

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Se desvirtúa cuando se demuestra subordinación y dependencia / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Cuando se desvirtúa da lugar al pago de prestaciones sociales. Principio de la realidad sobre las formalidades

Es posible desvirtuar el contrato de prestación de servicios demostrando el ejercicio de funciones permanentes propias de la administración con subordinación o dependencia respecto del empleador y en ese evento surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, (art. 53 C.P).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 53

ELEMENTO DE SUBORDINACION – No se configura por recibir instrucciones / COORDINACION DE ACTIVIDADES – No da lugar a la subordinación

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, el hecho de recibir instrucciones del contratante o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

RELACION LABORAL – Elementos / RELACION LABORAL – Subordinación. Prueba / ENFERMERAS – Dicha labor lleva implícita la subordinación

Si bien es cierto que dentro del plenario no existen pruebas documentales ni testimoniales que demuestren claramente el elemento de subordinación, Vr.gr., llamados de atención, memorandos, sanciones, felicitaciones, investigaciones disciplinarias etcétera, que permitan afirmar que dependía del superior jerárquico recibiendo órdenes continuas y realmente subordinadas, también lo es, que tal elemento debe ser apreciado con el conjunto de las pruebas obrantes como uno de los indicios que contribuyen a la convicción del Juez sobre la situación fáctica materia de conocimiento. Al encontrarse plenamente establecida la función de Enfermera Jefe, como se desprende de los dos (2) contratos de prestación de servicios, no puede dejarse a un lado la naturaleza de la función que ejerció la demandante. La labor de Enfermera Jefe no puede considerarse prestada de forma autónoma porque esta no puede definir en que lugar presta sus servicios ni en que horario, es más, su labor de coordinación de las demás enfermeras y la obligación de suministro de medicación y vigilancia de los pacientes no puede ser suspendida sino por justa causa, previamente informada, pues pondría en riesgo la prestación del servicio de salud, o sea, que existe una relación de subordinación. En otras palabras, como ya lo ha señalado esta Corporación dada la naturaleza de las funciones se puede deducir la existencia de una prestación de servicios de forma subordinada amparable bajo la primacía de la realidad frente a las formas.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SUBSECCION "B"

Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D. C., tres (3) de junio de dos mil diez (2010).

Radicación número: 25000-23-25-000-2002-04144-01(2384-07)

Actor: MARIA AMELIA ARBOLEDA OCAMPO

Demandado: HOSPITAL DE ENGATIVA E.S.E.

AUTORIDADES DISTRITALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 10 de mayo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por Maria Amelia Arboleda Ocampo contra el Hospital de Engativa ESE.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad del acto administrativo de 7 de noviembre de 2001, proferido por el Gerente de la entidad, por medio del cual dio respuesta al derecho de petición presentado por la actora el 19 de julio de 2000 en el que solicitaba el pago de los derechos laborales por el tiempo laborado en el Hospital Garcés Navas I Nivel ESE. (Fls.19-26)

A título de restablecimiento del derecho, solicitó el reconocimiento de los derechos laborales por todo el tiempo que laboró, incluyendo vacaciones, primas de servicio, de navidad, auxilio de cesantías, intereses a la cesantías y el valor de las



cotizaciones no aportados a pensión, salud y riesgos profesionales de acuerdo con las normas legales vigentes, debidamente indexados hasta el momento de su pago.

Como hechos que sirvieron de sustento a las anteriores pretensiones narró los siguientes:

La demandante prestó sus servicios como Enfermera Jefe desde el 13 de febrero de 1998 hasta el 9 de junio de 1999 cuando a través de la Resolución No. 165 de 31 de mayo de 1999, expedida por el Gerente fue desvinculada del Hospital Garcés Navas I Nivel ESE, entidad descentralizada de orden Distrital, fusionada con las ESE Hospitales de Engativa II Nivel y la Granja II Nivel mediante Acuerdo No. 11 de 2000 expedido por el Concejo de Santa Fe de Bogotá del cual sólo quedó el Hospital de Engativa, ESE, quien se subrogó en las obligaciones y derechos de las fusionadas.

Se vinculó inicialmente por contratos de prestación de servicios, pero, luego de terminado el último contrato, fue nombrada en provisionalidad a través de la Resolución No. 226 de 10 de agosto de 1998, expedida por el Director del Hospital, en el cargo de Enfermera, código 365-19, Grupo de Promoción y Prevención del Hospital Garcés Navas.

Su cargo siempre fue de Enfermera Jefe, recibía remuneración por su trabajo, cumplía horario y ejerció sus funciones bajo continua subordinación y dependencia.

El 19 de julio de 2000, la actora presentó reclamación por los derechos laborales dejados de pagar; reiteró la petición el 9 de julio de 2001 y finalmente el 7 de noviembre de 2001, fue resuelta.

El Hospital omitió cancelarle a la demandante el tiempo de servicios trascurrido entre el 13 de febrero y 11 de agosto de 1998 para efectos de reconocimiento de primas de servicio, navidad, vacaciones, bonificación por servicios prestados, vacaciones, auxilio de cesantías e intereses a la cesantías y el valor de las cotizaciones no aportados a pensión, salud y riesgos profesionales.



La entidad demandada canceló a la actora por salario del 12 de febrero al 11 de agosto de 1998, \$1.300.000 mensuales; del 12 de agosto de 1998 al 9 de junio de 1999, \$1.264.897 mensuales (\$980.540 asignación básica y \$284.357 de prima técnica profesional); \$1.370.304 en 1999 por prima de servicios, \$421.632 en 1998 y \$527.040 en 1999 por prima de navidad en el período 21 de agosto de 1998 hasta 9 de junio de 1999, desconociendo el tiempo entre el 13 de febrero y el 20 de agosto de 1998 y omitiendo además, el pago de las vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados e intereses a la cesantías por todo el tiempo de servicios; igualmente omitió liquidar las cesantías y el auxilio de cesantías a la terminación de la relación laboral.

Durante el período comprendido entre el 13 de febrero y 12 de agosto de 1998, no la afilio al régimen de seguridad social.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas cita las siguientes:

De la Constitución Nacional, artículos 1, 13, 23, 25 y 53; 30 de la Ley 10 de 1990; 17 de la Ley 6 de 1945; 1 y ss. del Decreto 1160 de 1947; 8 y 11 del Decreto Ley 3135 de 1968; 43, 44, 45, 48, 51 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969; 1, 4, 5, 8, 9, 10, 12, 17, 20 y ss. del Decreto Ley 1045 de 1978; 58 y 59 del Decreto Ley 1042 de 1978; Decreto 1335 de 1990; Decreto 1661 de 1991; 12 de la Ley 4 de 1992; 32 de la Ley 80 de 1993; 1 de la Ley 244 de 1995; Ley 344 de 1996; Ley 443 de 1998; Decreto 1453 de 1998; Decreto 1582 de 1998; Decreto 1460 de 2001; 2 del Decreto 2712 de 1999.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Hospital de Engativa II Nivel, ESE, contestó la demanda a través de escrito obrante de folios 33 a 37 del plenario, oponiéndose a las pretensiones, con base en los siguientes argumentos:

Los contratos de prestación de servicios, conforme el artículo 32-3 de la Ley 80 de 1993, los podían realizar las Empresas Estatales cuando ciertas actividades



relacionadas con el funcionamiento de la entidad no podían realizarse con el personal de planta o requiriera conocimientos especializados y *“en ningún caso, estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrará por el término estrictamente indispensable”*.

A partir del año 1975 se prohibió el pago de las prestaciones sociales a los contratistas de prestación de servicios con los Decretos Leyes 1670 de 1975, 150 de 1976, 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993, ésta última preceptiva fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997.

El daño es la razón de ser de la responsabilidad, de no existir, se torna inoficioso el estudio del mismo por cuanto, si una persona no ha sido dañada, no tiene porque ser favorecida con una condena que no le corresponde; sin embargo, en ocasiones a pesar de existir el daño, no procede declarar la responsabilidad como cuando no se puede atribuir al demandado o cuando el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre; entonces, el daño debe ser probado por quien lo sufre, so pena de que no proceda su indemnización. En este caso, no basta que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la existencia de un daño, cuando no existe el respaldo probatorio que lo demuestra.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda con fundamento en lo siguiente: (fls.214-237)

La demandante pretende que se le reconozcan y paguen las prestaciones sociales a las que afirma tener derecho, con ocasión de dos vinculaciones que tuvo con el antiguo Hospital Garcés Navas, una mediante la modalidad de contrato de prestación de servicios y la otra, como empleada pública nombrada en provisionalidad.

Consideró que la Corte Constitucional en sentencia C-555 de 6 de diciembre de 1994 trató el tema del artículo 32-3 de la Ley 80 de 1993 de donde se podía concluir



que la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional en el que se logra la protección al trabajo mediante la calificación de la relación cuestionada como laboral. Igualmente lo había tratado esta Corporación el 2 de febrero de 2006, exp. 2301-05, M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

En el proceso se encontró acreditado que en la planta de personal de la entidad donde prestó sus servicios la demandante, existían 17 cargos de Enfermero Jefe y que, sin embargo, se contrató a la actora, lo que permite inferir que los de planta no eran suficientes para la prestación del servicio, lo que seguramente conllevó a la administración a vincular a la demandante mediante dicha forma de contratación.

Pese a lo anterior, no podría considerarse que era empleada pública, pues los elementos propios de los empleos públicos se refieren a la existencia del empleo en la planta de personal, la determinación previa de las funciones que deben cumplirse y la previsión de los recursos para el pago de los salarios que demanda el cargo. Además, se requiere que el empleado sea nombrado mediante acto administrativo y posesionado en el cargo a desempeñar.

Igualmente, las funciones desempeñadas por la accionante como Enfermera Jefe, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, se trataba de aquellas que son propias e inherentes a la entidad demandada, razón por la cual se encontraba previsto en la planta de personal de la entidad.

Lo anterior, no puede ir en detrimento de los derechos de la demandante pues, desempeñaba similares funciones a los empleados de planta de la entidad, pero sin la remuneración establecida para ellos.

Se entiende, que los servicios de Enfermera Jefe que prestaba la demandante, requerían de su presencia continua en las dependencias del hospital demandado, los cuales, evidentemente, se debían prestar con un alto grado de compromiso y responsabilidad y que en la mayoría de los casos, se cumplen en horarios que no coinciden con la jornada laboral común.



La vinculación de la accionante no debió producirse mediante contratos de prestación de servicios, puesto que la norma que contempla esa figura indica que sólo podía celebrarse cuando dichas actividades no podían realizarse con personal de planta o cuando se requerían conocimientos especializados, situación que no se había presentado en este caso, por lo tanto y con fundamento en los principios de justicia y equidad, resulta procedente el reconocimiento, a título de indemnización, de las prestaciones sociales, ya que existía una notoria desigualdad en el trato suministrado a la demandante y como se había dicho, en los eventos en los cuales se utilice la modalidad de prestación de servicios en detrimento del principio de equidad, encubriendo una relación laboral administrativa, resulta procedente el pago de una indemnización y no el reconocimiento de los derechos que son propios de un empleo público.

En cuanto a si tiene derecho o no al pago de las vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, auxilio de cesantía e intereses a la cesantía por su vinculación como empleada pública en provisionalidad, consideró que tenía derecho a las prestaciones sociales consagradas en los artículos 8 y 11 del Decreto 3135 de 1968; 8, 9, 10, 18, 20-a) y b), 21, 25, 26, 28, 29 y 40 del Decreto 1045 de 1978; 45 del Decreto 1042 de 1978; y 1 a 4 del Decreto 1160 de 1947.

De acuerdo con estas normas, al empleado público le asiste el derecho a disfrutar de quince (15) días de vacaciones al completar un año de servicios, momento en el cual adquiere también el derecho a percibir una prima de vacaciones. La actora sólo había laborado 10 meses razón por la cual no disfrutó de vacaciones durante el periodo al servicio oficial.

La Corte Constitucional en sentencia C-035 de 2005, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, tomando las consideraciones expuestas por esa misma Corporación en providencias C-897 de 2003 y C-019 de 2004, declaró inexecutable la expresión "*por año cumplido de servicio*" prevista en el artículo 27 de la Ley 789 de 2002¹, aclarando, en todo caso, que a partir de ese fallo, el derecho a las vacaciones compensadas en dinero se obtendrá proporcionalmente por fracción de año,

¹ "Artículo 27. Compensación en dinero de vacaciones. Artículo 189 del C.S.T. subrogado por el Decreto-ley 2351/65, artículo 14: numeral 2.

Cuando el contrato de trabajo termine sin que el trabajador hubiere disfrutado de vacaciones, la compensación de éstas en dinero procederá por año cumplido de servicio y proporcionalmente por fracción de año, siempre que este exceda de tres meses."



siempre y cuando el legislador no señale un término para su reconocimiento, el cual, en ningún caso, puede superar el lapso de seis (6) meses.

Habiéndose probado que la demandante terminó su vinculación sin cumplir el periodo para disfrutar de vacaciones, tenía el derecho a que estas le fueran compensadas en dinero. En consecuencia, era procedente el pago proporcional de las vacaciones y de la prima de vacaciones.

En cuanto a la bonificación por servicios prestados, hay lugar al reconocimiento y pago de ella, porque esta sólo se causa cuando el empleado cumple un año continuo de labor en una entidad oficial y este no fue el caso. Por lo tanto no se puede ordenar su pago.

Con respecto al reconocimiento de la mora en el pago oportuno del auxilio de cesantía, precisó que la controversia no gira en torno a la existencia o no del derecho, sino quien debe emitir el acto de reconocimiento y pago de la prestación.

En comunicación remitida a este proceso por el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital - FAVIDI, se consignó el procedimiento para adelantar el cobro del auxilio de cesantía, que para la fecha de expedición del mismo, se encontraba contenido en el Decreto Distrital No. 376 de 22 de octubre de 2003. Dicha norma fue derogada por el Decreto Distrital No. 101 de 2004; sin embargo, la prestación referida se mantuvo en los mismos términos (artículo 9°).

Entonces, para que FAVIDI procediera a pagar el auxilio de cesantía que le correspondía a la actora, en concordancia con las previsiones de la Ley 244 de 1995, debía la entidad nominadora emitir el correspondiente acto administrativo mediante el cual reconozca y liquide la prestación.

Observó que no era procedente sancionar a la entidad demandada por la presente mora en que incurrió, al no reconocer y liquidar la cesantía a la que, consideró, que tenía derecho, por cuanto dicha figura tan sólo se establece para el retardo en el pago desde la emisión del respectivo acto administrativo.



En consecuencia, el A quo declaró la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el oficio de 7 de noviembre de 2001, expedido por el Gerente del Hospital de Engativa, y, ordenó cancelarle a la demandante, a título de indemnización, las prestaciones sociales dejadas de percibir (vacaciones, primas de vacaciones, navidad, cesantías, intereses a las cesantías y demás emolumentos que correspondan con carácter prestacional) durante la vinculación mediante contratos de prestación de servicios por el periodo comprendido entre el 12 de febrero al 11 de agosto de 1998, tomando en cuenta el valor pactado por concepto de honorarios.

Igualmente, debía compensar en dinero las vacaciones y la prima de vacaciones, con fundamento en el tiempo servido como Enfermera Jefe nombrada en provisionalidad.

Así mismo, ordenó a la entidad demandada emitir el correspondiente acto administrativo mediante el cual se reconozca y liquide el auxilio de cesantía a favor de la demandante, por el lapso laborado como empleada pública en provisionalidad, entre el 16 de mayo al 10 de agosto 1998.

EL RECURSO

La parte demandada interpuso recurso de apelación (fls. 252 - 268) contra el anterior proveído, indicando que:

No existe una correspondencia lógica ni jurídica entre los planteamientos de la demanda y el contenido material de la sentencia recurrida.

El acto administrativo que se pretende declarar nulo, es el resultado del ejercicio del derecho de petición, escrito que no fue observado por el A quo y donde se consignaba la respuesta de la Administración.

En el derecho de petición, no se hace alusión a la celebración de contratos de prestación de servicios sino a la supuesta relación laboral derivada de las normas vigentes, para lo cual resultaba evidente que la actora hacía referencia a su condición de empleada pública, y no a la de contratista, situación esta que no fue



resuelta por la Administración en el acto administrativo atacado; por ende, resulta improcedente un fallo de nulidad del acto atacado por ausencia de agotamiento de la vía gubernativa.

Afirmar que se negaron las prestaciones sociales de la demandante, no es la realidad porque la Administración no negó nada. El A quo no observó que las peticiones elevadas por la demandante, en el derecho de petición, no contemplaron en forma manifiesta las condiciones circunstanciales de tiempo y modo en relación con el contrato de prestación suscrito, por lo tanto, el Hospital no tuvo la oportunidad de analizar la relación laboral desprendida de la actividad contractual de prestación de servicios, y, en tal medida, el acto administrativo atacado no hizo referencia a negaciones de ese tipo ni estableció falsas motivaciones con la relación contractual en la que se fundamentan las pretensiones de la demanda. En suma, la sentencia recurrida no debe establecer condenas con fundamento en una relación contractual no alegada inicialmente.

Se debe analizar el contenido y el sentido de la supuesta violación de las normas invocadas para deducir que el acto administrativo le había generado una trasgresión a los derechos del actor; es decir, se debió exigir claridad de las normas invocadas ya que la modificación no es posible por parte del juzgador y mucho menos el seguimiento oficioso pues violaría los derechos y el debido proceso del demandado al modificar la *causa petendí*.

Las normas invocadas como violadas no debían ser apreciadas como tal, pues, la fuente de las pretensiones de la demanda eran, inicialmente, contratos de prestación de servicios regulados por la normatividad civil, en los cuales concursó la voluntad, autonomía y libre disposición de la demandante quien aceptó sus cláusulas y dio su consentimiento para contratar bajo las condiciones descritas, aceptando prestar sus servicios profesionales en forma autónoma e independiente, por una cantidad de dinero como contraprestación, a título de honorarios, manifestando expresamente, la inexistencia de una relación laboral.

Entonces, no se encuentra vulnerado el artículo 13 de la Constitución pues, no se atentó contra la igualdad ya que esta es predicable entre iguales y la demandante no puede pretender ser tratada como empleada pública cuando no había cumplido



con el procedimiento establecido en la Constitución y la ley para acceder a los cargos públicos.

Tampoco se violaron los artículos 48 y 53 ibidem, pues, en calidad de profesional independiente, la demandante debía cubrir las cuotas de Seguridad Social que le correspondían de acuerdo con las obligaciones a las que se comprometió con la suscripción del contrato, y el Hospital se limitaba a verificar el cumplimiento de dicha obligación contractual.

Los cargos que pretender hacer ver la actora se centran en convertir la relación contractual existente entre las partes por un supuesto contrato de trabajo el cual tenía elementos diferentes al de prestación de servicios independientes que fue el celebrado.

La jurisprudencia ha sido reiterativa en cuando se configura un contrato laboral (prestación personal, continua subordinación y la remuneración) y cuando un contrato de prestación de servicios en el que 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.

Sobre este tema, transcribió apartes de la sentencia de la Corte Constitucional C-154 de 1997, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara, y de allí concluyó que no es posible establecer certeza de la existencia de un contrato laboral pues, no existe la dependencia y subordinación por parte de la demandante para con la entidad y prueba de ello es la simple ejecución de los contratos realizados con plena autonomía, con consentimiento exento de vicios y con expresa oferta de servicios por parte de la actora antes de celebrarlos.

Cuando la actora supone una posible vulneración del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, olvida que la actividad contractual de las Empresas Sociales del Estado se regula por la normatividad civil, tal como lo disponen el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 1876 de 1994, y el Acuerdo 11 del 2000 expedido por el Concejo de Santa Fe de Bogotá, D.C.



Consideró que las cesantías no se habían negado sino que se le informó a la actora cual era el procedimiento para su reclamo; y en lo que respecta al pago de las vacaciones, para la época en que se expidió el acto administrativo acusado, se encontraba vigente el artículo 21 del Decreto 1045 de 1978, por lo tanto era improcedente el pago y reconocimiento de tal prestación y mal haría el *A quo* en sustentar su decisión en jurisprudencia posterior.

No se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad del acto y no existe prueba suficiente de la cual se derive con certeza la concurrencia de los elementos del contrato realidad. La idea del cumplimiento de horario no hace parte en la jurisprudencia actual, como elemento constitutivo de relación laboral, por el contrario, el mismo obedece a la relación de permanencia y estricta prestación del servicio público, por lo tanto, los contratistas de prestación de servicios deben ejecutar sus actividades en cumplimiento de una limitación temporal relativa a los horarios en que se requiere la prestación del servicio, y ello no significa la configuración de subordinación o dependencia laboral.

La supuesta indemnización impuesta por el *A quo* por la desigualdad en el trato con la demandante, no corresponde a la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho, pues en esta se declara la nulidad del acto administrativo y consecuentemente el pago de los factores salariales y prestacionales; por lo tanto es improcedente la declaratoria de una indemnización en el entendido efectuado por el *A quo*, excediéndose en su argumentación y decisión. Sobre este tema citó sentencia de 18 de noviembre de 2003, exp. IJ-0039, M.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

Presentó las excepciones de falta de agotamiento de la vía gubernativa e inexistencia del derecho que la demandante pretenda se le reestablezca.

Concluyó que las pretensiones apuntaban a la obtención de unas peticiones propias de otras acciones legales y/o jurisdiccionales como la ordinaria laboral, pues, si del contrato se intentaba inducir en una relación laboral, lo más lógico hubiese sido



asemejarlo a la condición de trabajadora oficial, propia de esa jurisdicción, sobre este tema, nuevamente citó sentencia IJ-0039.

La parte actora, dentro del proceso (fl. 239) presentó recurso de apelación el cual no sustentó en tiempo, motivo por lo cual le fue declarado desierto. Nuevamente, a folio 271 presentó apelación adhesiva que fue rechazada.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si la demandante tiene derecho a que el Hospital de Engativa E.S.E., le reconozca y pague las prestaciones que le adeuda como consecuencia del contrato realidad suscrito para el desempeño del cargo de Enfermera Jefe, del 12 de febrero al 11 de agosto de 1998, en el entonces denominado Hospital Garcés Navas ESE.

ACTO ACUSADO

El Oficio de 7 de noviembre de 2001, proferido por el Gerente de la entidad, que dio respuesta al derecho de petición interpuesto el 19 de julio de 2000 en el que se solicitaba el pago de los derechos laborales del tiempo laborado en el Hospital Garcés Navas I Nivel ESE. (fls. 4-5)

En dicho acto administrativo, visible a folios 17 y 18, el Gerente del Hospital de Engativa informó a la actora que en su hoja de vida, y según certificación del Departamento de Nóminas (folio 137) no existe pago de trabajos suplementarios, por lo tanto, no se puede incluir como factor de liquidación; en el mismo Oficio, aparecen relacionados los pagos de primas de servicios, navidad, intereses a la cesantía y no completó el tiempo para el pago de la prima de vacaciones; la liquidación y pago de las cesantías de los años 1998 y 1999 debían ser tramitadas a través de FAVIDI; en relación con el pago de perjuicios por el accidente de trabajo,



estos hechos ocurrieron cuando era contratista del Hospital Garcés Navas y de acuerdo con la contratación (prestación de servicios), según el artículo 32-3, inciso 2 de la Ley 80 de 1993, no generaba relación laboral.

DE LA VINCULACIÓN DE LA DEMANDANTE

A folio 8, obra certificación expedida por el Asesor Jurídico del Hospital de Engativa II Nivel, ESE, donde consta que la actora laboró para esa entidad como Enfermera Jefe en dos (2) contratos de prestación de servicios de tres (3) meses de vigencia, cada uno, así:

- Contrato No. 034-98, suscrito el 12 de febrero hasta el 11 de mayo de 1998. (folio 48)
- Contrato No. 073-98, suscrito el 12 de mayo hasta el 11 de agosto de 1998. (folio 52)

El Coordinador de Talento Humano del Hospital de Engativa certificó que la actora laboró para el antiguo Hospital Garcés Navas, hoy fusionado en Hospital de Engativa II Nivel ESE, a partir del 21 de agosto de 1998, mediante nombramiento provisional, en el cargo de Enfermera Jefe, y laboró hasta el 10 de junio de 1999 (folio 132); a folio 144, certificó que durante el periodo 12 de febrero y 11 de agosto de 1998, mediante contrato de prestación de servicios, tuvo el cargo de Enfermera Jefe, asignada al CAMI FERIAS, en horario de 8 a.m. a 5 p.m.

AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA

La entidad demandada apeló la sentencia porque consideró que la demandante no agotó la vía gubernativa a efectos de impetrar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Alega que las pretensiones enunciadas en la demanda, por medio de las cuales se busca el reconocimiento de factores salariales y prestacionales con motivo de la prestación de servicios derivados de contratos civiles, no fueron objeto de vía gubernativa por cuanto no fueron enunciadas inicialmente en los derechos de



petición interpuestos, faltando de esta forma al principio de congruencia que debe observarse entre la solicitud inicialmente planteada, el agotamiento de la vía gubernativa efectuado por intermedio de los recursos establecidos legalmente; y las pretensiones expuestas en el escrito de la demanda impetrada ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para atacar los actos administrativos con los cuales se negaron las peticiones efectuadas.

Mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., se solicita la nulidad de un acto administrativo, generalmente de carácter particular, por transgredir el ordenamiento jurídico y, una vez obtenida la declaración de nulidad, se logra en consecuencia, el restablecimiento del derecho lesionado y/o la reparación del daño ocasionado.

Esta jurisdicción adquiere competencia únicamente para el conocimiento de las acciones que la ley expresamente le señala. En el caso de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, en aplicación del privilegio de la decisión previa del que goza la administración, debe previamente existir un pronunciamiento administrativo, que es el que se somete al control judicial. Accionar directamente implicaría someter a la Jurisdicción Contenciosa a congestiones innecesarias cuando en realidad la contención podría solucionarse en sede administrativa. Por ello el agotamiento de la vía gubernativa está consagrado como un requisito de procedibilidad de la demanda, conforme al artículo 135 del C.C.A.

En el caso sub judice, el problema jurídico no surge del contrato de prestación de servicios; lo que se plantea es su desnaturalización. Por ello, no es procedente solicitar la anulación de los contratos de prestación celebrados, ya que, se insiste, el problema no está en este instrumento jurídico sino en su ejecución.

NATURALEZA DE LOS CONTRATOS

El contrato de prestación de servicios lo utiliza la Administración, como medio para contratar los servicios que mediante la planta de personal no puede obtener por razones técnicas, profesionales o científicas, en tanto que la relación legal y reglamentaria implica una vinculación para realizar labores propias de las funciones



habituales del organismo oficial respectivo, lo que implica una relación permanente, subordinada y remunerada.

En el primer evento, como lo han reconocido la Corte Constitucional² y esta Corporación³, es posible desvirtuar el contrato de prestación de servicios demostrando el ejercicio de funciones permanentes propias de la administración con subordinación o dependencia respecto del empleador y en ese evento surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, (art. 53 C.P).

La jurisdicción competente y, por consiguiente, la acción pertinente, se determina con base en las funciones que dice haber ejercido el empleado (criterio funcional) y la entidad a la cual se encontraba vinculado (criterio orgánico), para establecer si se trata de un trabajador oficial, que puede ejercitar la acción laboral ante la jurisdicción ordinaria del trabajo, o de un empleado público, caso en el cual la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la que debe definir el asunto.

En el caso en examen, se trata de una empleada que dice haber prestado sus servicios bien al Municipio, bien al establecimiento público del orden municipal demandados por lo que, de acuerdo con las normas citadas, fungía, por criterio orgánico, como empleada pública.

En el presente asunto la demandante expresamente solicitó:

“Por medio de la presente comunicación yo MARIA AMELIA ARBOLEDA, identificada con la cédula ciudadanía # 24.837.963 de Pácora, mayor de edad, actuando en mi propio nombre me permito solicitarle el pago de los derechos laborales que me corresponden por todo el tiempo que laboré para el HOSPITAL GARCÉS NAVAS PRIMER NIVEL DE ATENCIÓN cuya denominación jurídica también puede ser HOSPITAL GARCÉS NAVAS ESE igualmente, le solicito el pago de la indemnización plena que me corresponde, como consecuencia del accidente de trabajo el día 22 de julio de 1998, al servicio de la entidad antes mencionada.

² Ver, entre otras, sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

³ Ver, entre otras, sentencia de la Sección Segunda, de fecha 18 de marzo de 1999, proceso No. 17080, Demandante: MARICETH PATERNINA HERNÁNDEZ, Consejero Ponente: Dr. CARLOS A. ORJUELA G.



Entre los dineros que nos corresponden deben incluirse:

- a) El valor correspondiente a salarios, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos.*
- b) El valor correspondiente a vacaciones, prima de servicios, cesantías e intereses a la cesantía.*
- c) El valor de las cotizaciones no realizadas a los sistemas de salud, pensiones, riesgos profesionales durante todo el tiempo que tuvo vigencia mi relación laboral con la Institución.*
- d) Todos los perjuicios materiales en su modalidad de daño emergente y lucro cesante consolidado y futuro, perjuicios morales objetivados y subjetivados, que sufrí en el pasado, que sufro actualmente y que sufriré en el futuro, como consecuencia del accidente de trabajo en el que sufrí lesiones que me impiden desempeñarme en la profesión que estudié durante varios años de mi vida.*
- c) El pago de todos los perjuicios morales subjetivados y objetivados derivados del accidente de trabajo del 22 de julio de 1998, de acuerdo con los criterios fijados por la jurisprudencia.*
- d) El pago de todos los perjuicios materiales en su modalidad de daño emergente y lucro cesante consolidado y futuro que sufrí en el pasado, que sufro actualmente y que sufriré en el futuro, como consecuencia del accidente de trabajo ocurrido el 22 de julio de 1998, mientras laboraba en la empresa.*
- e) El pago de todos los perjuicios fisiológicos que sufrí en el pasado, que sufro actualmente y que sufriré en el futuro, como consecuencia del accidente de trabajo, de acuerdo con los criterios fijados por la jurisprudencia.*

Igualmente solicito que las sumas a que tengo derecho, sean canceladas de conformidad con las normas legales vigentes y con los criterios fijados por la jurisprudencia". (folio 4)

Conforme al texto transcrito, la demandante no solicitó que por haberse desnaturalizado el contrato de prestación de servicios se reconociera la existencia de una verdadera relación laboral, que debería ser amparada por el derecho a partir de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Sin embargo, del escrito se lee que pidió el reconocimiento y pago de las prestaciones "que le corresponden por el tiempo que laboró" para la entidad demandada y relaciona varias de estas, como la inclusión de cotizaciones no efectuadas al Sistema de Seguridad Social lo que, sin lugar a dudas, implica pedir el reconocimiento ante la administración de la existencia de una relación subordinada y dependiente, amparable bajo el principio de la realidad frente a las formas.



En otras palabras, la parte demandante sí agotó la vía gubernativa y por ende, el recurso de apelación por este aspecto no está llamado a prosperar.

Conforme a lo antes indicado, la Sala revisará la viabilidad de reconocer la existencia de una relación subordinada y dependiente pero derivada de un contrato de prestación de servicios, cuyo amparo debe darse a través de la primacía de la realidad frente a las formas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La Corte Constitucional, en sentencia C- 154 de 1.997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y aquel de prestación de servicios, así:

“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.”

Lo anterior significa, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.

La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.



Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha indicado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”¹

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: María Zulay Ramírez Orozco, manifestó:

“6. Es inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la litis, consistente en la prestación de servicios bajo la forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad desplegada por empleados públicos, dado que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen ordenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada.

Y lo es, en primer término, porque por mandato legal, tal convención no tiene otro propósito que el desarrollo de labores “relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”; lo que significa que la circunstancia de lugar en que se apoya la pretendida identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, carece de fundamento válido. Son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b.) que requiera de conocimientos especializados la labor (art. 32 L. 80/93).

Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.

Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería,

¹ Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda



cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.

En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.”

En dicho fallo se concluyó lo siguiente:

1. El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.
2. No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el *status* de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.
3. No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), que es distinta de la que se origina en un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestacional.
4. La situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo, porque con la Administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.
5. Se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico.

Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (art. 53 C.P.).



Tal posición ha sido adoptada por la Sala en los siguientes términos⁴:

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

(...)

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los periodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público:

(...)

Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad.”

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, el hecho de recibir instrucciones del contratante o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

CAMBIO JURISPRUDENCIAL

En reciente sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, modificó la tesis que se venía acogiendo respecto del reconocimiento a título de indemnización de las prestaciones ordinarias que devenga un empleado público en igualdad de condiciones, cuando se demuestra la existencia del contrato realidad.

⁴ Expedientes Nos. 0245 y 2161 de 2005, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante



En dicha providencia⁵ se indicó, que si bien el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, ello no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, aclarando que el título no sería consistente con el restablecimiento del derecho, entendido como la restitución de la situación al estado anterior (Vr.Gr. reintegro y pago de los emolumentos dejados de percibir), pues al ser inexistente el empleo en la Planta de Personal se imposibilita ordenar tal condena, empero sí, el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas y se liquidan con base en los honorarios pactados en el contrato.

Asimismo, se varió la posición para indicar que si se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, y se acepta la existencia de una verdadera relación laboral, es apenas lógico que produzca plenos efectos, ello es, que el tiempo laborado sea útil para el reconocimiento de la pensión de jubilación, así como la Seguridad Social (Salud), Caja de Compensación y Subsidio Familiar, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación.⁶

CASO CONCRETO

En el recurso de apelación la parte demandada alegó la inexistencia del derecho que se pretende reestablecer, e indicó que la condición de Empleado Público no puede surgir de cualquier modo, sino que depende de una serie de requisitos y procedimientos, demarcados por la situación legal y reglamentaria.

Es incorrecto afirmar que en virtud de una relación contractual se pueda dar surgimiento a la condición de Empleado Público pues, el principio de *"la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas"* por los sujetos de las relaciones laborales (razón en la que se fundamenta la demanda) no puede llevar a desconocer los elementos esenciales que se exigen para que una persona acceda a la función

⁵ Sentencia de 19 de febrero de 2009, M. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Exp. No. 2005-3074, actora Ana Reinalda Triana Viuchi.

⁶ El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, había ordenado el reconocimiento de estos efectos, en sentencia del 17 de abril de 2008, Radicación número: 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05), Actor: JOSE NELSON SANDOVAL CÁRDENAS, Demandado: INSTITUTO FINANCIERO PARA EL DESARROLLO DE NORTE DE SANTANDER – IFINORTE, Magistrado Ponente Dr. JAIME MORENO GARCIA.



pública en la modalidad estatutaria. Sobre este tema citó sentencias de 14 de noviembre de 1996, exp. 12541, 18 de noviembre de 2003, exp. IJ-0039 y C-555 de 1994.

De las pruebas que fueron arrimadas al plenario para determinar la existencia de una relación laboral entre la demandante y el Hospital Garcés Navas, Primer Nivel de Atención E.S.E., obra el respectivo contrato de prestación de servicios, cuyo objeto contractual fue *“prestar sus servicios personales como ENFERMERA JEFE”* pactándose expresamente, entre otras cosas: *“OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: además de las obligaciones que por ley corresponden al CONTRATISTA en este tipo de contratos, este se obliga a: (1) Cumplir con las normas y los requerimientos establecidos por el Hospital en lo que se refiere a la áreas objeto del contrato. (2) Participar, presentar recomendaciones y sugerencias en las actuaciones de la dirección que se sometan a su consideración. (3) Presentar los informes que le sean solicitados o cuando el Director del Hospital así lo requiera. Cumplir con aquellas funciones que en ejecución del Objeto del Contrato que le asigne la Dirección del Hospital, la Ley o los Reglamentos. [...] RELACION LABORAL: El presente contrato de prestación de servicios en ningún caso será considerado como contrato de trabajo y por tanto entre EL HOSPITAL y EL CONTRATISTA no existirá relación jurídico laboral alguna.”* (folios 48 a 55)

Para desvirtuar lo anterior, es necesario analizar los tres elementos existentes en la relación laboral, o sea como ya se indicó, prestación personal del servicio, remuneración y subordinación.

Sobre el primero y segundo, (prestación personal del servicio y remuneración), la Sala dirá que en efecto se presentaron, pues, de los contratos de prestación de servicios se concluye que el servicio fue prestado y pagado exclusivamente a la parte actora, como se desprende de las certificación de la relación de pagos obrante a folio 9.

Para demostrar los hechos de la presente acción, en especial lo relativo a la subordinación, se recaudaron además de los Contratos de Prestación de Servicios antes relacionados, que indican que la demandante ejercía la labor de Enfermera Jefe, también, su nueva vinculación en provisionalidad para ejercer las mismas



labores y función, conforme consta en la Resolución No. 0226 del 10 de agosto de 1998, proferida por el entonces Gerente del Hospital Garcés Navas E.S.E. (folios 162 y 163).

Al respecto, dentro del proceso obra la siguiente certificación:

“Que una vez revisados los archivos que reposan en la Coordinación de Talento Humano de esta entidad, se constató que la Señora MARIA AMELIA ARBOLEDA OCAMPO, durante el período comprendido entre el 12 de febrero de 1998 y el 11 de agosto de 1998, realizó actividades como ENFERMERA JEFE mediante contratos de prestación de servicios números 034 y 073 de 1998.

Que mediante resolución No. 0226 de 1998, suscrita por el antiguo Hospital Garcés Navas I Nivel ESE, hoy fusionado Hospital Negativa II Nivel ESE, fue nombrada en provisionalidad la señora MARIA AMELIA ARBOLEDA OCAMPO, en el cargo de Profesional Universitario - Grado 16 (Enfermero) - Código 3200 - Grupo Fomento y Prevención – Departamento de Atención en Salud – Subdirección Hospital.

Estuvo asignada al CAMI FERIAS, en horario de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., y su jefe inmediato fue el Dr. EDUARDO MAURICIO CUBEROS MORALES, Director del Centro Asistencial.

El número de cargos de Enfermero Jefe existentes en la Planta de Personal del antiguo Hospital Garcés Navas I Nivel ESE, como Enfermero, entre el 12 de febrero de 1998 y el 10 de junio de 1999 eran Diecisiete (17) cargos.

Los cargos existentes en la Planta de Personal del antiguo Hospital Garcés Navas I Nivel ESE, como Enfermero, en la época de la investigación, corresponden al empleo de ENFERMERO – CÓDIGO 365 – 19 Y su asignación Básica Mensual para el año 1998 fue de \$980.540 y para el año 1999 fue de \$1.1157.037 (sic)”. (folio 144)

Conforme a la prueba documental y la naturaleza de la función que realizaba la demandante, deduce la Sala, como lo hizo el A quo, la existencia de uniformidad en cuanto al lugar y jornada que cumplió durante la prestación de sus servicios.

Si bien es cierto que dentro del plenario no existen pruebas documentales ni testimoniales que demuestren claramente el elemento de subordinación, Vr.gr., llamados de atención, memorandos, sanciones, felicitaciones, investigaciones disciplinarias etcétera, que permitan afirmar que dependía del superior jerárquico recibiendo órdenes continuas y realmente subordinadas, también lo es, que tal elemento debe ser apreciado con el conjunto de las pruebas obrantes como uno de



los indicios que contribuyen a la convicción del Juez sobre la situación fáctica materia de conocimiento.

Al encontrarse plenamente establecida la función de Enfermera Jefe, como se desprende de los dos (2) contratos de prestación de servicios, no puede dejarse a un lado la naturaleza de la función que ejerció la demandante.

La labor de Enfermera Jefe no puede considerarse prestada de forma autónoma porque esta no puede definir en que lugar presta sus servicios ni en que horario, es más, su labor de coordinación de las demás enfermeras y la obligación de suministro de medicación y vigilancia de los pacientes no puede ser suspendida sino por justa causa, previamente informada, pues pondría en riesgo la prestación del servicio de salud, o sea, que existe una relación de subordinación. En otras palabras, como ya lo ha señalado esta Corporación dada la naturaleza de las funciones se puede deducir la existencia de una prestación de servicios de forma subordinada amparable bajo la primacía de la realidad frente a las formas.

En el caso de autos, según obra en el plenario, se suscribieron con la demandante los respectivos contratos de Prestación de Servicios dada la imposibilidad de suplirlos con personal de planta. No se trató, entonces, de una relación o vínculo de tipo esporádico u ocasional sino de una verdadera relación de trabajo que, por ello, requirió de la continuidad durante alrededor de seis (6) meses y su posterior vinculación a la Administración como una empleada provisional constituyéndose en un indicio claro de que bajo la figura del contrato de prestación de servicios se dio en realidad una relación de tipo laboral.

Si bien es cierto que la Administración estaba facultada para celebrar los contratos de prestación de servicio con la actora, según lo estipulado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y el cambio Jurisprudencial que sobre la materia incluyó la sentencia de Sala Plena de esta Corporación, adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: María Zulay Ramírez Orozco, también lo es que la citada sentencia indicó que el trabajo desempeñado por determinados contratistas no se podría considerar



como generador de una relación laboral, por cuanto en el mismo se presentaban relaciones de coordinación, más no de subordinación, con el siguiente tenor literal:

“Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.”

Sin embargo, el presente caso se diferencia de las razones y situaciones expuestas en la sentencia de Sala Plena, en la medida en que entre la demandante y la entidad demandada no hubo relación de coordinación, pues aquella cumplió su actividad de manera subordinada conforme se ha expuesto anteriormente, sin un mínimo de independencia sobre la actividad desarrollada, llevándose a efecto de conformidad con las orientaciones emanadas por su superior y no de otra forma o bajo su propia dirección y gobierno².

Por las razones expuestas, se confirmará la decisión impugnada, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en consideración a la demostración de los elementos de subordinación, remuneración y prestación personal del servicio de la demandante con el entonces Hospital GARCÉS NAVAS E.S.E., hoy Hospital de Engativa E.S.E.

² Esta posición ha sido sostenida por esta Sección en sentencia del 24 de noviembre de 2005, Expediente No. 760012331000200105512-01, Referencia No.4058-2004, demandante: Edinson Sánchez Castro.



En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

Confírmase la sentencia del 10 de mayo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que accedió parcialmente las súplicas de la demanda incoada por Maria Amelia Arboleda Ocampo contra el Hospital de Engativa ESE.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

