la figura jurídica de la subordinación atañe a la facultad que tiene el empleador para impartir órdenes al trabajador que condicionan la prestación del servicio, atinentes al desempeño de las funciones del empleado.

Contario sensu a la subordinación o dependencia están las condiciones de autonomía e independencia para la ejecución del contrato que son facultades propias y consustanciales de los contratos de prestación de servicios.

En ese sentido, se procederá a realizar un análisis de las pruebas obrantes en el expediente, con el fin de establecer si se encuentra configurada la subordinación o dependencia.

Cláusulas del contrato de prestación de servicios frente al concepto de subordinación

Una vez revisados los contratos suscritos por la actora con la entidad demandada, se colige de las cláusulas allí contenidas que los mismos no fueron ejecutados con total independencia y autonomía, siendo estos requisitos propios del contrato de prestación de servicios, tal como pasa a citarse:

El objeto de los diversos contratos suscritos entre la entidad demandada y la hoy demandante, fue el siguiente:

- *“En desarrollo del presente contrato el CONTRATISTA se compromete para con el HOSPITAL a realizar las siguientes actividades: 1. Recibo y entrega de turno del servicio y sus pacientes con la enfermería según las normas de la institución. 2. Proporcionar información clara y oportuna al paciente y sus familiares, según su nivel de competencia. 3. Brindar cuidado directo al paciente: toma de signos vitales, hoja neurológica, control de líquidos, aseo de pacientes, canalización de*

venas, toma de muestras de laboratorio, rotulación de líquidos y mezclas, verificación de permeabilidad de vena 4. Registrar notas de enfermería todo cambio y procedimiento que se realice en el paciente. 5. Velar que los reportes de laboratorio y demás paraclínicos se encuentren oportunamente en las historias clínicas de todos los pacientes. 6. Aplicar normas de bioseguridad durante la atención de pacientes. 7. Conocer y aplicar las normas de precaución con sangre y líquidos corporales durante la atención a pacientes. 8. Realizar registros de enfermería a todo paciente que ingrese al servicio. 9. Adoptar medidas de seguridad para la atención del paciente. 10. Entrega de pacientes a otros servicios según las normas del servicio. 11. Asistir a los pacientes durante su traslado en ambulancia cuando sea necesario. 12. Prevenir accidentes durante la atención o traslado del paciente. 13. Mantener las dependencias del servicio y sus elementos listos, ordenados y adecuados para la atención de los pacientes. 14. Utilizar racionalmente el material de consumo que sea necesario para cumplir el objeto contractual. 15. Asistir al médico o enfermera en procedimientos especiales. 16. Mantener estricta técnica aséptica durante todos los procedimientos. 17. Administrar dietas, teniendo en cuenta el recurso humano del servicio y las órdenes médicas. 18. Administrar cuidados específicos durante la alimentación y oxigenoterapia según las normas establecidas. 19. Llevar controles estrictos en pacientes preeclámpticas y eclámpticas. 20. Dar educación a la madre en cuidados, puericultura, planificación familiar y durante el post-parto en el hogar. 21. Realizar los controles adecuados e indicados por el médico a toda paciente obstétrica durante el pre y post-parto. 22. Verificar la correcta entrega del recién nacido a la familia. 23. Preparar al paciente quirúrgico, según el procedimiento a realizarse (ayuno, retiro de maquillaje, prótesis, etc.). 24. Fomentar el autocuidado del paciente adulto. 25. Proporcionar cuidados especiales a pacientes de toracotomía, amputados, contaminados, cirugía general, ortopedia, etc.). 26. Realizar los cuidados propios de enfermería, según las normas de la institución y el ejercicio propio de enfermería. 27. Informar al médico y a la jefe de enfermería sobre manifestaciones del paciente, acerca de efectos secundarios de medicamentos ingeridos. 28. Dar apoyo a la familia durante la muerte y/o a pacientes en estado Terminal. 29. Verificar funcionamiento adecuado de la incubadora o de equipos requeridos para la atención del paciente. 30. Llevar control estricto de los elementos que se encuentran en el inventario del servicio asignado. 31. Realizar correctamente el aseo de incubadoras, lámparas de fototerapia, calentadores, atriles, pesabebés, etc. 32. Diligenciar adecuadamente toda la papelería que sea de su competencia, tanto en lo asistencial como en lo administrativo (facturación, estadísticas, etc.). 33. Asistir a capacitaciones y reuniones programadas por la subdirección u otra dependencia. 34. Realizar balanceo mensual del trabajo desarrollado y hacerla conocer por el departamento de enfermería. 35. Realizar las demás actividades acordadas con el objeto del contrato. 36. Responder por los elementos entregados para el desempeño de sus actividades en concordancia con el inventario que para tal efecto se realice.”

- “EL CONTRATISTA se compromete para con EL HOSPITAL a Ejecución de actividades de auxiliar de enfermería, al paciente, familia y comunidad, mediante la prestación oportuna y eficiente del servicio, de acuerdo con los protocolos establecidos.”
- “EL CONTRATISTA se compromete para con EL HOSPITAL a Prestar servicios personales de apoyo y soporte, en la ejecución de actividades asistenciales en el área de Enfermería.”

De otro lado, se estableció como obligación del contratista:

- *“EL CONTRATISTA se obliga a: 1) Ejecutar el objeto contractual, acatando las especificaciones técnicas señaladas 2) Guardar la confidencialidad de la información que se ponga a su disposición, de acuerdo con las normas propias de su profesión o actividad y de acuerdo con los protocolos de servicio de EL HOSPITAL. 3) Responder y velar por el buen uso y mantenimiento de los bienes y elementos entregados por EL HOSPITAL. 4) Acreditar la afiliación y pago a los sistemas obligatorios de salud, pensión. 5) Autorizar a EL HOSPITAL a realizar mensualmente la deducción del valor que establezca la Administradora de Riesgos Laborales (ARL) como aporte al Sistema General de Riesgos Laborales. 6) Velar por el cumplimiento de las normas y reglamentos de EL HOSPITAL. 7) Tramitar ante las diferentes dependencias el certificado de cumplimiento y paz y salvo previo al último pago o cuando EL CONTRATISTA se retire de la entidad. 8) Portar el carné de identificación del contratista. 9) Cumplir con la política de la empresa en cuanto a la productividad, calidad y servicios. 10) Asistir a las reuniones y/o convocatorias efectuadas por EL HOSPITAL. 11) La responsabilidad del manejo de equipos, usuarios y claves asignadas por EL HOSPITAL a EL CONTRATISTA con el fin de realizar la función propia del objeto contractual, será exclusiva de EL CONTRATISTA, quien deberá responder por cualquier tipo de manipulación de los mismos por parte de terceros, ya que estas son personales e intransferibles. 12) En caso de presentarse pérdida o daño del o de los elementos asignados, la novedad deberá reportarse de forma escrita al interventor o supervisor del contrato dentro de los dos días (2) hábiles siguientes a la ocurrencia de los hechos y deberá responder por ellos cuando sea su responsabilidad. 13) Dar cumplimiento a lo establecido en la Resolución No. 015 de 2013, por medio de la cual se adopta un Compromiso Ético por parte del hospital. 14) Responder por la glosa que se genere con ocasión de la ejecución del objeto contractual, una vez concluida la investigación en donde se determine el grado de responsabilidad del contratista. 15) Dar cumplimiento a los requerimientos de habilitación de la Secretaría Distrital de Salud y los protocolos y procedimientos del Hospital. 16) Dar cumplimiento a los estándares y requisitos del sistema de Garantía de la calidad. 17) Dar cumplimiento a la política de humanización. 18) Dar cumplimiento a la política integrada de calidad. 19) Dar cumplimiento al manejo ambiental de las basuras, desechos, degradables y reciclables y uso de material tecnológico, así como también el cumplimiento de las normas que regulan el plan institucional de gestión ambiental.”*

De otro lado, en el contrato se estipuló que el pago de los honorarios a la actora procede siempre y cuando se presente un informe mensual en donde se evidencien las actividades efectivamente ejecutadas y una certificación de cumplimiento expedida por el interventor o supervisor del contrato dentro de los 5 primeros días del mes siguiente al ejecutado, entre otras.

Adicionalmente, como cláusula de los contratos se estableció la supervisión o interventoría de la siguiente manera:

- *“EL HOSPITAL supervisará el control de la ejecución del objeto contractual a través del SUBDIRECTOR CIENTIFICO del hospital previa certificación*

de cumplimiento expedida por el líder del proceso al cual se encuentra adscrito EL CONTRATISTA”.

En virtud de la cláusula citada, se evidencia que la supervisión o interventoría por parte del Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios Salud ESE a través de un Supervisor, en la ejecución de cada uno de los contratos por parte de la señora Johana Ramírez Suárez en los términos citados, denota sujeción o dependencia laboral.

Ahora, si bien la entidad consagró como cláusulas que *“EL CONTRATISTA se compromete de manera independiente, bajo su propia responsabilidad y autonomía, sin subordinación o dependencia (...)”* y que el contrato *“se ejecutará con total autonomía e independencia sin que entre las partes medie relación laboral alguna. En consecuencia no dará lugar al pago de prestaciones sociales (...)”*, lo cierto es que para esta instancia judicial se encuentra demostrado que la actora debía reportar el cumplimiento de las actividades ordenadas por la entidad, circunstancia que desvirtúa la autonomía e independencia que se predica de un contrato de prestación de servicios.

Así las cosas, una vez revisadas en su conjunto las cláusulas de cada contrato suscrito por las partes, las documentales, las declaraciones y demás pruebas obrantes en el plenario, la actora logró comprobar que su labor se desarrolló bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la entidad demandada, teniendo en cuenta que el supervisor del contrato velaba para que las funciones asignadas se cumplieran a cabalidad, lo que permite de esta manera la configuración de la existencia de una relación laboral que debe ser garantizada en cumplimiento del principio constitucional de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades, establecido en el artículo 53 de la Constitución Política.

Además de lo anterior, a folios 285 a 289 del expediente, se encuentra el Acuerdo N° 013 de 2017 *“Por medio de la cual se Establece el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.”*, en el que se relacionan las funciones de un auxiliar del área de la salud código 412, grado 17, en el que se establecieron las que pasan a citarse:

“1. Asistir al usuario de los servicios de consulta externa, promoción y detección temprana en todo lo que tiene que ver con su preparación, toma de signos

vitales, aplicación de biólogos y suministro de información de acuerdo con los procedimientos establecidos.

2. Realizar las actividades asignadas por el profesional en Enfermería, en los diferentes programas, haciendo los controles indicados a los usuarios llevando los registros exigidos y presentando los consolidados de las actividades realizadas en el periodo de conformidad guías, protocolos y procedimientos establecidos para el servicio.

3. Verificar la correcta administración de los inmunobiológicos de acuerdo con el esquema de vacunación establecida para el menor y la asignación del profesional en enfermería a cargo con la calidad requerida.

4. Realizar el debido diligenciamiento de registros en el aplicativo correspondiente y formatos que se requieren de manera clara, completa y oportuna, en el desarrollo de sus actividades de conformidad con los procedimientos y normas establecidas.

5. Realizar el proceso de desinfección de quipos y áreas críticas de acuerdo con los protocolos de bioseguridad establecidos por la institución.

6. Cumplir con los procedimientos de reserva de la información y privacidad y confidencialidad y entrega de turno establecidos por la entidad.

7. Apoyar en la actualización de los procedimientos, programas, formatos, guías, protocolos y demás documentos que demande el proceso de gestión documental.

8. Ofrecer en el proceso de atención al cliente interno, usuario y familia un trato digno y humanizado.

9. Apoyar activamente en la construcción, consecución de metas y mejora de los indicadores de gestión clínica y administrativa de su competencia, acorde a las metas institucionales y el Plan Operativo Anual.

10. Cumplir la política del Sistema Integrado de Gestión conforme a la normatividad vigente.

11. Desempeñar las demás funciones relacionadas con la naturaleza del cargo y el área de desempeño.”

“1. Efectuar oportunamente el recibo y la entrega de turno, paciente por paciente, indicando los procedimientos realizados, la evolución del paciente, los cuidados y actividades pendientes, teniendo cuidado de no lesionar con dicha información la intimidad del paciente.

2. Realizar una buena prestación del servicio y ambiente físico del paciente, tanto para la admisión como durante la estadía del mismo en el servicio y verificar su dieta.

3. Participar de manera proactiva y dinámica en la revista médica de los pacientes.

4. Realizar acciones educativas sobre aspectos básicos de salud con énfasis en la promoción y cuidado de la enfermedad.

5. Informar oportunamente al enfermero (a) Jefe y/o al médico de turno, sobre los cambios ocurridos en el paciente con respecto a su situación clínica.

6. Efectuar y recolectar las muestras para exámenes de laboratorio según órdenes médicas.

7. Registrar oportuna y claramente en la historia clínica todos los procedimientos de enfermedad aplicados a los pacientes asignados, tales como el control de los signos vitales, control de líquidos administrados y eliminados, notas de enfermería, hoja neurológica y controles especiales, entre otros.

8. Apoyar al jefe del servicio en la entrega al paciente y familia de las instrucciones a seguir luego del egreso hospitalario de rehabilitación.

9. Realizar los registros en los libros correspondientes de cada servicio como inventario, carro de paro.

10. Revisar los servicios de consulta y apoyar al médico en la prestación del servicio.

11. Realizar la vacunación institucional o por canalización mediante el control de neveras biológicas.
12. Apoyar la implementación de los principios de bioseguridad, asepsia y antisepsia en la ejecución de cualquier procedimiento relacionado con la atención del paciente.
13. Apoyar de manera integral la preparación de los diversos lugares de asistencia médica según el área de trabajo.
14. Custodiar las historias clínicas disponibles para la efectiva prestación de los servicios.
15. Revisar el stock dentro del área de los insumos médicos para el desarrollo de las actividades.
16. Apoyar en la actualización de los procedimientos, programas, formatos, guías, protocolos y demás documentos que demande el proceso de gestión documental.
17. Ofrecer en el proceso de atención al cliente interno, usuario y familia un trato digno y humanizado.
18. Apoyar activamente en la construcción, consecución de metas y mejora de los indicadores de gestión clínica y administrativa de su competencia, acorde a las metas institucionales y el Plan Operativo Anual.
19. Cumplir la política del Sistema Integrado de Gestión conforme a la normatividad vigente.
20. Desempeñar las demás funciones relacionadas con la naturaleza del cargo y el área de desempeño.”

En ese sentido, se logró demostrar que las funciones que anteceden fueron realizadas por la hoy demandante, motivo que permite a este Despacho afirmar que la señora Johana Ramírez Suarez efectuó las labores en idénticas condiciones a los auxiliares de enfermería o del área de la salud de personal del Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE.

No obstante lo anterior, no es dable concluir que por existir una relación laboral entre las partes la demandante adquiere la calidad de empleada pública tal como lo pretende la actora, teniendo en cuenta que deben concurrir los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión de conformidad a lo dispuesto en el artículo 122 de la Constitución Política tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado.

Contrario sensu, lo que se predica es la existencia de una verdadera relación laboral que desvirtúa los contratos de prestación de servicios celebrados entre el Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE y la señora Johana Ramírez Suárez, circunstancia que conlleva a reconocer a título de restablecimiento del derecho las prestaciones sociales a su favor.

Ahora bien, este Despacho practicó el 3 de octubre de 2017, los testimonios a las señoras Erika Rocío Tinjaca Cañón y Andrea Marcela Rodríguez Piraquive que obran en medio magnético a folio 279 del expediente, de los cuales se resalta lo siguiente:

Declaración rendida por la señora Erika Rocío Tinjaca Cañón.

- Preguntas de la parte demandante.

PREGUNTADO: *“¿Indíqueme al Despacho si la señora Johana Suárez tenía jefes inmediatos?”*. RESPUESTA: *“Si señora, en primer lugar cuando ella estaba conmigo en urgencias pediátricas pues yo era como tal la jefe inmediata de ella, si ella llegaba a faltar a algún turno o si alguna de las auxiliares de enfermería tenían algún inconveniente yo se lo reportaba a nuestras coordinadoras, en ese caso en la noche era la jefe Mary Luz o el jefe Camilo o la jefe Esteffany”*.

PREGUNTADO: *“¿Indíqueme al Despacho usted como jefe de la señora Johana Suárez como le controlaban el horario?”*. RESPUESTA: *“Entonces el inicio de la entrega de turno, nosotros trabajábamos en el turno de la noche de 7 de la noche a 7 de la mañana, el control del horario de la llegada como tal, entonces se hacía desde la entrega del turno, entonces uno verifica que este todo el personal completo, si alguna de las personas no se encontraba a mi como jefe de turno me tocaba llamar a la coordinadora e informarle quien había faltado y si de pronto tenía conocimiento de porque había faltado esa persona, informarle de una vez porque había faltado, de lo contrario también pasaban administrativos que eran un auditor o el coordinador de turno y esa persona nos hacía como el registro de las personas que estaban en el turno, ya bien sea enfermeros jefes o médicos o auxiliares, en este caso pues ella me preguntaba a mi directamente si las auxiliares que estaban asignadas en el cuadro de rotación estaban durante el turno, (...) si habían firmado cambio de turno o si no, pues que eso había pasado.”*

PREGUNTADO: *“¿Indíqueme al Despacho quién establecía estos turnos que tenían que cumplir las auxiliares de enfermería?”*. RESPUESTA: *“Los turnos los establecía como tal el Departamento de Enfermería direccionados por la jefe de departamento que ya tenía sus coordinadores asignados en los turnos y el departamento hacía*

una asignación de un cuadro de rotación mensual, en el cual aparecían todos los días del mes y así asignaba con una x sobre cada auxiliar de enfermería que turno les correspondía (...)”.

PREGUNTADO: *“¿Indíqueme al Despacho si en el servicio que se encontraba usted y la señora Johana Ramírez Suárez se encontraban personas de planta?”*.

RESPUESTA: *“(...) Si había personal de planta”*.

PREGUNTADO: *“¿Indique al Despacho si estas personas de planta hacían las mismas funciones que realizaba la señora Johana Ramírez Suárez?”*.

RESPUESTA: *“Si la persona de planta ejecutaba las mismas funciones del personal de auxiliar de enfermería (...). Las mismas funciones las tenían los dos, sean de planta o sean de contrato”*.

Declaración rendida por la señora Andrea Marcela Rodríguez Piraquive.

- Preguntas de la parte demandante.

PREGUNTADO: *“¿Indíqueme al Despacho si usted conocía en el servicio que estaba con la señora Johana Suárez personal de planta?”*. RESPUESTA: *“En el servicio de urgencias pediátricas estaba Aidé, una auxiliar de la mañana, ella estaba de planta ahí (...)*”.

PREGUNTADO: *“¿Indíqueme al Despacho si la señora Aide hacía las mismas funciones que realizaba la señora Johana Suarez como auxiliar de enfermería?”*.

RESPUESTA: *“Si ella realizaba las mismas funciones que nosotras (...)*”.

PREGUNTADO: *“¿Indíqueme al Despacho si usted sabe si la señora Johana Ramírez Suarez tenía que identificarse con un carné como empleada del Hospital Meissen?”*. RESPUESTA: *“Si, todos teníamos el carné que nos identificaba (...)*”.

PREGUNTADO: *“¿Este carné era el mismo que utilizaba personas de planta o eran diferentes?”*. RESPUESTA: *“Era el mismo carné que utilizábamos (...)*”.

Por su parte, del interrogatorio rendido por la señora Johana Ramírez Suárez se destaca que: (i) trabajó de manera constante e ininterrumpida al servicio del Hospital Meissen II Nivel ESE; (ii) prestó sus servicios como auxiliar de enfermería bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios; (iii) recibía funciones del jefe inmediato; (iv) cumplía un horario de trabajo que empezaba desde las 7 de la noche hasta las 7 de la mañana y (v) se identificaba con un carné del Hospital, el cual era el mismo para todo el personal de la Institución.

De las declaraciones que preceden se extrae que la actora cumplía con un horario de trabajo de 12 horas diarias en turnos de noche, que cumplía órdenes de un superior –supervisor o jefe- y que las funciones asignadas a la contratista Johana Ramírez Suárez son las mismas designadas a los auxiliares de enfermería o del área de la salud de planta.

En tal sentido, para este recinto judicial se refleja igualmente la subordinación y dependencia del Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE sobre las funciones de la actora, circunstancia que a todas luces desvirtúa la autonomía e independencia en la prestación del servicio por parte de la señora Johana Ramírez Suárez, teniendo en cuenta que está comprobada la verdadera existencia de una relación laboral entre la actora y la entidad demandada, puesto que concurren los 3 requisitos, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración por los servicios prestados y principalmente el cumplimiento de sus labores bajo la subordinación o dependencia de la entidad.

En un caso de similares características el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección “A”, en sentencia del 14 de septiembre de 2017, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter, demandante: Martín Alberto Gómez Rueda, demandado: Patrimonio Autónomo de Remanentes (PAR) de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, representado por La Fiduciaria Popular S. A. (FIDUPOPULAR S. A), expediente No. 68001-23-31-000-2010-00056-01(2543-14), adujo que se configuró la existencia de una relación laboral entre las partes al discurrir:

“(..)

De lo anterior, se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral,

esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende a la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

(...)

Como se puede observar, estos testimonios son dignos de ser creíbles por cuanto son consistentes y armónicos en los hechos narrados entre sí, con las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que se demuestran dos de los tres elementos de la relación laboral: la prestación personal del servicio y la subordinación, y, sobre todo, que el demandante ejerció la labor en forma subordinada o dependiente respecto del empleador, sujeto a órdenes del director y del subdirector de salud. El tercer factor (la remuneración) se encuentra establecido en los contratos de prestación de servicios ejecutados con el valor de los honorarios recibidos durante su ejecución (ff. 129-183).

Así las cosas, en atención a que en el presente caso se encuentra demostrada la existencia de una relación laboral disfrazada bajo contratos u órdenes de prestación de servicios, hay lugar a dar aplicación a los principios de igualdad e irrenunciabilidad de derechos en materia laboral (artículos 13 y 53 de la Carta Política); y, en consecuencia, la Sala estima que se debe confirmar la sentencia de primera instancia.

En este orden, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, que accedió a las súplicas de la demanda.

(...)"

Bajo las anteriores consideraciones, se reitera entonces que entre la señora Johana Ramírez Suarez y el Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, existió una verdadera relación laboral, la cual se encontraba oculta por un contrato de prestación de servicios, por lo cual este Despacho pasará a verificar si en el asunto de la referencia se configura la prescripción extintiva de los contratos suscritos o el fenómeno jurídico de la caducidad de las prestaciones sociales reclamadas por la demandante.

Prescripción extintiva del derecho en contrato realidad

La prescripción *"tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que para reclamar los derechos que se consideran adquiridos se debe respetar el lapso establecido para el efecto, so pena de perderlos"*⁸; no obstante, en los asuntos que refieren a la declaración

⁸ Consejo de Estado, en providencia del 13 de mayo de 2015, Magistrada Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del proceso No. 680012331000200900636 01

de la existencia del contrato realidad, el Consejo de Estado mediante sentencia del 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dictada dentro del proceso No. 230012333000201300260011, unificó lo que atañe al asunto al discurrir:

(...)

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.

(...)"

Con lo anterior, la honorable Corporación de lo Contencioso Administrativo dispuso que: (i) el interesado debe solicitar la existencia de la relación laboral y como consecuencia el reconocimiento y pago de los derechos laborales a que haya lugar dentro de los tres (3) años contados a partir de la terminación del último contrato de prestación de servicios, de conformidad con las previsiones de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969; (ii) en los contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y con un lapso de interrupción entre uno y otro, la prescripción debe contabilizarse a partir de la fecha de terminación de cada uno de ellos y (iii) el fenómeno jurídico de la prescripción no es aplicable a los aportes para pensión, por tratarse de un derecho pensional imprescriptible y que se causa día a día.

En ese sentido, el Despacho procede a verificar si en el presente asunto se configura el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva del derecho, razón por la cual, se encuentra demostrado que la actora prestó sus servicios de manera

continua e ininterrumpida desde el periodo comprendido entre el 13 de mayo de 2010 hasta el 31 de agosto de 2014, fecha en que finalizó el último contrato de prestación de servicios que corresponde al No. O-3026 de 2014, de conformidad a los contratos obrantes en medio magnético que contiene los antecedentes administrativos visto a folio 283 y en la certificación obrante a folios 12 y 13 del cuaderno principal.

Así las cosas, se advierte que la parte actora tenía hasta el 31 de agosto de 2017, para reclamar la existencia de una relación laboral y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Entonces, revisadas las documentales obrantes en el expediente se logró demostrar que la actora presentó escrito en ejercicio del derecho de petición el 12 de marzo de 2015 (Fl. 11), mediante el cual solicitó la existencia de una relación laboral y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, por lo cual queda plenamente demostrado que no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva de los derechos reclamados por la demandante en el asunto de la referencia, en consideración a que no se superó el término de 3 años con que contaba para provocar el pronunciamiento de la entidad.

Caducidad de las prestaciones sociales reclamadas por la demandante

Teniendo en cuenta que el asunto de la referencia gira en torno al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que se causaron con ocasión a la existencia de una relación laboral entre la señora Johana Ramírez Suárez y el Hospital Meissen II Nivel ESE ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, es necesario establecer si el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se ejercitó dentro del término de caducidad de 4 meses, establecido en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, según el cual:

“Artículo 164.

(...)

1. En los siguientes términos so pena de que opere la caducidad:

*d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de **cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o***

publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales.” (Negrillas fuera de texto) (...)

Ahora, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera –Subsección C, en providencia del 24 de marzo de 2011, expediente No. 05001-23-24-000-1996-02181-01(20836), demandante: William Humberto Melguizo Marquez y otros, demandado: Instituto de Seguros Sociales, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero, definió la caducidad en los siguientes términos:

“(…) La caducidad es la sanción que consagra la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, se ve limitado el derecho que le asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional del poder público.

Es decir, las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir que situaciones permanezcan en el tiempo, sin que sean definidas judicialmente. En otros términos, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio de una determinada acción y, con el fin de satisfacer una pretensión específica, acudan al aparato jurisdiccional a efectos de que el respectivo litigio o controversia, sea resuelto de manera definitiva por un juez de la república con competencia para ello.

Así las cosas, es la propia ley la que asigna una carga⁹ a los integrantes del conglomerado social para que, ante la materialización de un determinado hecho, actúen con diligencia en cuanto a la reclamación efectiva de los derechos reconocidos sustancialmente por las disposiciones jurídicas que de dichos supuestos fácticos se desprenden, sin que las partes puedan convenir en su desconocimiento, modificación o alteración. (...)

En este orden de ideas, es necesario precisar que la demandante debió acoger el término de los 4 meses para acceder a la jurisdicción, previo agotamiento del requisito de procedibilidad, de esta manera, se procede a determinar si operó o no el fenómeno de la caducidad.

Ahora, respecto a la manera de contabilizar el término de caducidad, el Tribunal Administrativo de Boyacá –Sala de Decisión No. 5, con ponencia del Magistrado Felix Alberto Rodríguez Riveros, en providencia de 7 de febrero de 2013, demandante: Olga María Senejoa Nuñez, demandado: Municipio de Duitama, expediente No. 15693-3133-001-2012-00098-01, indicó lo que pasa a citarse:

⁹ “(...) durante la marcha del proceso son innumerables las ocasiones en que corresponde a la parte ejercitar determinado acto, cuya omisión le traerá la pérdida de una oportunidad procesal; es lo que se denomina cargas procesales.” DEVIS Echandía, Hernando “Teoría General del Proceso”, Ed. Universidad Editores, Buenos Aires, Pág. 44.

"(...)

Con posterioridad a la reforma introducida al inciso segundo del artículo 136 del C.C.A por el Decreto 2304 de 1989, el Consejo de Estado volvió a pronunciarse en relación con el momento desde el cual debe contabilizarse el término de caducidad, modificando el criterio fijado en la sentencia aducida por el impugnante en esta ocasión cuyo aparte quedó antes transcrito, según el cual, en todo caso, el término de caducidad debía contarse desde el momento en que el servidor hacía dejación material del cargo, sin interesar si antes había sido comunicado, notificado o publicado el acto administrativo demandado.

En efecto, en fallo de 21 de noviembre de 1991 el Consejo de Estado señaló:

"(...) el cómputo del término de caducidad de la acción contencioso subjetiva, es desde la fecha en la que el interesado tiene conocimiento del acto, bien por notificación, comunicación o publicación, y en defecto de éstas, de la ejecución, pues si el particular no es informado de él por la administración, es entonces cuando razonablemente se presume enterado de su existencia (...)"³.

*Así las cosas, el término de caducidad, de conformidad con la nueva postura del Consejo de Estado, **debe contarse a partir del día siguiente de la publicación, notificación o comunicación, y sólo en defecto de éstas, desde la ejecución del acto administrativo.***

El nuevo criterio, más ajustado a la literalidad de la norma, ya que entiende que el término de caducidad debe contarse desde que tenga ocurrencia uno de los hechos señalados en ella, y no sólo el último de los indicados, esto es la ejecución del acto administrativo, lo cual concluiría en el establecimiento de una regla diferente y contraria a la norma, en la que se harían nugatorias las demás opciones previstas normativamente, ha sido reiterado por el Consejo de Estado y precisado, facilitando con ello su aplicación.

(...)

Por ello, no tiene incidencia la ejecución del Acto Administrativo, a menos que se tome ésta como figura sustitutiva a falta de publicación, comunicación o notificación.

(...)". (Negrilla fuera de texto)

De la jurisprudencia en cita, se infiere que el término de caducidad se cuenta desde el día siguiente a la notificación, publicación o comunicación del acto, y que a falta de dicha constancia, se contabiliza desde el momento en que se ejecuta el acto administrativo.

Así las cosas, de las documentales obrantes en el expediente, está demostrado que (i) el Oficio No. 100-0667-2015, acto demandado en el asunto de la referencia, fue expedido el 8 de abril de 2015 (Fl. 11), sin que proceda recurso alguno en contra del mismo; (ii) a folio 3 del expediente obra constancia de conciliación expedida por la Procuraduría 80 Judicial I para asuntos administrativos, en la que se indicó que la actora presentó solicitud de conciliación el 16 de junio de 2015, la cual se expidió el

18 de agosto del mismo año; (iii) la actora radicó demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral el 24 de septiembre de 2015 (Fl. 85); (iv) ante la falta de jurisdicción y competencia el Juzgado 10º Laboral del Circuito de Bogotá ordenó remitir las diligencias a los juzgados administrativos de Bogotá (Fl. 130) y (v) el expediente fue radicado ante la Oficina de Apoyo el 26 de julio de 2016, correspondiendo por reparto a esta instancia judicial (Fl.132).

En ese orden de ideas, no se encuentra configurada la excepción de caducidad, teniendo en cuenta que no se superó el término de 4 meses de que trata el literal d) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA, motivo por el cual no hay lugar a declarar su prosperidad.

En ese sentido, al encontrarse comprobada la existencia de una relación laboral este Despacho ordenará el reconocimiento al pago de las prestaciones sociales que le corresponden por ley a los auxiliares de enfermería o del área de la salud, debidamente indexadas, precisándose que para determinar el monto de las sumas a reconocer a la demandante se tendrá como asignación básica el valor de los honorarios pactados en los periodos de tiempo correspondientes a cada uno de los contratos celebrados.

Respecto de las vacaciones, se señala que no constituyen factor salarial, toda vez que las mismas *“no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador (...)”*¹⁰, que se otorga al cumplir un año de prestación de servicios, situación que además no concurrió en el asunto de la referencia en consideración a que cada uno de los contratos celebrados no superó el término de un (1) año de que trata el artículo 8º del Decreto 1045 de 1978¹¹, circunstancia que permite concluir que la demandante no adquirió tal derecho y por ende, no pueden ser reconocidas en dinero como compensación, en tal sentido el Despacho no accederá a su reconocimiento.

En relación con la devolución de los dineros por concepto de aportes a la Seguridad Social Integral (salud, pensión), el Despacho siguiendo la pauta jurisprudencia trazada por la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P.: Víctor Hernán Alvarado Ardila, radicado: 250002325000200607509 01.

¹¹ Artículo 8: *“De las vacaciones. Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios, salvo lo que se disponga en normas o estipulaciones especiales (...)”*.

2016, ordenará que la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE tome el ingreso base de cotización de la demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en pensiones, cotizar la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó durante su vínculo contractual y, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora, por el periodo trabajado entre el 13 de mayo de 2010 hasta el 31 de agosto de 2014 (descontando los días de interrupción).

De otro lado, el Despacho se abstendrá de ordenar la devolución de los valores descontados por concepto de retención en la fuente que le fueron practicados a la demandante, teniendo en cuenta que al ser un impuesto legal la entidad demandada debió ponerlos a disposición de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, lo que da a concluir que no ingresaron al patrimonio de la entidad y ordenar su devolución conllevaría a un detrimento patrimonial que la entidad demandada no está en la obligación de soportar.

Respecto de la indemnización por despido injusto solicitada en las pretensiones de la demanda, esta instancia se permite reiterar que en el presente asunto se demostró la existencia de una relación laboral, la cual se encontraba oculta con la suscripción de contratos de prestación de servicios, circunstancia por la cual, no hay lugar a predicar que la entidad demandada despidió sin justa causa a la actora.

En virtud de lo anterior, no estamos ante un despido, teniendo en cuenta que la señora Ramírez prestó su servicios al Hospital Meissen II Nivel ESE por el periodo de tiempo estipulado en cada uno de los contratos suscritos, razón por la cual, su vínculo finalizó una vez culminó el periodo de duración del último contrato de prestación de servicios No. O-3026 de 2014, esto es, el 31 de agosto de 2014.

Ahora bien, en lo atinente al pago de un día de salario por cada día de retardo en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, se hace indispensable indicar que no es procedente acceder a tal pretensión teniendo en cuenta que el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se ordenará reconocer en la

parte resolutive del presente fallo al encontrarse demostrada la verdadera existencia de una relación laboral entre las partes, situación que permite relevar a la entidad demandada del pago de dicha mora o indemnización alguna de que trata la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

Por otra parte, respecto de los perjuicios morales solicitados por el actor, se advierte que la parte actora no aduce la causa de los mismos, como tampoco existe prueba siquiera sumaria que permita inferir la ocurrencia de los mismos, por lo cual, no se accederá a tal solicitud.

Como sustento de lo anterior, se cita pronunciamiento del Consejo de Estado¹², mediante el cual se negó el reconocimiento de los perjuicios morales, al señalar:

*“(...)
De igual forma se negará el reconocimiento y pago de los perjuicios morales, solicitados por el actor, pues no fue probado dentro del plenario la presencia de un daño que deban ser indemnizados patrimonialmente. Sobre el particular debe reiterarse que el daño para que pueda ser indemnizado debe ser antijurídico cierto y concreto; por ello, es un imperativo que quien alegue sufrirlo debe probarlo, circunstancia que se repite no se observó en el caso concreto.
(...)”*

Además de las anteriores consideraciones, se precisa que no hay lugar a reconocer prima extralegal alguna, en consideración a que la facultad de crear las mismas en favor de los empleados que prestan sus servicios a las entidades públicas corresponde al Gobierno Nacional.

Finalmente, se indica que es la parte interesada a la que le corresponde entregar copias al Ministerio del Trabajo de la sentencia proferida en el asunto de la referencia una vez se encuentre ejecutoriada para que proceda en los términos del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, motivo por el cual, este Despacho se abstendrá de realizar dicho trámite.

En consecuencia:

- (i) Se decretará la nulidad del Oficio No. 100-0667-2015 del 7 de abril de

¹² Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 10 de septiembre de 2015, expediente interno No. 0917-2012, demandante: Wilmer Uriel García Mendoza, demandado: Autoridades Nacionales.

2015, con sello del Hospital Meissen II Nivel ESE del 8 de abril de 2015, mediante el cual se negó a la actora el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y el pago de las prestaciones sociales;

- (ii) Se ordenará a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE tomar (durante el tiempo comprendido entre el 13 de mayo de 2010 y el 31 de agosto de 2014, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora;
- (iii) Se declarará que el tiempo laborado por la demandante como auxiliar de enfermería o del área de la salud bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios suscritos con el Hospital Meissen II Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE desde el 13 de mayo de 2010 hasta el 31 de agosto de 2014, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales; y
- (iv) Se reconocerá y pagará a la señora Johana Ramírez Suárez, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.521.197 de Bogotá, el valor de las prestaciones sociales que devenga un auxiliar de enfermería o del área de la salud del Hospital Meissen II Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE –Código 412, Grado 17, por los periodos contratados comprendidos desde el 13 de mayo de 2010 y el 31 de agosto de 2014, teniendo como asignación básica para su cálculo el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a los contratos celebrados.

Las sumas que resulten del reconocimiento de los aportes para pensión y de las prestaciones sociales, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir, 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, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- Declarar la nulidad del Oficio No. 100-0667-2015 del 7 de abril de 2015, con sello del Hospital Meissen II Nivel ESE del 8 de abril de 2015, expedido por el Hospital Meissen II Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, mediante el cual se negó a la actora la existencia de una relación laboral y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Subred Integrada de Servicios de Salud

Sur ESE tomar (durante el tiempo comprendido entre el 13 de mayo de 2010 y el 31 de agosto de 2014, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, tal como se indicó en la parte motiva.

TERCERO.- Se declarará que el tiempo laborado por la demandante como auxiliar de enfermería o del área de la salud bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios suscritos con el Hospital Meissen II Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE desde el 13 de mayo de 2010 hasta el 31 de agosto de 2014, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

CUARTO.- Se reconocerá y pagará a la señora Johana Ramírez Suárez, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.521.197 de Bogotá, el valor de las prestaciones sociales que devenga un auxiliar de enfermería o del área de la salud del Hospital Meissen II Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE –Código 412, Grado 17, por los periodos contratados comprendidos desde el 13 de mayo de 2010 y el 31 de agosto de 2014, teniendo como asignación básica para su cálculo el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a los contratos celebrados.

QUINTO.- Las sumas que resulten del reconocimiento de los aportes para pensión y de las prestaciones sociales, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir, 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 debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

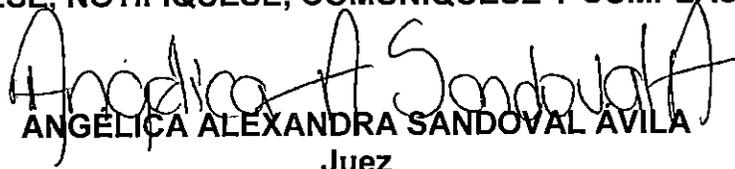
SEXTO.- Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO.- Sin lugar a condena en costas.

NOVENO.- Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

C.A.

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 4 de abril de 2018 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. <u>019</u>.</p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
--



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., tres (3) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2016-00403-00
Demandante: LIGIA ESTHER BETANCOURT GUTIERREZ
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –
POLICÍA NACIONAL
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Sentencia
de primera instancia – PRIMA DE ORDEN PÚBLICO

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Ligia Esther Betancourt Gutiérrez, en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. 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, la señora Ligia Esther Betancourt Gutiérrez, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad de los Oficios Nos. S-2015 213235/SUBCO-GUTAH 37 del 25 de diciembre de 2015 y S-2016 013513/SUBCO-GUTAH 37 del 25 de enero de 2016, mediante los cuales se negó el reconocimiento y pago de la prima de orden público.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la entidad accionada, a:

Pagar la prima de orden público, compuesta por el 25% del salario básico mensual desde el mes de enero de 2007 hasta el 8 de abril de 2013, con su respectiva

indexación y los intereses causados, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 187 inciso 4º y 192 inciso 3º del CPACA.

Que se condene en costas a la entidad demandada.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fl.21):

La Sargento Primero @ Ligia Esther Betancourt Gutiérrez, prestó sus servicios en la Policía Nacional, por un tiempo de 20 años, 7 meses y 1 día, fue retirada del servicio mediante Resolución N° 001213 del 8 de abril de 2013, y se le reconoció asignación de retiro a partir del 26 de julio de 2013, a través de Resolución N° 6418 del 26 de julio del mismo año.

Mediante Orden Interna N° 042 del 14 de marzo de 2007 de la Policía Metropolitana de Bogotá, se trasladó a la demandante al NUMERO ÚNICO DE SEGURIDAD Y EMERGENCIA NUSE 123, que corresponde a la localidad de Engativá, con efectos a partir del 4 de enero de 2007.

La actora se desempeñó como Jefe de Sección en el CENTRO NÚMERO ÚNICO DE SEGURIDAD Y EMERGENCIA 123 los últimos 6 años en las líneas de emergencia de la Policía de Bogotá en la Estación de Policía ubicada en la Zona de Engativá.

La Resolución N° 9360 del 5 de septiembre de 1994 del Ministerio de Defensa Nacional, determinó las zonas y condiciones para pagar la prima de orden público al personal de Oficiales, Suboficiales, Sargento Primero y Empleados Públicos de la Policía Nacional.

Con Resolución 14735 del 21 de octubre de 1996, el Ministerio de Defensa Nacional, adicionó la Resolución 9360 del 5 de septiembre de 1994, en su artículo 1º incluyendo las zonas pertenecientes al Departamento de Policía Metropolitana de Santa Fe de Bogotá, para efectos del pago de la prima de orden público, así: Zona de San Cristóbal, Zona de Kennedy, Zona de Fontibón, Zona de Engativá, Zona de Suba, Zona de Rafael Uribe Uribe.

La demandante solicitó el reconocimiento y pago de la prima de orden público del 1º de enero de 2007 al 8 de abril de 2013, en ejercicio del derecho de petición de

fecha 17 de diciembre de 2015, bajo el radicado N° E-117225 de fecha 17 de diciembre de 2015.

La anterior petición fue resuelta negativamente por la accionada por medio del Oficio S-2015-213235/SUBCO-GUTAH 37 del 25 de diciembre de 2015, frente al cual se interpuso recurso de reposición, que fue resuelto mediante el Oficio N° S-2016-013513/SUBCO-GUTAH del 25 de enero de 2016, confirmándose la negativa del reconocimiento solicitado.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición de los actos administrativos acusados, cita los artículos 13 y 29 de la Constitución Política, artículo 72 del Decreto Ley 1212 de 1990 y Resoluciones 9360 del 5 de septiembre de 1994 y 14735 del 21 de octubre de 1996 proferidas por el Ministerio de Defensa Nacional.

Señaló que la entidad accionada desconoció el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Constitución Política, al dársele un trato discriminatorio a la demandante frente a los demás Oficiales, Suboficiales y quienes ostentan el cargo de Sargento Primero, a quienes se les ha reconocido y pagado la prima de orden público por haber prestado el servicio en los lugares establecidos por el Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional.

También la accionada desconoció el artículo 29 Superior, al producir actos administrativos contrarios a derecho, por cuanto la actora prestó sus servicios en una zona determinada para el pago de la prima de orden público, sin embargo, niega la partida que a justo derecho adquirió la demandante argumentando que la demandante prestó el servicio en el lugar autorizado para el pago del factor reclamado, pero que estaba inscrita en otro comando.

El precepto legal contenido en el Decreto 1212 de 1990 artículo 72 el cual señala que los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que presten sus servicios en lugares donde se desarrollen operaciones policiales para restablecer el orden público, tendrán derecho a una prima mensual de orden público equivalente al veinticinco por ciento (25%) del Sueldo Básico; también es desconocido de manera flagrante por la Policía Nacional, puesto que no reconoce la prima reclamada a pesar de tener un sustento jurídico y haberse prestado real y efectivamente el servicio en la zona autorizada.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad accionada contestó la demanda en tiempo (Fls. 99 a 104), oponiéndose a las pretensiones, manifestándose sobre los hechos y exponiendo como argumentos de defensa los siguientes:

Citó la Resolución No. 9360 del 05 de septiembre de 1994 "Por la cual se determinan las zonas y condiciones en que debe pagarse la prima de orden público al personal de oficiales, suboficiales, agentes y empleados públicos de la Policía Nacional", concluyendo que en esa resolución se indicó quienes eran los beneficiarios del reconocimiento del emolumento y los lugares precisos donde se causaba el derecho, dejando claro que la referida resolución, no incluyó a los miembros del Nivel Ejecutivo en su momento.

Igualmente trajo a colación la Resolución No 14735 de 1996 "Por la cual se adiciona la Resolución No. 9360 de 1994", donde se establece que a la zona de Engativá perteneciente al Departamento de Policía Metropolitana de Bogotá, se le debe reconocer y pagar la prima mensual de orden público.

Agregó que se incluyó la Zona de Engativá hoy denominada Localidad, como uno de los lugares en la ciudad de Bogotá D.C., en las cuales se pagaría el emolumento materia del litigio; sin embargo, la normatividad mediante la cual se creó la Carrera del Nivel Ejecutivo en la Policía Nacional y en la actualidad los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004, no se previó el reconocimiento y pago de la prima de orden público para éste personal, no obstante, en los Decretos que expide el Gobierno Nacional mediante los cuales anualmente se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial, se estableció que el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que preste sus servicios en lugares donde se desarrollen operaciones policiales para restablecer el orden público tendrá derecho a una prima mensual de orden público equivalente a un

quince por ciento (15%) del sueldo básico. Esta prima no tendrá carácter salarial para ningún efecto legal.

Señaló que la finalidad que persigue el reconocimiento y pago de la prima de orden público, es alivianar de cierto modo el riesgo que corren los uniformados y no uniformados, que prestan el servicio en zonas donde existe permanente zozobra y de alerta de alteración al orden público, o en lugares donde se desarrollen operaciones policiales para restablecer el mismo, en cumplimiento de la misión constitucional y legal de proteger la vida, honra y bienes de los residentes, transeúntes, comerciantes, turistas, etc., incluso, la de los mismos uniformados adscritos a las Estaciones de Policía mencionadas en las resoluciones precitadas con antelación.

Manifestó que la prima de orden público se encuentra establecida en los Decretos Nos. 1530 de 2010, 1050 de 2011, 0842 de 2012, 1017 de 2013, sin embargo, para que se reconozca y pague el citado emolumento, deben concurrir y cumplirse los siguientes requisitos: i) Que el policial se encuentre prestando su servicio de forma física y ii) en lugares donde se desarrollen operaciones policiales para restablecer el orden público.

Requisitos que desde el 17 de agosto de 2010 al 8 de julio de 2013, no cumplió la demandante, en el entendido que no se encontraba adscrita, ni destinada ni nominada a la Décima Estación de Policía (E - 10) Engativá del Comando Operativo de Seguridad Ciudadana N° 3 de la Policía Metropolitana de Bogotá, puesto que la unidad a la cual pertenecía, esto es, Sistema del Número Único de Seguridad y Emergencias 123 (NUSE), no hacía ni hace parte de la Estructura de la Estación de Policía Engativá, sino que pertenece al Subcomando de la Policía Metropolitana de Bogotá, como se encuentra establecido en la Resolución N° 01550 del 28 de mayo de 2009 "Por la cual se define la estructura orgánica interna y se determinan las funciones de la Policía Metropolitana de Bogotá".

Propuso como excepciones:

Presunción de legalidad de los actos impugnados: Señaló que los actos impugnados, fueron estructurados atendiendo los presupuestos procesales de existencia, validez y eficacia procesal que deben tener todos los actos emanados

de la administración, presupuestos que se configuran en los mismos, lo cual permite afirmar que las actuaciones no fueron desproporcionales, ni trasgredieron derecho fundamental alguno a la actora, por el contrario, se observaron las garantías constitucionales, legales y jurisprudenciales vigentes para el caso concreto y por ende, goza de los principios de legalidad y validez.

Inexistencia del derecho reclamado: Manifestó que la demandante no tiene derecho a que se le reconozca y pague la prima de orden público, desde el mes de enero de 2007 al 8 de abril de 2013, en el entendido que no se encontraba adscrita, ni destinada ni nominada a la Décima Estación de Policía (E_- 10) Engativá del Comando Operativo de Seguridad Ciudadana N° 3 de la Policía Metropolitana de Bogotá, puesto que la unidad a la cual pertenecía, esto es, Sistema del Número Único de Seguridad y Emergencias 123 (NUSE), no hacía ni hace parte de la Estructura de la Estación de Policía Engativá, sino que pertenece al Subcomando de la Policía Metropolitana de Bogotá, como se encuentra establecido en la Resolución N° 01550 del 28 de mayo de 2009 "Por la cual se define la estructura orgánica interna y se determinan las funciones de la Policía Metropolitana de Bogotá".

Imposibilidad de condena en costas: Señaló que no es procedente, por cuanto la entidad ha actuado de forma diligente y oportuna, en aplicación a los principios constitucionales y legales de buena fe, lealtad, celeridad, economía procesal y transparencia.

Excepción genérica: Solicitó que de manera oficiosa se decreten las excepciones que se establezcan dentro de este proceso, de conformidad con lo establecido en los artículos 175 numeral 3 y 180 numeral 6 de la Ley 1437 de 2011.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 11 de diciembre de 2017 (Fl.190), el Despacho indicó a las partes que dentro del término de 10 días siguientes podrán allegar los alegatos de conclusión.

Conforme a lo anterior, el apoderado de la parte actora allegó escrito de alegatos el 15 de enero del año en curso (Fls. 192-194), mediante el cual se ratificó en los hechos y pretensiones de la demanda, haciendo énfasis en que la señora

Betancourt, tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague la prima de orden público equivalente al 25% del salario básico.

Señaló además que es un hecho cierto que la demandante desempeño su labor en un sitio catalogado en un grado de peligrosidad que originaba el pago de la prima de orden público.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 17 de octubre de 2017 (Fls. 120 a 123), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso:

“Analizados los hechos descritos en la demanda y escuchados los apoderados asistentes, se concluye que el litigio se centra en establecer:

“¿Le asiste derecho o no a la parte demandante a que se le reconozca la prima de orden público equivalente al 25% del sueldo, entre el lapso comprendido enero de 2007 al 8 de abril de 2013, de conformidad con el artículo 72 del Decreto 1212 de 1990?”

2. DECISIÓN DE EXCEPCIONES

En cuanto a las denominadas como **“Presunción de legalidad de los actos impugnados”**, **“Inexistencia del derecho reclamado”** e **“Imposibilidad de condena en costas”**, advierte el Despacho que las mismas, no son excepciones previas, que impidan pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Respecto a la **“Excepción genérica”** se debe señalar que revisada las etapas procesales surtidas dentro del trámite procesal, no se evidencia defecto alguno que pueda invalidar las actuaciones surtidas.

Finalmente se aclara, que las excepciones previas de **“Caducidad de la acción o del medio de control”** y **“Falta de legitimación en la causa por pasiva”** presentadas con la contestación de la demanda, fueron decididas en audiencia inicial, celebrada el 17 de octubre de 2017 (Fls.120-123).

3. ACERVO PROBATORIO.

- Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante la Policía Metropolitana de Bogotá el 17 de diciembre de 2015, mediante el cual la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de la prima de orden público del mes de enero de 2007 al 8 de abril de 2013 (Fls.2-3).
- Oficio No. S-2015 213235/SUBCO-GUTAH 37 del 25 de diciembre de 2015, a través del cual el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, negó la anterior solicitud (Fl. 4).
- Recurso de reposición interpuesto contra el Oficio No. S-2015 213235/SUBCO-GUTAH 37 del 25 de diciembre de 2015 (Fls.5-6).
- Oficio No. S-2016-013513/SUBCO-GUTAH-37 del 25 de enero de 2016, a través del cual el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, resuelve el recurso de reposición interpuesto, manteniendo la negativa del reconocimiento y pago de la prima de orden público (Fl. 7-8).
- Copia de la Resolución No. 01213 del 8 de abril de 2013, por la cual se retiró del servicio activo a la demandante (Fl. 9).
- Copia simple del Orden del Día No. 042 de la Policía Metropolitana de Bogotá de fecha 14 de marzo de 2007, por la cual se dispuso el traslado de la demandante **“DE:GRUPO FUERZA DISPONIBLE MEBOG” “A:MEBOG SECCION PERSONAL POR DESTINAR”** (Fls.10-12).

- Copia simple de la Resolución No. 6418 del 26 de julio de 2013, por la cual se reconoce y ordena el pago de asignación mensual de retiro, en cuantía equivalente al 70%, a la señora SP ® Ligia Esther Betancourt Gutiérrez (Fls.13-14).
- Copia de la Hoja de Servicio de la actora (Fl.15).
- Certificaciones expedidas el 1º de febrero de 2016 por la Tesorera General de la Policía Nacional, donde constan los haberes devengados por la demandante para los meses de noviembre de 2012, diciembre de 2012 y enero de 2013 (Fls.16-18).
- Copia simple de la Resolución No. 01550 del 28 de mayo de 2009 *“Por la cual se define la estructura orgánica interna y se determinan las funciones de la Policía Metropolitana de Bogotá”* (Fls.129-137).
- Constancia de tiempos de la demandante en la Policía Nacional (Fl.181).
- Hoja de vida de la Sargento Primero ® Ligia Esther Betancourt Gutiérrez (Fl.182).
- Expediente administrativo contenido en medio magnético obrante a folio 183 del expediente.

MARCO JURÍDICO

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia a las normas que consagran la prima de orden público para los miembros de la Fuerza Pública.

El Decreto 1212 de 1990 *“Por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional”*, creó la prima de orden público de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 72. PRIMA DE ORDEN PÚBLICO. Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que presten sus servicios en lugares donde se desarrollen operaciones policiales para restablecer el orden público, tendrán derecho a una prima mensual de orden público equivalente al veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico. El Ministerio de Defensa Nacional determinará las zonas y condiciones en que debe pagarse esta prima”.

Por su parte, el Decreto 2203 de 1993 por el cual se desarrolla la estructura orgánica y las funciones de la policía nacional y se dictan otras disposiciones, estableció:

ARTICULO 56. JURISDICCION. Para efectos del servicio policial, cada Departamento en que políticamente se divide el territorio nacional y el Distrito Capital, tendrán un Departamento de Policía, cuya jurisdicción será la del respectivo Departamento o Distrito Capital. A nivel municipal la Unidad Policial será la Estación de Policía.

Así las cosas en virtud del artículo 72 del Decreto 1212 de 1990 el Ministro de Defensa Nacional mediante la Resolución No 9360 del 5 de septiembre de 1994 estableció las áreas específicas en las cuales se debe reconocer y pagar la prima de orden público al personal de oficiales, suboficiales, agentes y empleados públicos de la Policía Nacional, teniendo en cuenta el artículo 56 del Decreto 2203 de 1993, esto es que para efectos del servicio policial, cada Departamento en que políticamente se divide el territorio nacional y el Distrito Capital, tendrán un Departamento de Policía, y su jurisdicción será la del respectivo territorio.

Ahora bien, en la Resolución No 9360 del 5 de septiembre de 1994 se estableció algunas estaciones del Departamento de Policía Metropolitana de Santafé de Bogotá en las cuales se debe reconocer y pagar la prima de orden público al personal, sin embargo, el Ministerio de Defensa Nacional a través de la Resolución No 14735 del 21 de octubre de 1996 adicionó las zonas de San Cristóbal, Kennedy, Fontibón, **Engativá**, Suba y Rafael Uribe Uribe, donde también se debe reconocer dicha prima.

La Resolución No. 9360 del 5 de septiembre de 1994 *“Por la cual se determinan las zonas y condiciones en que debe pagarse la Prima de orden público al personal de oficiales, suboficiales, agentes y empleados públicos de la Policía Nacional”* establece:

“(...)

Que los Decretos Nos. 1212 y 1213 de 1990, Estatutos de la carrera de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, establecen en los artículos Nos, 72 y 34 respectivamente, la prima mensual de orden público para el personal que presta servicio en áreas donde se desarrollen operaciones especiales para restablecer el orden público.

(...)

Que la Dirección General de la Policía Nacional ha conceptuado sobre los lugares en los cuales debe reconocerse la prima en referencia, en las condiciones previstas por los Decretos 1212, 1213 y 1214 de 1990.

RESUELVE

ARTÍCULO 1º.- Para efectos de los artículos 72, 34, y 44 de los Decretos 1212, 1213 y 1214 de 1990 respectivamente, se fijan las siguientes áreas del territorio nacional, donde se debe reconocer y pagar la prima mensual de orden público.

(...)

33. DEPARTAMENTO DE POLICIA METROPOLITANA DE BOGOTÁ

-Estación Usme
-Estación Sumapaz
Estación Ciudad Bolívar
Estación Tunjuelito
Estación Bosa
Estación Carabineros Ciudad Bolívar.

(...)

ARTÍCULO 2º.- También se pagará esta Prima a los Oficiales, Suboficiales, Agentes y empleados públicos pertenecientes a las siguientes Unidades, que sirven de apoyo en operaciones tendientes a mantener el orden público.

1. UNIDADES ANTITERRORISMO Y SECUESTRO – UNASE
2. COMPAÑÍAS ANTINARCOTICOS
3. RED INTEGRADA DE COMUNICACIONES Y ELECTRÓNICA
4. UNIDADES DE PROTECCIÓN A LA INFRAESTRUCTURA (PEEV)

(...).”

Luego se profirió la Resolución No. 14735 del 21 de octubre de 1996 “Por la cual se adiciona la Resolución No. 9360 de 1994” que incluyó entre otras, la zona de Engativá:

“(...)

Que la delincuencia organizada en sus diversas manifestaciones ejerce una influencia negativa en las diferentes zonas de la jurisdicción del Distrito Capital, aumentando los riesgos para la vida e integridad personal de los miembros de la Institución adscritos al mismo;

Que el pie de fuerza de la Policía Nacional, es insuficiente para cubrir en forma permanente los diferentes servicios y puestos de vigilancia críticos que presenta la capital de la República, debiendo sacrificar su tiempo de descanso;

Que la Resolución Ministerial No. 9360 del 5 de septiembre de 1994, por medio de la cual se determinan las zonas y condiciones en que debe pagarse la prima de

orden público al personal de oficiales, suboficiales, agentes y empleados públicos de la Policía Nacional, contempla algunas estaciones del Departamento de Policía Metropolitana de Santafé de Bogotá;

Que en igualdad de condiciones de inseguridad, riesgos y sacrificio de tiempo de descanso de otras zonas de Santafé de Bogotá, se encuentra el personal de San Cristóbal, Kennedy, Fontibón, Engativá, Suba y Rafael Uribe;

RESUELVE

ARTÍCULO 1º.- *Para los efectos de que trata el artículo 1º; numeral 33 de la Resolución 9360 del 5 de septiembre de 1994, adicionar las siguientes zonas pertenecientes al Departamento de Policía Metropolitana Santafé de Bogotá:*

1. ZONA SAN CRISTOBAL
2. ZONA KENNEDY
3. ZONA FONTIBON
4. **ZONA ENGATIVA**
5. ZONA SUBA
6. ZONA RAFAEL URIBE URIBE

ARTÍCULO 2º.- *La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición. (...)*

Por su parte la Resolución No. 01550 del 28 de mayo de 2009, modificó la estructura interna de la Policía Metropolitana de Bogotá, así:

(...)

Por lo antes expuesto se hace necesario derogar las Resoluciones No. 00287 del 26 de enero de 2006 y 04579 del 7 de septiembre del 2006, con el objeto de consolidar el servicio de policía a través de una estructura organizacional flexible, que permita mejorar la calidad del servicio, y cumplir con eficacia y eficiencia los objetivos, políticas y programas de la Policía Nacional, para lo cual,

RESUELVE

(...)

CAPITULO II

ESTRUCTURA ORGÁNICA INTERNA

ARTÍCULO 4º. ESTRUCTURA ORGÁNICA INTERNA. *La Policía Metropolitana de Bogotá, en atención a sus características de conformación territorial, extensión, población y factores de criminalidad, para el desarrollo de sus procesos tendrá una estructura orgánica interna excepcional, conformada de la siguiente manera:*

(...)

1.2. SUBCOMANDO METROPOLITANA DE BOGOTÁ (SUBCO)

1.2.1. Centro de Información Estratégico Policial Seccional (CIEPS)

1.2.2. Centro Automático de Despacho o NUSE 123 (CAD)

1.2.3. COMANDOS OPERATIVOS DE SEGURIDAD CIUDADANA (COSEC)

1.2.3.1. Estaciones de Policía (ESTPO)

1.2.3.2. Comandos de Atención Inmediata (CAI)

1.2.3.3. Puestos de Policía (PUPOL)

(...)

CAPITULO III

UNIDADES OPERATIVAS

ARTÍCULO 5º. *La Policía Metropolitana de Bogotá tiene cuatro (4) Comandos Operativos de Seguridad Ciudadana, con la siguiente organización:*

(...)

3.COMANDO OPERATIVO DE SEGURIDAD CIUDADANA No. 3

3.1. ESTACIÓN DE POLICÍA ENGATIVA

3.1.1. CAI BACHUE

3.1.2. CAI ALAMOS

3.1.3. CAI FERIAS

3.1.4. CAI FLORIDA

3.1.5. CAI NORMANDIA

3.1.6. CAI QUIRIGUA

3.1.7. CAI SERENA

3.1.8. CAI VILLA LUZ

3.1.9. CAI VILLAS DE GRANADA

3.1.10. CAI ENGATIVA

3.1.11. CAI SANTA MARIA DEL LAGO

3.1.12. CAI CIUADAELA COLSUBSIDIO.

(...)

ARTÍCULO 24º. VIGENCIA: *La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición y deroga las Resoluciones No. 00287 del 26 de enero de 2006 "Por la cual se define la estructura orgánica interna de la Policía Metropolitana de Bogotá"*

y Resolución No. 04579 del 07 de septiembre de 2006 y demás que le sean contrarias.

(...)"

Por último, con Resolución No. 0036 del 14 de enero de 2013 "Por la cual se modifica parcialmente la Resolución No. 01550 del 28 de mayo de 2009", se dispuso suprimir y adicionar Estaciones de Policía y CAI, de la Policía Metropolitana de Bogotá, a saber:

"(...)

ARTÍCULO 1. Modifíquese parcialmente la Resolución No. 01550 del 28 de mayo de 2009 "Por la cual se define la estructura orgánica interna y se determinan las funciones de la Policía Metropolitana de Bogotá", en el sentido de suprimir la Estación de Policía Aeropuerto El Dorado, la cual hace parte del Comando Especial Aeropuerto El Dorado; así mismo adicionar el CAI San José de Bavaria a la Estación de Policía Suba; CAI 7 de Agosto a la Estación de Policía Barrios Unidos; CAI Marsella a la Estación de Policía Kennedy; CAI Salitre y CAI Hayuelos a la Estación de Policía Fontibón; CAI Santa Bárbara a la Estación de Policía Usaquén; CAI Paraíso a la Estación de Policía Ciudad Bolívar y CAI Jaboque a la Estación de Policía Engativá y en su defecto reasignar la numeración; por último ajustar los nombres de unos CAI de acuerdo con sus denominaciones reales, el cual quedará así:

(...)

3.COMANDO OPERATIVO DE SEGURIDAD CIUDADANA No. 3

3.1. ESTACIÓN DE POLICÍA ENGATIVA

3.1.1. CAI ALAMOS

3.1.2. CAI BACHUE

3.1.3. CAI CIUDADELA COLSUBSIDIO

3.1.4. CAI ENGATIVA

3.1.5. CAI FERIAS

3.1.6. CAI FLORIDA

3.1.7. CAI JABOQUE

3.1.8. CAI NORMANDIA

3.1.9. CAI SANTA MARIA DEL LAGO

3.1.10. CAI SERENA

3.1.11. CAI QUIRIGUA

3.1.12. CAI VILLAS DE GRANADA

3.1.13. CAI VILLA LUZ

(...)"

De conformidad con lo anterior, para que se reconozca y pague la prima de orden público, el personal de la Policía Nacional **debe estar prestando su servicio de forma física y en lugares donde se desarrollen operaciones policiales para restablecer el orden público.**

4. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora Ligia Esther Betancourt Gutiérrez, a través de escrito presentado el 17 de diciembre de 2015 en ejercicio del derecho de petición, solicitó a la entidad demandada, el reconocimiento y pago de la prima de orden público en cuantía del 25%, del mes de enero de 2007 al 8 de abril de 2013, toda vez que, como Sargento Primero perteneció a la Policía Metropolitana de Bogotá y se desempeñó como Jefe de Sección en el CENTRO NÚMERO ÚNICO DE SEGURIDAD Y EMERGENCIA 123 los últimos 6 años anteriores al retiro, en las líneas de emergencia de la Policía de Bogotá, en la Estación de Policía ubicada en la Zona de Engativá, en la calle 80 A No. 101 – 47.

El Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, mediante Oficio No S-2015 213235/SUBCO-GUTAH 37 del 25 de diciembre de 2015, negó lo solicitado con base en los siguientes argumentos:

“(...)

*En su caso efectivamente presto el servicio de policía en el **CENTRO NUMERO UNICO DE SEGURIDAD Y EMERGENCIA 123**, sin embargo se debe tener en cuenta que de acuerdo a la Resolución número 01550 del 280509, “**Por la cual se define la estructura orgánica interna y se determina las funciones de la Policía Metropolitana de Bogotá**”, el NUSE 123 depende del Subcomando de la Policía Metropolitana de Bogotá y no del Comando Operativo de Seguridad Ciudadana Numero 3 , a la cual si pertenece la Estación de Policía Engativa, en estas condiciones el NUSE, no se encuentra adscrito a la Estación de Policía Engativa, por lo anterior no es viable el reconocimiento y pago de la prima de orden público*

(...).” (Sic)

Contra la decisión antes referida, la demandante interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto por la entidad accionada por medio del Oficio No. S-2016-013513/SUBCO-GUTAH-37 del 25 de enero de 2016, de la siguiente manera:

“(...)

*Al respecto me permito informar que su recurso de reposición no procede, toda vez que no se está indicando un acto administrativo en concreto, así mismo le solicito se atenga a la respuesta brindada por este grupo mediante oficio No S-2015-213235 SUBCO-GUTAH 37 del 25/12/2015, en donde en su caso puntual y verificado el Sistema de información para la Administración del Talento Humano (SIATH), efectivamente prestó sus servicios de policía en el **CENTRO NUMERO UNICO DE SEGURIDAD Y EMERGENCIA 123**, sin embargo se debe tener en cuenta que de acuerdo a la Resolución número 01550 del 280509, “**Por la cual de***

define la estructura orgánica interna y se determina las funciones de la Policía Metropolitana de Bogotá, NUSE 123 depende del Subcomando de la Policía Metropolitana de Bogotá y no del Comando Operativo de Seguridad Ciudadana Numero 3, en donde la Estación de Policía Engativa si pertenece a este comando operativo.

*Por lo anterior no es viable el reconocimiento y pago de la prima de orden público, ya que no cumple con los requisitos exigidos en las normas descritas anteriormente.
(...)” (Sic)*

De lo anterior se infiere que la entidad accionada al considerar que de conformidad con la Resolución No. 01550 del 28 de abril de 2009 *“Por la cual se define la estructura orgánica interna y se determina las funciones de la Policía Metropolitana de Bogotá”*, el NUSE 123, dependía del Subcomando de la Policía Metropolitana y no de los Comandos Operativos de Seguridad Ciudadana, estimó que la demandante no se hace merecedora del pago de la citada prima.

Ahora bien, tal como se indicó en el marco normativo, el Decreto 1212 de 1990 artículo 72, estableció el pago de la prima de orden público, para los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, que prestaran sus servicios en lugares donde se desarrollaran operaciones policiales, para restablecer el orden público, el cual sería determinado, de conformidad con las áreas establecidas por el Ministerio de Defensa Nacional.

Por medio de la Resolución No. 9360 del 5 de septiembre de 1994, adicionada por la Resolución 14735 del 21 de octubre de 1996, se determinó las zonas para las cuales aplicaba el pago de la prima de orden público, además de las condiciones en que debía hacerse, en la que se incluyó la zona de Engativá.

En ese orden, se tiene que el único requisito para acceder a la prestación que aquí se reclama, es el hecho de prestar los servicios en zonas determinadas por las resoluciones arriba enunciadas, y bajo las condiciones previstas por el Decreto 1212 de 1990.

Así lo señaló el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹, al estudiar un caso similar al que ocupa la atención del Despacho, en los siguientes términos:

¹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “C” en Descongestión, MP. Dra. Ana María Correa Ángel, Sentencia del 26 de noviembre de 2015.

"(...)

Revisadas por esta Colegiatura las mentadas resoluciones, se llega a la convicción, de que el único requisito para hacerse acreedor de la citada prestación, es el hecho de prestar los servicios en zonas determinadas, de conformidad con las condiciones previstas por los Decretos 1212 y 1213 de 1990, tal y como lo precisó la accionada, en concepto emitido el 13 de agosto de 2012, en el que señaló que, "...cuando el personal presta sus servicios en forma transitoria en un área o zona del territorio nacional considerada como de orden público, tienen derecho al reconocimiento y pago de la prima de orden público, por los días que desarrolla su labor en estas".

"(...)"

Aclarado lo anterior, teniendo en cuenta que la entidad accionada fundamenta su negativa de reconocimiento de la prima, en el hecho de que el Centro Automático de Despacho o NUSE 123, dependía del Subcomando de la Policía Metropolitana de Bogotá y no del Comando Operativo de Seguridad Ciudadana Número 3, a la cual pertenece la Estación de Policía de Engativá, estima el Despacho que las dos resoluciones alegadas por la demandada para no acceder a la prestación, esto es, Resolución 14735 del 21 de octubre de 1996 y Resolución No. 01550 del 28 de mayo de 2009, se refieren a aspectos distintos.

La Resolución No. 01550 de 2009 se limitó a señalar la estructura de la Policía Metropolitana de Bogotá, en la misma separa al Centro Automático de Despacho o NUSE 123, de los Comandos Operativos de Seguridad Ciudadana, sin embargo, es del caso aclarar que allí no se hace mención alguna frente al pago de la prima de orden público.

Circunstancia que ocurrió con la Resolución No. 014735 de 1996, donde en aplicación al artículo 72 del Decreto 1212 de 1990, se reguló la prestación aludida; siendo la motivación de tal prima, la de proteger a los uniformados en zonas de alteración de orden público, independientemente de la función realizada.²

Así las cosas, la Resolución No. 14735 de 1996 no se entiende derogada, toda vez que, la Resolución No. 01550 de 2009 derogó únicamente las decisiones anteriores que le sean contrarias, referente a modificar la estructura interna de la Policía Metropolitana de Bogotá, sin hacer reseña alguna respecto a la prima de orden público, como tampoco a las zonas definidas en las que esta prestación se hace procedente.

² Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "C" en Descongestión, MP. Dra. Ana María Correa Ángel, Sentencia del 26 de noviembre de 2015.

Por todo lo expuesto, considera el Despacho que en el presente caso se debe aplicar lo previsto en la Resolución No. 9360 del 5 de septiembre de 1994, adicionada por la Resolución No. 14735 del 21 de octubre de 1996, por cuanto la Sargento Primero @ Ligia Esther Betancourt Gutiérrez, cumplió con la exigencia estipulada en el artículo 72 del Decreto 1212 de 1990, por haber prestado sus servicios desde el mes de enero de 2007 hasta el 8 de abril de 2013 (fecha de retiro del servicio), en el CENTRO AUTOMÁTICO DE DESPACHO O NUSE 123, ubicado en la zona de Engativá, en la calle 80 A No. 101 – 47 de Bogotá.

De lo anterior, se debe advertir que de la hoja de servicios (Fl.15), de las certificaciones de salario de los meses de noviembre de 2012, diciembre de 2012 y enero de 2013 (Fls.16-18), así como de la constancia laboral expedida el 26 de octubre de 2017 (Fl.181) y de la Hoja de Vida (Fl.182), se llega a la convicción de que la demandante prestó sus servicios en la citada dependencia por el periodo indicado, y en cuanto a la ubicación en la Zona de Engativá, se debe resaltar que este aspecto no fue controvertido por la entidad demandada, pero reconocido en los actos administrativos sometidos a control de legalidad.

En consecuencia, la demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague la prima de orden público, compuesta por el 25% del salario mensual, contemplada en el artículo 72 del Decreto 1212 de 1990 y regulada por la Resolución No. 9360 del 5 de septiembre de 1994, adicionada por la Resolución 14735 del 21 de octubre de 1996.

Ahora bien, demostrada la existencia del derecho que le asiste a la parte actora a que le sea reconocida y pagada la prima de orden público, prestación que cuenta con la naturaleza de ser periódica, mientras esté vigente la relación laboral; la cual para el caso concreto dejó de serlo en virtud del retiro del servicio de la actora, esta Judicatura procede a revisar la prescripción aplicable al asunto.

Así pues, durante las anualidades citadas la norma vigente que se encontraba rigiendo en términos de prescripción era el Decreto 1212 de 1990 que en su artículo 155 señala:

“ARTICULO 155. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto, prescriben en cuatro (4) años que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente, sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria

del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. ”.

En ese orden de ideas, la parte actora elevó escrito en ejercicio del derecho de petición el 17 de diciembre de 2015 (Fls.2-3), es decir a partir de esa fecha se interrumpió la prescripción por un lapso de cuatro años, lo que significa que las asignaciones salariales que serán objeto del reajuste a que haya lugar son las causadas a partir del 17 de diciembre de 2011, toda vez, que en aplicación a la prescripción cuatrienal los salarios anteriores a esa fecha, se encuentran prescritos.

Conforme a lo expuesto, el Juzgado declarará la nulidad del Oficio No. S-2015 213235/SUBCO-GUTAH 37 del 25 de diciembre de 2015, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la prima de orden público a que tiene derecho la Sargento Primero @ Ligia Esther Betancourt Gutiérrez, y del Oficio No. S-2016-013513/SUBCO-GUTAH-37 del 25 de enero de 2016, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el oficio anterior, y en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad accionada, reconocer y pagar la prima de orden público, compuesta por el 25% del salario mensual, contemplada en el artículo 72 del Decreto 1212 de 1990 y regulada por la Resolución No. 9360 del 5 de septiembre de 1994, adicionada por la Resolución 14735 del 21 de octubre de 1996, a partir del **17 de diciembre de 2011** por prescripción cuatrienal, y hasta la fecha de retiro del servicio, esto es, **8 de abril de 2013**.

Las diferencias resultantes del reconocimiento ordenado, será indexadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con INDEXACIÓN al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. * \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

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 incremento de su asignación salarial, 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, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia, sobre el aumento, se hace necesario precisar que, es evidente que al modificarse la base de liquidación por efectuarse un incremento superior, ello repercute en todos los años subsiguientes.

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 causación de cada uno de ellos.

Aunado a lo anterior, se reitera que el cambio en dicha base salarial incide en el aumento de las asignaciones posteriores, claro está, hasta la fecha de retiro del servicio.

Se advierte que dicha condena es ejecutable ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa 10 meses después de su ejecutoria conforme lo establece el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

Finalmente y de conformidad con lo establecido en los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 numeral 8° de la Ley 1564 de 2012, el Despacho se abstiene de imponer condena en costas a la parte demandada, dado que el monto correspondiente a los gastos y agencias en derecho no fue acreditado dentro de la foliatura procesal, aunado al hecho de que la conducta asumida por dicho sujeto procesal no resulta indicativa de que procediera con temeridad o mala fe dentro del *sub-examine*.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar la nulidad de los Oficios Nos. S-2015 213235/SUBCO-GUTAH 37 del 25 de diciembre de 2015 y S-2016-013513/SUBCO-GUTAH-37 del 25 de enero de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar probada de oficio la excepción de prescripción de las asignaciones salariales, causadas con anterioridad al 17 de diciembre de 2011, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de Restablecimiento del Derecho se condena a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, a reconocer y pagar a la señora LIGIA ESTHER BETANCOURT GUTIERREZ identificada con cedula de ciudadanía N° 52'073.971, el 25% mensual, aplicado al salario devengado por la demandante, durante el tiempo comprendido entre el **17 de diciembre de 2011** por prescripción cuatrienal, y hasta la fecha de retiro del servicio, esto es, **8 de abril de 2013**, por concepto de la prima de orden público, contemplada en el artículo 72 del Decreto 1212 de 1990.

De las diferencias que resulten a favor de la demandante por concepto de la asignación salarial mensual, la entidad demandada deberá descontar en forma indexada el valor correspondiente a los aportes para pensión en los porcentajes establecidos en la Ley.

CUARTO: Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán de acuerdo a la siguiente fórmula señalada para tales casos por el Consejo de Estado, la que tiene por objeto traer a valor presente lo adeudado, es decir conservar el poder adquisitivo:

$$R = RH X (\text{Índice Final} / \text{Índice inicial})$$

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

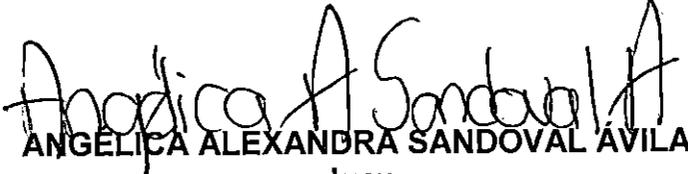
SEXTO: Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: Sin lugar a condenar en costas.

OCTAVO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de

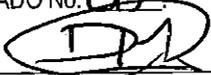
ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público, y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN SEGUNDA-

Hoy 4 de abril de 2018 se notifica la providencia anterior por
anotación en el ESTADO No. ~~019~~


DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO
Secretario

ERO