



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintiuno (21) julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-2325-000-2010-00373-01 (2830-2013)

Actor: YOLIMA PANTEVEZ VILLAMIL

Demandado: HOSPITAL OCCIDENTE DE KENNEDY III NIVEL E.S.E.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto tanto por la demandante como por el demandado contra la sentencia de 24 de enero de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección "A", que concedió parcialmente las súplicas de la demanda instaurada por la señora YOLIMA PANTEVEZ VILLAMIL en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo por medio del cual el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E., le negó



el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones solicitadas con ocasión de su vinculación en el cargo de enfermera jefe.

ANTECEDENTES

LA ACCIÓN

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., la actora presentó demanda con el fin de obtener la nulidad del Oficio No. G-283 de 6 de noviembre de 2009, a través del cual el demandado le negó el pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones que solicitó, en atención a que su vinculación laboral tuvo lugar a través de contratos de prestación de servicios.

En consecuencia, pidió que se declare, de un lado, que la relación que mantuvo con el Hospital fue de carácter laboral de derecho público, y de otro, que el tiempo que trabajó desde el 2 de enero de 2004 hasta el 30 de junio de 2008, produjo efectos legales que dan lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones, como si fuera una empleada de planta.



Adicionalmente solicitó condenar a la demandada al pago de: "...la retención en la fuente, ICA, riesgos profesionales que fueron descontados en sus contratos, horas extras, las cesantías definitivas, primas de servicios, primas de navidad, prima de junio, prima de antigüedad, vacaciones remuneradas, prima de vacaciones, prima técnica, reembolso de los aportes a pensión y salud y demás prestaciones sociales que según las normas legales y vigentes regulen a la entidad pública **Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E.**, sede Bogotá, en esta materia, por el tiempo laborado por la Sra. **PANTEVEZ VILLAMIL YOLIMA** al servicio de la entidad, a demás (sic) que el tiempo laborado se tenga en cuenta para pensión de jubilación”.

Asimismo, requirió dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS¹

Como hechos la demandante relató, que prestó sus servicios de enfermera jefe en el Departamento de Enfermería del hospital, a través de contratos de prestación de servicios sucesivos, entre el 2 de enero de 2004 y el 30 de junio de 2008.

Señaló que en el desempeño de sus labores, que eran iguales a los de un enfermero de planta, cumplió la jornada establecida por la entidad

¹ Fl. 64 y s.s. cdn. ppal.



hospitalaria, en turnos de 12 horas, de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., horario respecto del cual no le fue reconocido ningún tipo de recargo y además era controlado por la Coordinadora de turnos - enfermera jefe. Sumado a que tenía como jefes inmediatos al Coordinador de Urgencias, al Jefe de Departamento y a la Coordinadora de turnos, de quienes recibía órdenes, dirección sobre procedimientos de trabajo y supervisión.

Adujo que en un primer momento se produjo la terminación de su relación contractual, por causa de su embarazo de alto riesgo, sin embargo, nunca fue liquidado el contrato, y posteriormente se le reincorporó sin reconocérsele la licencia de maternidad.

Finalmente indicó, que elevó petición ante el demandado en el que solicitó el pago de sus prestaciones sociales e indemnizaciones a que hubiere lugar, derivadas del contrato realidad, frente a la cual obtuvo respuesta negativa por medio del acto acusado.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN²

Invocó en la demanda como vulnerados los artículos 1º, 6º, 13, 25 y 53 de la Constitución Política; 5º, 8º, 16, 21, 24, 32, 34, 40, 45, 46 del Decreto 1045 de 1968; 2º y 7º del Decreto 2400 de 1968; 8º y 11 del Decreto 3135 de 1968; 43 y 51 del Decreto 1848 de 1969; 2º, 6º y 7º del Decreto 1950 de 1973; 32 y 81 de la Ley 80 de 1993.

² Fl. 68 y s.s. cdn. ppal.



En el concepto de violación argumentó en síntesis, que en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas existió una relación laboral fundamentada en la subordinación y dependencia respecto del hospital, sumada a la prestación personal del servicio y a la remuneración que recibió. Además dijo, que las funciones y obligaciones que le fueron asignadas eran propias de un empleado público de la entidad y que las desempeñó a lo largo de cuatro años de manera permanente, con miras a satisfacer la necesidad de sostener el funcionamiento de su Departamento de Enfermería.

Aun así, la parte demandada con el fin de evadir el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, optó por el contrato de prestación de servicios y no por la relación legal y reglamentaria, que se rige por las normas dispuestas por el Legislador.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³

El apoderado del demandado se opuso a las pretensiones, porque la actora no probó la confluencia de los elementos para la configuración de una relación laboral. Adicionalmente, los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes tienen reglamentación propia, en atención a la Ley 100 de 1993, que establece que el ámbito contractual de las Empresas Sociales del Estado se rige por lo dispuesto en el derecho privado.

³ Visible a fl 84 y s.s. cdn. ppal.



Dijo que no se puede alegar subordinación basada en las instrucciones y recomendaciones entregadas en su área, pues estas son inherentes a la prestación del servicio de salud y se imparten de conformidad con los sistemas de gestión de calidad impuestos por la Secretaría Distrital de Salud y el hospital al igual que los protocolos de asistencia médica a nivel nacional e internacional a fin de dar cumplimiento a la ley; lo que significa, que la accionante desarrolló las actividades acordadas con plena autonomía y facultades de las cuales no gozaban los empleados públicos en la planta de personal.

Agregó que en las órdenes de prestación de servicios se estipuló que no generaban ni constituían relación laboral, motivo por el cual no hay lugar al pago de prestaciones sociales como tampoco a indemnización alguna. Asimismo se pactó que existe plena libertad de las partes para, en cualquier momento, dar por terminadas dichas órdenes.

Por último, propuso la excepción de prescripción de conformidad con lo dispuesto en los Decretos 1848 de 1969 y 3135 de 1968 y llamó en garantía a la compañía de seguros PREVISORA S.A., en virtud de la póliza contratada No. 1004489 que ampara el siniestro de “expedición de actos administrativos incorrectos”.

LA SENTENCIA APELADA⁴

⁴ Fl. 314 y s.s. cdn. ppal.



El Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección "A" en providencia de 24 de enero de 2013, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda por considerar, que entre las partes existió una verdadera relación laboral comoquiera que se acreditaron los tres elementos necesarios para que se configurara la existencia de un contrato realidad; es decir, la prestación personal del servicio, la remuneración como contraprestación directa del mismo, la subordinación y dependencia en el desempeño de la actividad y el desarrollo de una labor permanente y propia de la entidad demandada.

Por tanto, decretó la nulidad del acto acusado, ordenó al hospital reconocer y pagar a título de indemnización las mismas prestaciones sociales reconocidas al personal de planta que desempeñaba el cargo que la actora ocupó, pero advirtió, que el hecho de reconocer el principio de primacía de la realidad sobre las formas no significa que a la demandante se le otorgue la calidad de empleada pública; por lo que negó el "reconocimiento de las prestaciones sociales compartidas, como lo son salud y pensión, que asumió la demandante por tratarse presuntamente de un contrato de prestación de servicios, pues al no ser empleada pública, no tenía el empleador la obligación de aportar para tales conceptos". (fl. 326 cdn. ppal.).

No declaró probada la excepción de prescripción formulada por el hospital porque es justamente con la sentencia que se desvirtúan los elementos de la



existencia de un contrato de prestación de servicios y se hace exigible la reclamación de las acreencias laborales.

Finalmente señaló, que no hay lugar al llamamiento en garantía que hizo la entidad hospitalaria respecto de la aseguradora, porque dentro de los amparos contratados no se encuentra especificado el que alega el demandado, relacionado con “la ocurrencia del siniestro consistente en el pago de la suma asegurada en caso de ocurrir la expedición de actos administrativos incorrectos del personal directivo de la entidad hospitalaria”.⁵

LA APELACIÓN

La demandante interpuso recurso de alzada a fin de que se adicione la sentencia del *a quo*, en el sentido de que al estar acreditada la existencia de la relación laboral, le asiste el derecho a que se le reconozcan y paguen las prestaciones sociales compartidas, esto es, salud y pensión, que tuvo que asumir en su totalidad, con claro desconocimiento de los porcentajes que estableció la Ley 100 de 1993 para el empleador.

Por su parte el **hospital** accionado impugnó la providencia porque en su sentir no se acreditaron los elementos que configuran la relación laboral, especialmente la subordinación, toda vez, que si bien es cierto, la actora

⁵ Fl. 328 cdn. ppal.



cumplía los turnos, también lo es, que para el contratista debe existir un tiempo determinado en el cual pueda desempeñar el objeto del contrato. Además, de que es posible impartir sugerencias, recomendaciones, instrucciones y demás directrices encaminadas a la buena prestación del servicio, en atención a los parámetros preestablecidos para la actividad, por lo que en consecuencia no hay lugar al reconocimiento de prestaciones sociales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Tanto la **demandante como la entidad demandada** reiteraron los argumentos expuestos en el recurso de apelación y adicionalmente esta última solicitó que en caso de que se acceda a las pretensiones de la accionante, se declare la prescripción trienal de los derechos reclamados.

La Previsora S.A. Compañía de Seguros llamada en garantía por el demandado⁶ manifestó, que la sentencia debe ser confirmada en lo referente a su absolución, comoquiera que la póliza contratada durante su vigencia “extendió los amparos de responsabilidad civil de servidores públicos, **sólo y únicamente**, a reclamaciones de carácter laboral que por razón de un acto incorrecto real o presunto se presenten durante la vigencia de la póliza contra cualquier trabajador al servicio del HOSPITAL OCCIDENTE DE KENNEDY III NIVEL E.S.E., al tenor de lo dispuesto por las normas legales vigentes, en especial por la Ley 1010 de 2006 (Ley de acoso laboral)”. Alegó inexistencia

⁶ Fl. 448 y s.s. del cdn. ppal.



de relación laboral entre la demandante y el Hospital y prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

El **Ministerio Público** representado por la Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación⁷ señaló, que el fallo proferido por el Tribunal debe ser confirmado pues están probados los tres elementos de la relación laboral, lo que da lugar al reconocimiento de las prestaciones sociales a título de indemnización y en esa línea se debe modificar la providencia en el sentido de ordenar al Hospital el reconocimiento y pago a la actora de los aportes que realizó a salud y pensión en el porcentaje que le corresponda, como presupuesto que se deriva de la relación laboral. Además indicó, que no operó la prescripción porque el derecho de la accionante surge en el momento en el que se declara la existencia del vínculo laboral.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

⁷ Fl. 465 y s.s. del cdn. ppal.



En el presente asunto se trata de determinar si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento del contrato realidad, durante los periodos en los cuales se vinculó con el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E., a través de contratos de prestación de servicios y órdenes de trabajo en calidad de enfermera jefe, y si en consecuencia, procede el reconocimiento y pago de los aportes que realizó por concepto de salud y pensión.

A fin de dilucidar la cuestión litigiosa, se hará alusión al desarrollo jurisprudencial en torno a la figura del contrato realidad, para luego del análisis del acervo probatorio definir, si en el presente asunto tuvo lugar su configuración.

Del contrato realidad

La Corte Constitucional al examinar la exequibilidad del numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, determinó la posibilidad que existe de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público, y luego de definir sus características y establecer las diferencias con el contrato de trabajo señaló, que el ejercicio de tal potestad se ajusta a la Carta Política, siempre y cuando la Administración no lo utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente⁸.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara.



Por su parte, esta Corporación en varias decisiones⁹ ha reiterado la necesidad de que cuando se trata de una relación laboral, se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

Tal posición se complementa con la expuesta en anterior jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación, en la que se sostuvo, que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada para el desarrollo eficiente de la labor encomendada, que incluía el cumplimiento de un horario y el hecho de recibir instrucciones de los superiores o reportar informes sobre resultados, sin que ello significara necesariamente la configuración del elemento subordinación¹⁰.

En la actualidad se tiene, que para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos; especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público.

⁹ Entre otros, sentencia de 23 de junio de 2005 proferida en el expediente No. 245 con ponencia del Dr. Jesús M^a Lemos Bustamante.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 18 de noviembre de 2003. Expediente No. IJ-0039. Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.



Contrario *sensu*, se constituye una relación contractual, que se rige por la Ley 80 de 1993 cuando: se pacta la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública; el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; le pagan honorarios por los servicios prestados; y, la labor convenida no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados.

Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar, que se debe restringir a aquellos casos en los que la entidad pública requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional; porque, si contrata por prestación de servicios, personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente se asignan a los demás servidores públicos, se desdibuja dicha relación contractual.

Entonces, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra, que esa relación laboral que se ocultó bajo el manto solapado de un contrato estatal; ello, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados respectivamente en los artículos 13 y 53 de la Carta Fundamental. Con lo que se superó esa prolongada tesis que prohijaba la



figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados¹¹.

En cuanto a la prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora esta Sección concluyó sobre su no prescripción, en tanto su exigibilidad es imposible antes de que se produzca la sentencia, porque es en tal decisión judicial en la que se declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo; es decir, que es a partir del fallo, que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo¹².

Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó, que aunque es cierto, que es desde la sentencia, que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años¹³.

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 2776-05. Consejero Ponente Dr. Jaime Moreno García; Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 1694-07. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13. Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.



Teniendo en cuenta el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a los contratos realidad, se concluye en cuanto a su configuración, que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación continuada que se alega, no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito¹⁴.

A lo que se debe agregar, que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, según el aforismo "*onus probandi incumbit actori*", dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y a acreditar la presencia real de los elementos anteriormente señalados dentro de la actividad desplegada, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que de manera primordial desentraña la existencia de una relación laboral encubierta.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Expediente No. 3074-2005. Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.



Así, se deben revisar en cada caso, las condiciones bajo las cuales se prestaron los servicios, en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva homogenicen las causas propuestas ante esta Jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada asunto.

Atendiendo a lo anteriormente precisado se procederá a efectuar el examen probatorio correspondiente.

De lo acreditado en el proceso

Se demostró al interior del expediente que la demandante estuvo vinculada al servicio de la entidad hospitalaria en la calidad de enfermera jefe entre los años 2004 y 2008, como se infiere de las órdenes continuadas de prestación de servicios suscritas entre las partes junto con sus modificaciones, adiciones y prórrogas, y tal como el 4 de diciembre de 2008 lo certificó el Subgerente administrativo de la entidad en los siguientes términos:

“Que **PANTEVEZ VILLAMIL YOLIMA** identificado con cédula de ciudadanía No. 393752.382 de Fontibón, prestó sus servicios bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios como



ENFERMERO (Jefe) en esta EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO: HOSPITAL OCCIDENTE DE KENNEDY III NIVEL (...)" (fl. 4 y 5 cdn. ppal.).

El objeto de los diversos contratos de prestación de servicios y órdenes de trabajo¹⁵, se mantuvo en términos generales durante el tiempo que la actora laboró y da cuenta de la supervisión del contrato por parte del Jefe del Departamento de Enfermería de la entidad, el valor y la forma de pago, el plazo de ejecución y las apropiaciones de los recursos correspondientes por concepto de honorarios, al igual que las obligaciones para el contratista, tales

¹⁵ El objeto consistió en "Prestar sus servicios como ENFERMERO en el (la) DPTO. DE ENFERMERIA del Hospital Occidente de Kennedy de conformidad a la moral y de manera eficaz y oportuna." Para lo cual, entre otras debía adelantar las siguientes actividades: "1. **Presentar al Supervisor de la Orden de Prestación de Servicios los originales y las copias de los recibos de Pago de Aportes al Sistema de Seguridad Social Integral de acuerdo con lo establecido en el Artículo 50 de la Ley 789 de 2002 en concordancia con el artículo primero de la Ley 828 de 2003.** 2. Portar los elementos básicos para el desarrollo de las actividades.3. Ejecutar con criterio acciones dependientes, según tratamiento médico y de enfermería. 4. Atender las necesidades del equipo de trabajo. 5. Aplicar los principios de técnica aséptica. 6. Realizar los procedimientos especiales, supervisar y evaluar la realización de los procedimientos básicos del personal a cargo. 7. Aplicar las normas universales de Bioseguridad en el manejo de fluidos corporales. 8. Recibir y entregar, obteniendo y dando información detallada de cada uno de los pacientes. 9. Realizar la asignación diaria de actividades de su grupo de trabajo, por escrito. 10. Ejecutar los controles para el buen funcionamiento de equipos y elementos del servicio. 11. Coordinar que se lleven a cabo las acciones para cumplir con los tratamientos que requiera cada usuario. 12. Revisar las necesidades del servicio y mantener los elementos adecuados. 13. Revisar las anotaciones de enfermería de cada uno de los pacientes, elaboradas por el personal a su cargo. 14. Participar en la revista y valoración médica de los pacientes del servicio. 15. Preparar y administrar mezclas, diluciones y medicamentos de los pacientes de acuerdo a las normas establecidas.16. Realizar los procedimientos de enfermería que ameriten usuarios, haciendo registro correspondiente.17. Explicar procedimientos administrativos y asistenciales al paciente y o familiar.18. Revisar historias clínicas y actualizar el kárdex, tarjetas de droga, según normas de la institución. 19. Desarrollar todas las actividades que sean necesarias, acordes con el objeto de la presente orden de prestación de servicios, en coordinación con el Interventor del mismo..." (Resalta la Sala).



como responsabilizarse de los equipos e instrumentos de trabajo puestos a su disposición para el desempeño de las funciones propias de su cargo. (fls. 6 a 30 cdn. ppal.).

La orden No. 1418 de **2008**, fue el último contrato de prestación de servicios suscrito por la accionante, que tuvo como fecha de inicio el 1º de mayo de 2008, teniendo en cuenta además, que el primero de los referidos contratos fue signado el 2 de enero de 2004 y los sucesivos, lo fueron de manera continuada, cada uno con una duración de entre 15 días y 3 meses. (fls. 4 y 5 cdn. ppal.).

El 11 de septiembre de **2009** la actora presentó petición ante el Gerente del Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E., cuya referencia fue “solicitud pago de prestaciones sociales y demás acreencias laborales”, a fin de que por virtud del contrato realidad se le reconocieran los derechos deprecados”. (fl. 31).

Mediante Oficio No. G-283 de 6 de noviembre de 2009 -acto acusado-, el Gerente de la entidad hospitalaria, respondió negativamente a la anterior solicitud en los siguientes términos: “... me permito comunicar que conforme a la orden de prestación de servicios No. 1418 de fecha primero (01) de mayo al treinta (30) de junio de 2008 la cual se rige por lo previsto en el Acuerdo 024 de 2003 (Manual Interno de Contratación) no es posible



acceder (sic) su petición, ya que el convenio suscrito entre las partes expiró por ocurrencia del término de ejecución, sin que pueda predicarse que existió terminación de forma unilateral. // En el mismo sentido, se pactó entre las partes la cláusula de EXCLUSIÓN LABORAL...” (fl. 33 y 34 cdn. ppal.).

Reposa testimonio de la señora Adriana Rocío Borda Vargas, compañera de trabajo de la demandante, quien afirmó que el cargo de enfermera jefe existía dentro de la planta de personal del Hospital y que respecto de las funciones desempeñadas por un funcionario de este rango y un enfermero jefe por prestación de servicios no existía diferencia alguna. Agregó, que la labor desarrollada por la actora correspondía al objeto social de la entidad y que no tenía autonomía en el ejercicio de sus funciones, pues recibía órdenes de la jefe de enfermeras del hospital, del enfermero jefe coordinador de turno, entre otros funcionarios de la entidad, quienes a su vez controlaban el cumplimiento de su horario. Finalmente indicó que para el pago de los servicios prestados por la accionante, debía presentar comprobante de pago de salud y pensión. (fl. 134 a 138 cdn. ppal.).

Por su parte la señora Rosa Inés Muñoz Bernal quien laboraba en el cargo de enfermera encargada de coordinación general de enfermería para los años 2004 y 2005, relató que “YOLIMA prestó sus servicios como enfermera en el servicio de pediatría y me correspondía a través de la persona encargada de Coordinación del turno y servicio en el cual se desempeñó YOLIMA revisar y dar informe sobre el cumplimiento de las actividades que



se dieron durante la orden de prestación de servicios”, y agregó que las funciones desempeñadas por la actora “Eran necesarias en el sentido de que con el personal de planta no era suficiente, para los cuidados que se requerían. Ella ofrecía y prestaba sus servicios mediante prestación de servicios que se renovaban mes a mes y después cada tres meses, a donde ella aceptaba el tipo de contrato para ejercer como enfermera profesional.” (fls.141 a 146 cdn. ppal.).

Finalmente la señora Diana Maritza Beltrán Bejarano vinculada a la entidad hospitalaria, como enfermera del personal de planta en carrera administrativa, al preguntarle sobre las diferencias o similitudes entre sus funciones y las de la actora dijo: “Yo me desempeñaba inicialmente como enfermera del servicio con las mismas funciones de ella, y después de un tiempo pase a cumplir funciones administrativas, con personal a cargo, entre ellas YOLIMA PANTEVEZ”. (Fls. 147 a 150 cdn. ppal.).

Del caso concreto

Pues bien, según los elementos de prueba obrantes en el plenario confrontados con la jurisprudencia concerniente al contrato realidad, se encuentra que en el presente asunto se configuró una verdadera relación



laboral entre la demandante y la Administración, a pesar de haberse ocultado bajo la figura del contrato de prestación de servicios.

Es así, como la ejecución de las varias órdenes de trabajo y contratos de prestación de servicios, que de manera continuada suscribió con el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.SE., encontró soporte en la certificación emitida por el subgerente administrativo de la entidad. Y según los testimonios que obran en el expediente, surge evidente, que en el cumplimiento de la labor asignada en calidad de enfermera jefe, la actora adelantó todo el esfuerzo personal que la misma requería, situación que permite corroborar la presencia del elemento **prestación personal del servicio**.

De igual modo, percibió una **remuneración o contraprestación económica** por la labor personal que realizó al servicio del Hospital, según las pruebas documentales y testimoniales referidas, que estaba sujeta a la apropiación presupuestal de la entidad.

Así mismo, se configuró el elemento **subordinación y dependencia**, comprobado en la intemporalidad de la relación, en el cumplimiento de funciones y horarios de trabajo propios de la entidad, con desarrollo de idénticas funciones a las asignadas a los servidores de planta, y con el



compromiso de tener que rendir informes acerca de las actividades adelantadas en el ejercicio de la labor de enfermería.

En efecto, las probanzas evidencian que la función desplegada por la accionante no fue de carácter transitorio o esporádico -característica propia del contrato de prestación de servicios-, sino que por el contrario, se trató de una relación prolongada en el tiempo, como lo demuestran los diversos contratos y órdenes suscritas de manera sucesiva entre ambas partes desde el año 2004 hasta el año 2008 -cuando se suscribió la última orden de trabajo-, que permiten entrever que la contratación se adelantó con el ánimo de emplearla de modo permanente, pero, en franco desconocimiento de sus derechos salariales y prestacionales de carácter irrenunciable y en abierta pugna no sólo con la ley¹⁶ y con la jurisprudencia sino también con el principio constitucional de igualdad.

¹⁶ El artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, dispuso: “Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural. // Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. // Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República. // Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.// **Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones**”.



También cumplió con el horario de trabajo y las órdenes y obligaciones impuestas, entre otros, por el Coordinador de turnos y la jefe de enfermeras del hospital, que comprendían, desempeñar sus funciones en el servicio de pediatría en urgencias, suministrar medicamentos a los pacientes, toma de paraclínicos, recibo y entrega de turno, sometimiento a los protocolos y reglamentos impuestos por la entidad y dar cuenta de todos los procedimientos realizados.

Ligado a que desarrolló idénticas funciones a las adelantadas por los enfermeros jefes de planta vinculados laboralmente, de lo que fehacientemente dan cuenta los testimonios de las señoras Adriana Rocío Borda Vargas médico general y Rosa Inés Muñoz Bernal. (fl. 134 y s.s. cdn. ppal.)

Situaciones de las que claramente se infiere, que no existía ninguna diferencia entre las enfermeras jefe contratistas y las de planta, habida cuenta que prestaban los mismos servicios y cumplían las mismas funciones, con asignación de horarios, debiendo obedecer tanto las instrucciones como las órdenes de los médicos que asistieran y coordinadores de turno, lo que implicaba incluso, la necesidad de solicitar el permiso correspondiente para ausentarse de su labor.



En suma, desvirtuadas como se encuentran tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio por parte de la actora como la transitoriedad u ocasionalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios y probados todos los elementos característicos de la relación laboral, concluye la Sala, que en el presente asunto, contrario a lo argumentado por la demandada en el escrito de alzada, se configuró el contrato realidad, porque evidentemente la administración utilizó la figura contractual, de manera por demás equivocada, para encubrir la naturaleza real de la actividad laboral.

A esta altura se pone de presente, que las diferentes situaciones administrativas y necesidades del servicio no se pueden convertir en evasivas o excusas para vincular al personal de manera irregular con el fin de desempeñar funciones públicas en forma permanente; pues, tal vínculo deviene en precario e ilegal ante el franco desconocimiento de las formas sustanciales del derecho público, las modalidades previstas en la Constitución y la ley para el ingreso al servicio público y aún más, las garantías laborales y los derechos fundamentales de quienes así resultan vinculados -artículos 13 y 53 de la Carta Política-. En otras palabras, la Administración Pública no está legitimada, bajo ninguna circunstancia, para omitir el carácter laboral de las relaciones de trabajo.

En este asunto es menester precisar, que si bien es cierto, por el hecho de reconocer la existencia de la relación laboral a la demandante no se le puede



otorgar la calidad de empleada pública, pues para ostentar la misma se requiere del respectivo nombramiento y posesión, tal como lo ha reiterado esta Corporación, también lo es, que al ser desvirtuado el contrato de prestación de servicios, la relación laboral produce plenos efectos, lo que conlleva al pago de todos los emolumentos¹⁷, incluidas no solo las prestaciones sociales que son asumidas directamente por el empleador tales como vacaciones, cesantías, prima de servicios y todas las que se encuentren pactadas, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, en la proporción correspondiente, como aquellas por concepto de salud y pensión¹⁸.

Con lo anterior se tiene que en este punto no le asiste razón al *a quo* cuando decidió negar la pretensión referida al reconocimiento en favor de la

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 81001-23-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en esta decisión se consideró: “En consecuencia, al demostrarse los elementos propios de la relación laboral, la contratista tiene derecho a obtener el reconocimiento y pago como reparación del daño de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de planta de la entidad por los periodos de tiempo y en las condiciones establecidas en la sentencia de primera instancia, la cual será confirmada por encontrarse ajustada a derecho”.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 81001-23-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en es providencia se indicó: “Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, **la cotización al sistema de pensiones** es del 16% del ingreso laboral **la cual debe realizarse** en un **75% por el empleador** y en un 25% por el empleado; **la cotización al sistema de salud** es el 12.5% de lo netamente devengado **correspondiéndole al empleador el 8.5 %** y al empleado 4%”.



accionante de estas últimas prestaciones, por lo que se estima que tiene derecho a que se le reintegren las sumas que ella canceló y que le correspondía sufragar al hospital, por concepto de salud y pensión, según la normativa vigente, para lo cual, deberá allegar la prueba que soporte los pagos efectivamente realizados por tales conceptos.

En cuanto a la excepción de prescripción trienal se tiene que no prospera toda vez que se encuentra demostrado que la reclamación ante la administración se realizó el 11 de septiembre de 2009¹⁹, es decir, 1 año, 2 meses y 11 días después de haber terminado la relación laboral, por lo que la actora se encontraba dentro del término previsto en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 para reclamar sus acreencias laborales, ligado a que las órdenes de servicios que se suscribieron entre las partes desde el 2 de enero de 2004, lo fueron de manera continuada hasta el 1 de mayo de 2008 con finalización el 30 de junio de 2008 y una diferencia temporal entre todas ellas de 15 días hasta 3 meses.

Respecto al llamamiento en garantía que el demandado hizo a la aseguradora, se resalta que el Código de Procedimiento Civil en su artículo 57²⁰ establece en cuanto a esta figura, que quien tenga derecho legal o

¹⁹ Fl. 31 cdn. ppal.

²⁰ El Código General del Proceso igualmente alude al llamamiento en garantía en su artículo 64 así: **“LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.** Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la



contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

En el presente asunto no es posible atribuirle responsabilidad al llamado en garantía porque aunque la entidad demandada suscribió con la compañía de seguros La Previsora S.A., la Póliza de Seguros No. 1004489, para efecto del amparo de los siniestros, lo cierto es, que en el expediente no reposa la totalidad de dicha póliza, que permita determinar el contenido de las cláusulas contractuales con miras a establecer la responsabilidad de la aseguradora respecto de la totalidad de sus amparos²¹.

Así las cosas, la sentencia del Tribunal deberá ser confirmada en cuanto declaró la existencia de la relación laboral y ordenó el reconocimiento y pago de las mismas prestaciones sociales que devengaba el personal de planta que se desempeñaba el cargo de enfermera jefe y revocada en razón a que

indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación”.

²¹ En cuanto a los amparos sólo reposan las afirmaciones de la aseguradora quien a fls. 448 a 463 cdn. ppal., afirmó que los siniestros que se ampararon son los referidos a “Detrimentos patrimoniales sufridos por el estado o por terceros, siempre que sean consecuencia de los actos incorrectos cometidos por los funcionarios asegurados en el desempeño de las funciones administrativas propias de su cargo. Este amparo será procedente cuando los funcionarios asegurados sean declarados civil o administrativamente responsable de detrimento patrimonial por haber cometido actos incorrectos, en el desempeño de las funciones propias de los cargos relacionados en la carátula de esta póliza. (...) // No constituyen reclamaciones de carácter laboral amparadas bajo la presente póliza las que tengan por objeto el reconocimiento de salarios, prestaciones, indemnizaciones y demás retribuciones o compensaciones de carácter económico emanadas de un contrato de trabajo.” (Subrayas del texto).



negó el reconocimiento del porcentaje correspondiente de los aportes a salud y pensión que sufragó la contratista, para en su lugar ordenar que se le reintegren las sumas que canceló por concepto de salud y pensión.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección “A”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: CONFÍRMASE PARCIALMENTE la sentencia de 24 de enero de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección “A” en el proceso iniciado por la señora YOLIMA PANTEVEZ VILLAMIL contra el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E., conforme a lo considerado en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: REVÓCASE el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de 24 de enero de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección “A” en el proceso iniciado por la señora YOLIMA PANTEVEZ VILLAMIL contra el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E., para en su lugar ordenar a esta entidad que



reconozca y pague a título de reintegro a favor de la actora los valores que ella canceló correspondientes a salud y pensión, según los porcentajes fijados por ley al empleador.

Reconócese a la abogada Amanda Díaz Peña como apoderada de la parte demandada, en los términos del poder obrante a folio 480 del cuaderno principal.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA

HERNÁNDEZ



LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO