



9

CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., siete (7) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Expediente : 52001-23-33-000-2013-00225-01 (1728-2015)  
Demandante : **Leydy Naryivy Martínez Rosero**  
Demandado : Empresa Social del Estado Hospital Clarita Santos del municipio de Sandoná (Nariño)  
Tema : Contrato realidad

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la demandante (ff. 850 a 845) contra la sentencia de 23 de enero de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante la cual negó las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe (ff. 825 a 834).

## I. ANTECEDENTES

**1.1 El medio de control** (ff. 1 a 29). La señora Leydy Naryivy Martínez Rosero, por conducto de apoderada, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Empresa Social del Estado (ESE) Hospital Clarita Santos del municipio de Sandoná, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

### 1.2 Pretensiones:

**1.2.1 Principales.** Se declare la nulidad del oficio de 22 de noviembre de 2012, por medio del cual la gerente de la ESE Hospital Clarita Santos del municipio de Sandoná negó a la actora el «reconocimiento de derechos laborales» al desconocer que «se configuró una relación laboral» entre el 1.º de julio de 2009 y el 31 de diciembre de 2012, «[...] tiempo durante el cual ejerció el cargo como *Coordinadora de Mantenimiento de Sistemas*».

A título de restablecimiento del derecho, solicita se declare que acaeció tal vínculo y se ordene a la entidad (i) pagar las prestaciones sociales por el período en que ejerció sus labores, como auxilios de transporte y alimentación, bonificaciones de recreación y por servicios prestados, horas



extras de trabajo, prima de navidad, «*indemnización por dotación, compensación en dinero de las vacaciones*», cesantías e intereses sobre estas, así como el «*reajuste salarial*», (ii) devolver los aportes realizados al sistema general de seguridad social y los dineros cancelados por concepto de pólizas de cumplimiento de los contratos de prestación de servicios que suscribió, (iii) «*consignar a favor de AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS*» el valor de las respectivas cotizaciones junto con los intereses de mora, (iv) cancelar 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) por concepto de perjuicios morales y materiales y (v) sufragar costas procesales y la indexación de las anteriores sumas.

Además, pretende que se determine que fue ineficaz «*[...] la terminación unilateral de la relación laboral [...]*», en consecuencia, sea reintegrada «*[...] al cargo que venía desempeñando [...] o a otro de igual o superior jerarquía [...]*» y se declare que «*desde el 31 de diciembre de 2012 hasta la fecha [...]*» en que «*[...] sea reincorporada a sus labores no existió solución de continuidad*».

**1.2.2 Subsidiarias.** Anulado el mismo acto administrativo, se disponga reconocer «*[...] por primacía de la realidad, la existencia de una relación laboral [...]*»; que fue desvinculada «*[...] de manera unilateral e intempestiva por parte del HOSPITAL CLARITA SANTOS E.S.E. el 31 de diciembre de 2012*»; y «*las sumas de dinero correspondientes a los conceptos causados durante todo el período laborado [...]*».

**1.3 Fundamentos fácticos.** Relata la actora que «*nació el 20 de enero de 1987, [...] prestó sus servicios de forma personal, subordinada, remunerada y continua a favor del HOSPITAL CLARITA SANTOS E.S.E. desde el 1° de julio de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2012, [...] desempeñándose como Coordinadora de Mantenimiento de Sistemas [...], a través de diferentes y consecutivos contratos de prestación de servicios profesionales [...]*».

Dice que su jornada laboral era de martes a viernes «*de 7.30 A.M. hasta 12:00 M. [...] de 2:00 P.M. hasta 6:00 P.M. [y] Sabado de 7:00 A.M. hasta 1:00 P.M.*» (sic). Precisa que en ocasiones «*[...] debía realizar el mantenimiento de los equipos de cómputo en horario no laboral los sábados en la tarde o los lunes, [...] para no perturbar las actividades de los demás trabajadores [...]*» o «*[...] de ocurrir algún inconveniente con un equipo de cómputo o con el sistema de información [...] en horarios extras laborales*



*[...] se desplazaba inmediatamente a solucionarlo, por ser la única persona encargada de dicha labor».*

Que la entidad siempre le exigió cumplir reglamentos, metas, horario de trabajo, directrices y políticas, así como asistir a reuniones y capacitaciones.

*Arguye que «[...] las tareas ejecutadas [...] de mantenimiento correctivo, preventivo y predictivo de computadores [...] son imprescindibles y necesarias en el **HOSPITAL CLARITA SANTOS E.S.E.** [...]».*

Que las funciones las ejecutó dentro de las instalaciones y con las herramientas de trabajo que le fueron suministradas.

Que el 30 de octubre de 2012 solicitó de la entidad demandada el pago de prestaciones sociales y *«perjuicios materiales y morales causados por la inestabilidad y zozobra en que laboró»*, las cuales se resolvieron en forma desfavorable, mediante oficio de 22 de noviembre del mismo año, suscrito por la gerente de la ESE, ya que *«[...] no es deber de la entidad formalizar los contratos de prestación de servicios que se han venido celebrando, ni reconocer la existencia de un vínculo laboral con los contratistas, [...] pues no se reúnen los requisitos [...] para que se configure una relación de trabajo [...]».*

Por último, refiere que *«[...] en su condición de jefe de hogar [...] tiene la responsabilidad de manutención de su familia [...]»*, conformada por sus padres y dos hermanos, *«[...] la desvinculación laboral [...] le ocasionó daños y perjuicios [...] a su nivel de vida [...]»*, y *«[...] pese al tiempo laborado para la entidad demandada, carece hoy de un ingreso que le permita sufragar sus necesidades [...], lo cual le produce angustia y sufrimiento permanente, [pues] actualmente no cuenta con un trabajo estable pese a su experiencia laboral, por ello se encuentra realizando labores independientes [...]».*

**1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** Cita como normas violadas por el acto administrativo acusado las siguientes: los artículos 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política; 32 de la Ley 80 de 1993; 22 y 23 de la Ley 100 de 1993; Leyes 65 de 1946 y 344 de 1996 y Decretos 2567 de 1946, 1160 de 1947, 1045 de 1978, 2712 de 1999, 1267 de 2001 y 1919 de 2002.



Aduce la demandante que *«fue sujeto de un trato discriminatorio por parte de su empleador [...]»*, por no reconocerle los derechos laborales en igualdad de condiciones que al personal de planta de la entidad.

Que la decisión acusada desconoció los principios de la primacía de la realidad sobre formalidades, remuneración mínima vital y móvil, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, situación más favorable al trabajador en caso de duda, y la garantía a la seguridad social, por cuanto prestó sus servicios de manera personal, continua y subordinada, elementos propios de una relación laboral, y, por ello, tiene derecho a que se le reconozcan y paguen las prestaciones propias de esta clase de vínculo.

Por último, citó jurisprudencia que consideró aplicable al caso concreto, respecto de la existencia del contrato realidad cuando se cumplen los tres elementos que lo configuran: i) prestación personal del servicio, ii) subordinación y iii) remuneración.

**1.5 Contestación de la demanda.** La demandada guardó silencio en esta oportunidad procesal, según informe secretarial del Tribunal de instancia obrante en el folio 304 del expediente.

**1.6 Providencia impugnada.** El Tribunal Administrativo de Nariño, en sentencia de 23 de enero de 2015 (ff. 825 a 834), negó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la actora, al estimar que *«[...] las pruebas obrantes en el proceso demuestran que las funciones desempeñadas por la accionante fueron de carácter transitorio o esporádico, [...] por lo que no se evidencia que la contratación [...] se dio con el ánimo de emplearlo [sic] de modo permanente en la entidad; sumado a que existió una interrupción laboral, [...] de tres y [...] dos meses con lo cual el argumento de continuidad carece de soporte probatorio»*.

Asevera en relación con la subordinación que no se acredita porque *«[...] las actividades ejecutadas [...] no pueden considerarse como manifestaciones de dependencia, pues una cosa es la presentación de los informes requeridos con ocasión de lo estipulado en los distintos contratos de prestación de servicios [...], y otra muy diferente, que esto se tome como el obediencia a órdenes o revisión y corrección de su trabajo, esto en contraste con la ausencia de certeza sobre el cumplimiento de un horario»*.



Agrega que «[...] *no es de recibo el argumento [...] que por ser la labor de coordinadora de mantenimiento de sistemas imperativamente necesaria para la entidad, por si [sic] sola [...] sea determinante para considerar que todo aquel que la realice, sea un servidor público vinculado bajo la connotación de una relación laboral; ya que la remuneración que percibió fue de honorarios y no de salarios y en cuanto a la subordinación sí que menos*» se pudo probar.

**1.7 Recurso de apelación** (ff. 840 a 845). Inconforme con la anterior sentencia, la demandante, mediante apoderada, interpuso recurso de apelación, toda vez que el *a quo* no valoró «[...] *la prueba testimonial de manera integral [...]*» de la cual «[...] *surge con claridad el cumplimiento de un horario de trabajo [...]*» y la «[...] *asistencia a petición del Hospital en jornada adicional*» a resolver problemas de los computadores o la red de la entidad.

Afirma que si bien «[...] *la asignación y cumplimiento de tareas [...] como “Coordinadora” en el Hospital no es un elemento determinante [...]*» para inferir la subordinación, es un indicio que desvirtúa el argumento que la entidad solo ejerció una relación de coordinación con el fin de verificar el cumplimiento del objeto contractual.

## II. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido mediante proveído de 18 de marzo de 2015 (ff. 847 y 847 vuelto) y admitido por esta Corporación a través de auto de 23 de julio siguiente (f. 855); en el que se dispuso la notificación personal al Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 247 del CPACA.

**2.1 Alegatos de conclusión.** Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso, en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 4 de febrero de 2016 (f. 862), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por la demandante.

**2.1.1 Parte actora** (ff. 866 a 869). Reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación e insiste en que con el material probatorio que reposa en el expediente, se demuestra que entre las partes se configuró una relación



laboral desde la teoría del contrato realidad y por ello tiene derecho a que se le reconozcan las prestaciones sociales derivadas de dicho vínculo.

### III. CONSIDERACIONES

**3.1 Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA esta Corporación es competente para conocer del presente litigio en segunda instancia.

**3.2 Problema jurídico.** Corresponde a la Sala determinar si a la demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar de la ESE Hospital Clarita Santos del municipio de Sandoná el reconocimiento y pago de prestaciones salariales y sociales no devengadas durante el tiempo que laboró en el área de mantenimiento de computadores y redes, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre formalidades, o, por el contrario, si los contratos de prestación de servicios que celebró con dicha entidad se ajustan a la normativa legal vigente, por cuanto no se configuraron los elementos de subordinación y continua dependencia que alega, propios de una relación laboral.

**3.3 Marco normativo y jurisprudencial.** En principio cabe precisar que respecto de los contratos estatales de prestación de servicios la Ley 80 de 1993, en su artículo 32 (numeral 3), dispone:

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

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

Posteriormente, este artículo fue modificado por los Decretos 165 de 1997, 2209 de 1998 y 2170 de 2002, que precisaron *«solo se realizarán para fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar»*.

Es decir, que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el



personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

Por su parte, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de las expresiones «no puedan realizarse con personal de planta o» y «En ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales», contenidas en el precitado numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80, en sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997<sup>1</sup>, precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, así:

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

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

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

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional, sentencia de 19 de marzo de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.



Ahora bien, el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968<sup>2</sup>, «Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil [...]», dispone:

Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.

La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009, al señalar la permanencia, entre otros criterios, como un elemento más que indica la existencia de una relación laboral. Frente al tema, expuso:

La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

<sup>2</sup> Modificado por el Decreto 3074 del mismo año.



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

En otras palabras, el denominado «*contrato realidad*» aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales<sup>3</sup>.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda<sup>4</sup> recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto *sub examine*.

<sup>3</sup> En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10).

<sup>4</sup> Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.



**3.4 Caso concreto.** A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) Convenio interadministrativo de cooperación y su respectivo otrosí, suscritos el 11 de noviembre de 2008 entre el Fondo de Comunicaciones<sup>5</sup> y el municipio de Sandoná (Nariño) con el objetivo de «*Anuar esfuerzos para la implementación de la Estrategia de Gobierno en Línea [...] en el Municipio de SANDONÁ [...]*», y «*[...] facilitar el acceso a los ciudadanos y funcionarios a la información y a los servicios [...] mediante las TIC*» (ff. 222 a 228).

b) Contratos de «*mantenimiento*», suscritos por la demandante con la entidad accionada, en los años 2009, 2010, 2011 y 2012, que dan cuenta de que aquella se comprometió con esta a prestar sus servicios de «*[...] mantenimiento de redes y computadores [...]*» y «*[...] correctivo, preventivo y predictivo a todos los equipos de computo [sic] del hospital clarita santos [...]*», conforme se indica en el siguiente cuadro:

Fecha	Valor	Período	Desde	Hasta	Folios
1/7/2009	\$2.400.000	3 meses	1/7/2009	30/9/2009	41 a 44
1/1/2010	\$2.400.000	3 meses	1/1/2010	30/3/2010	46 y 467 a 470
1/4/2010	\$800.000	1 mes	1/4/2010	30/4/2010	47 a 49, 54 a 57 y 483 a 486
1/5/2010	\$2.400.000	3 meses	1/5/2010	30/7/2010	60 a 63 y 509 a 512
1/8/2010	\$800.000	1 mes	1/8/2010	31/8/2010	66 a 68 y 525 a 528
1/9/2010	\$800.000	1 mes	1/9/2010	30/9/2010	70, 71 y 531 a 534
1/10/2010	\$800.000	1 mes	1/10/2010	31/10/2010	75 a 78 y 550 a 553
1/11/2010	\$800.000	1 mes	1/11/2010	30/11/2010	81 a 84 y 556 a 559
1/12/2010	\$800.000	1 mes	1/12/2010	31/12/2010	87 a 90
1/1/2011	\$900.000	1 mes	1/1/2011	30/1/2011	93 a 96 y 204 a 207
1/2/2011	\$900.000	1 mes	1/2/2011	28/2/2011	99 a 102
1/3/2011	\$1.800.000	2 meses	1/3/2011	30/4/2011	103 a 106
1/5/2011	\$1.800.000	2 meses	1/5/2011	30/6/2011	109 a 112
1/7/2011	\$2.700.000	3 meses	1/7/2011	30/9/2011	116 a 118
1/10/2011	\$900.000	1 mes	1/10/2011	31/10/2011	123 a 125
1/11/2011	\$900.000	1 mes	1/11/2011	30/11/2011	128 a 130
1/12/2011	\$900.000	1 mes	1/12/2011	31/12/2011	134 a 136

<sup>5</sup> Se precisa que dicho Fondo comporta una unidad administrativa especial de orden nacional, adscrita al Ministerio de Comunicaciones, creado por el Decreto ley 129 de 1976.



1/1/2012	\$11.220.000	12 meses	1/1/2012	31/12/2012	139 a 141
----------	--------------	----------	----------	------------	-----------

c) Copia de comprobantes de egreso a favor de la actora por concepto de pago de algunos períodos contractuales y certificados de disponibilidad presupuestal (ff. 45, 50 a 53, 58, 59, 64, 65, 69, 72 a 74, 79, 80, 85, 86, 91, 92, 97, 98, 107, 114, 115, 120, 121, 127, 132, 133, 137, 138, 143 a 145).

d) Comprobantes de nómina de la ESE Hospital Clarita Santos de 2009, 2010, 2011 y 2012 (ff. 373 a 446), en los que se evidencian los pagos realizados durante esos períodos a los empleados que ocuparon los cargos de «Gerente, [...] Subgerente Administrativo, [...] Enfermera Jefe, [...] Auxiliar Administrativo, [...] Auxiliar de Enfermería [sic], Auxiliar de Higiene Oral, [...] Operario [y] Promotora» (ff. 373 a 446).

e) Certificación expedida el 1.º de febrero de 2011 por el señor subgerente administrativo y financiero de la ESE Hospital Clarita Santos, en la que se indica que esta «no cuenta con el personal de planta suficiente para atender las labores de: MANTENIMIENTO COORECTIVO [sic], PREVENTIVO Y PREDICTIVO DE COMPUTADORES [...]» (f. 40).

f) Constancia de 9 de mayo de 2011 de la «COORDINACIÓN DE ARTICULACIÓN Y ACOMPAÑAMIENTO AL PROGRAMA AGENDA DE CONECTIVIDAD – ESTRATEGIA DE GOBIERNO EN LÍNEA DEL MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS Y DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES», en la que se indica que la demandante «[...] participó en el Encuentro Regional, [...] para recibir la presentación del operador y del Modelo Metodológico, para el acompañamiento» a la ESE demandada «en las fases de interacción y transacción» del programa «Gobierno en Línea» (f. 221).

g) Constancias de los gerentes de la ESE Hospital Clarita Santos de 31 de marzo de 2012 y 17 de enero de 2013, según las cuales la reclamante «[...] estuvo vinculada [...] a través de contrato de prestación de servicios [...]» desde el 1.º de julio hasta el 30 de septiembre de 2009, del 1.º de enero al 31 de diciembre de 2011 y desde el 1.º de enero hasta el 31 de diciembre de 2012 «[...] desempeñándose como encargada del mantenimiento correctivo, preventivo y predictivo de computadores, y en los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2010 realizando el mantenimiento de redes y computadores con una jornada laboral de 8 (ocho) horas diarias»; y sus obligaciones fueron: «[...] generar un reporte de servicio para la historia del equipo cada vez que se ejecuten [sic] cualquier tipo de mantenimiento y



*en todo caso, a [sic] rendir un informe de la actividad con sus recomendaciones, [...] expedir un certificado de garantía de funcionamiento de los equipos a los que se les haya efectuado el mantenimiento, [...] realizar la reparación o mantenimiento preventivo, correctivo de los equipos de tal forma que permita optimizar su adecuado funcionamiento, [...] acatar las observaciones o recomendaciones del supervisor del contrato, siempre y cuando estas no contradigan el objeto contratado y presentarle informes que sean requeridos a fin de certificar sobre el mantenimiento correctivo realizado, [...] instalar los repuestos y materiales necesarios para la correcta ejecución de las rutinas inherentes al contrato, [...] realizar la capacitación del personal del Hospital, capacitación que se hará en los términos descritos en la propuesta [...], brindar la asesoría técnica [...], brindar asesoría permanente presencial en cualquier tipo de problema de sistemas [y] cumplir las demás obligaciones inherentes a la naturaleza del presente contrato» (ff. 146 a 148).*

h) Circulares de 1.º y 20 de septiembre de 2012 suscritas por los gerentes de la ESE Hospital Clarita Santos de Sandoná dirigidos a todo el personal y coordinadores de área, en las que (i) prohíben permanecer en las oficinas después de la jornada laboral, (ii) informan «[...] que a partir del 4 de septiembre de 2012, el horario establecido [...] para atención de los usuarios será martes a viernes de 7:00 am a 12:00 m y de 2:00 a 6:00 pm [y] sábado de 7:00 am a 2:00 pm» (sic), y (iii) citan «[...] a todos los coordinadores de área a una reunión de carácter obligatorio para hoy 20 de septiembre de 2012 a las 5:30 p.m. en la oficina de control interno, con el fin de elegir al representante de los coordinadores al comité de bienestar social del Hospital Clarita Santos E.S.E. según resolución No. 61 del 31 de Mayo de 2012», respectivamente (ff. 229 a 231).

i) Copia de carné de la actora que la identificaba como «[...] COOR. MANTENIMIENTO DE SISTEMAS» de la ESE Hospital Clarita Santos de Sandoná, con la anotación que «Este carné es personal e intransferible y lo acredita como vinculado al Hospital Clarita Santos de Sandoná Nariño por orden de prestación de servicios [...]» (f. 149).

j) Informe de actividades presentado por la actora al subgerente administrativo y financiero de la ESE Hospital Clarita Santos en julio y agosto de 2012 (f.150).

k) Escrito de 14 de diciembre de 2012 dirigido a la gerente de la ESE Hospital Clarita Santos, en el que la actora solicita permiso (f. 151).



l) Plan de mantenimiento de equipos de cómputo de la ESE Hospital Clarita Santos de 2012, en cuyos anexos se encuentran: (i) cronograma anual de mantenimiento, (ii) relación de estado físico y funcional de los computadores, (iii) formularios de registro de actividades y reporte de mantenimiento de equipos diligenciados por la actora con la firma de recibido a satisfacción en las áreas de enfermería, odontología, subgerencia administrativa, rayos x y urgencias, (iv) pautas de verificación en aspectos del mantenimiento hospitalario, y (v) acta de entrega de mobiliario y equipos de oficina de la dependencia de sistemas por la coordinadora del almacén (ff. 152 a 199).

m) Acta de entrega de 31 de diciembre de 2012 elaborada por la accionante, «[...] como encargada del mantenimiento de equipos de computo [sic] de la E.S.E. [...] a EDUARDO SANCHEZ [sic] y al Hospital Clarita Santos [...]» (ff. 200 a 220).

n) Copia de documentos de identificación de los señores Carlos Manauero Martínez Cabrera, Piedad del Socorro Rosero Cabrera y Jenny Jeobell Martínez Rosero y registros civiles de esta y de la accionante, según los cuales los dos primeros son los padres de la actora y la última, su hermana (ff. 235 a 240).

o) Solicitud de la parte actora ante la ESE Hospital Clarita Santos de Sandoná de 30 de octubre de 2012 de pago de prestaciones sociales, perjuicios morales y materiales causados desde el 1º de julio de 2009, por su prestación de servicios como coordinadora del área de sistemas (ff. 241 a 250).

p) Oficio de 22 de noviembre de 2012, por medio del cual la ESE Hospital Clarita Santos del municipio de Sandoná atendió de manera negativa la solicitud presentada el 30 de octubre del mismo año, dado que «[...] no existe vínculo laboral alguno por no reunirse todas las exigencias para que éste llegue a configurarse» (ff. 252 a 259).

q) Constancia de 27 de febrero de 2014 del coordinador académico del sector agroindustrial del Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena), regional Nariño, en la que se advierte que el señor Carlos Herney Martínez Rosero, hermano de la demandante, «está matriculado y asiste al programa de formación como **TECNOLOGO EN PRODUCCION AGRICOLA** [...] que inició el 23 de septiembre de 2013» (sic) [f. 363].



r) Certificación de 27 de febrero de 2014 expedida por la rectora de la «*Institución Educativa Nuestra Señora de Fátima*», en la que se indica que la señora Jenny Jeobell Martínez Rosero, hermana de la accionante, «[...] *se encuentra matriculada cursando el GRADO ONCE, durante el presente período escolar 2014*» (f. 364).

s) Declaraciones extrajuicio de 1° de marzo de 2014 rendidas ante la Notaría Única del Círculo de Sandoná por los señores Diomar Isidro Arcos Chamarro y Yormary Danelli Ceballos Obando (ff. 357 y 358), quienes manifiestan en forma coincidente que la reclamante «*sostiene económicamente en su totalidad a sus padres [...] suministrándoles los recursos suficientes para su subsistencia, ya que responde con todos los gastos del hogar, porque [...] se encuentran enfermos [...], y apoya a sus hermanos [...] CARLOS HERNEY [...] y YENNY MARTINEZ [sic] ROSERO [...] en el estudio, alimentación [y] vestuario*».

t) Dictamen pericial de 7 de marzo de 2014 rendido por el auxiliar de la justicia señor Jairo Luciano Caicedo Calderón, en el cual (i) liquida la suma de \$1.618.600 por concepto de indemnización por dotación desde 2009 hasta 2014, y (ii) señala que «[...] *para cubrir la totalidad de los gastos de su familia en este lapso [...] sin trabajo [la actora] tubo [sic] que hacer créditos a muchas personas particulares ya que los bancos le negaron los créditos por no tener experiencia crediticia y no poder dejar nada en garantía y en este momento está sin saber como [sic] cubrir los créditos*» (ff. 346 a 355).

u) Certificados de cumplimiento a satisfacción de las actividades desarrolladas por la demandante como coordinadora de mantenimiento de sistemas firmados por el subgerente administrativo y financiero del ente demandado (ff. 478, 503, 568, 589, 598, 608, 619 y 645).

v) Documento de 15 de marzo de 2014 de la subgerente de la ESE Hospital Clarita Santos, en el que relaciona los contratos suscritos con la reclamante desde el 1° de enero de 2010 hasta el 30 de enero de 2011 para prestar los servicios de mantenimiento preventivo, correctivo y predictivo a todos los equipos de cómputo de la entidad, con la advertencia de «[...] *que podrían existir otros contratos [...] no obstante únicamente se certifican los que reposan en el archivo*» (ff. 704 a 706)

w) Dictamen pericial de 25 de marzo de 2014 de la psicóloga Carmenza Liliana Bolaños, en el que se concluye que «[...] *el estado emocional*



*posterior al despido laboral [...] se vio afectado significativamente presentando síntomas que corresponden a un trastorno de adaptación durante los primeros seis meses posteriores al evento. Además actualmente se encuentra una alteración leve en su estado de ánimo como consecuencia de no tener una seguridad económica que pueda satisfacer sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar. Los perjuicios morales y emocionales [...] se presentan [en] afectaciones de las necesidades humanas de seguridad económica, del ego y por ende de la autorealización, [...] en la satisfacción de necesidades básicas de su núcleo familiar [...], en su estilo, calidad y proyecto de vida e imposibilidad de capacidad de ahorro. Esto también implica afectación emocional en cuanto su capacidad económica se ve disminuida con el gasto adicional de interponer una demanda que busca el reconocimiento de sus derechos laborales. [...] Se sugiere realizar proceso de acompañamiento psicoterapéutico con el fin de hacer una reestructuración cognitiva en relación a su situación que considera como una experiencia de fracaso a nivel laboral [...]» (ff. 708 a 722).*

x) En audiencia de pruebas celebrada el 13 de mayo de 2014, se recibieron las declaraciones de los siguientes testigos por la parte demandante<sup>6</sup>, de los cuales se destaca:

- Jorge Eliécer Estrada<sup>7</sup>, amigo de la demandante, quien señaló que labora con la ESE Hospital Clarita Santos de Sandoná desde hace 34 años en varios oficios, desde 1998 como coordinador de mantenimiento de equipos hospitalarios, vinculado mediante «*contrato indefinido*».

Afirmó que la actora se desempeñó como coordinadora de mantenimiento de sistemas «*por tres meses de 2009 a diciembre de 2012*» y era quien «*hacía el mantenimiento a equipos de sistemas de computación [...] en la parte asistencial, facturación y consultorios médicos [...] y a la parte del cableado*». Describió que «*hacer el mantenimiento a un computador es revisarlo que esté en buenas condiciones y limpiarlo*».

Que el horario era «*de 7:30 a 12 y de 2 a 6 de la tarde [...] y cuando había un daño en el servidor la llamaba [...] el jefe de personal, en este caso [...] el subgerente administrativo para que hiciera el mantenimiento, aún en horas que no eran laborables*» (sic).

<sup>6</sup> Ff. 732 a 745 y medio magnético en el folio 746.

<sup>7</sup> F. 738 y medio magnético minutos 1:16:09 a 15:18 de la segunda parte de la grabación.



En cuanto a si le impartían mandatos y quién los efectuaba, dijo «Sí, siempre del jefe de personal, cada vez que hubiera un daño en el servidor le ordenaba ir a arreglarlos así fuera en otro tipo de horario», porque «ella era la única que desempeñaba ese cargo».

En relación con la forma de vinculación, manifestó que fue por «contratos de prestación de servicios» y que dicha circunstancia le consta porque pertenece al sindicato y ella hacía parte del mismo.

Declara que la ESE Hospital Clarita Santos le suministraba toda las herramientas de trabajo a la accionante como desatornilladores, alicates, pinzas y cableado.

No le consta (i) si a la actora le realizaron llamados de atención, (ii) si existían protocolos para el mantenimiento de los equipos de cómputo, (iii) si solicitó permisos y (iv) si ella o su núcleo familiar sufrieron perjuicios materiales o emocionales con ocasión de la terminación del vínculo contractual con la entidad.

Afirmó que «el hospital volvió a contratar en ese cargo de mantenimiento a través de orden de prestación de servicios» al señor Carlos Bastidas.

A la pregunta: «cuál era el espacio físico donde laboraba Leydy Naryiye?», respondió: «un cuarto pequeño donde ahí estaban almacenados todos los equipos a los que se les hacen mantenimiento y [...] los [...] que no tuvieran vida útil».

Sostiene que no realizaba capacitaciones, sino que «se daba inducción [...] y charlas que se referían al manejo de los procesos y programas que manejaba el Hospital».

- Claudia Zuleima Bolaños Insuasty<sup>8</sup> señala que estuvo vinculada con la ESE Hospital Clarita Santos, como coordinadora del área de salud mental desde febrero de 2010 hasta el 31 de agosto de 2013, tiempo durante el cual conoció a la actora, quien «cumplía las acciones de mantenimiento a computadores y redes dentro del horario de trabajo y muchas veces cuando se requería [...]».

<sup>8</sup> F. 741 y medio magnético minutos 17:33 a 1:01:18 de la segunda parte de la grabación.



En relación con el horario, arguye que era de *«7:30 a 12 del día y de 2 a 6 de la tarde»*.

Afirmó que la demandante, además de las labores de mantenimiento, *«colaboraba en todos los procesos para enviar informes a las entidades que lo requerían, condensando en matrices los datos suministrados por las dependencias [...], asesoraba al personal en la creación de la página del hospital y en la forma como se debía presentar el portafolio de servicios [...]*».

A la pregunta: *«dentro de las funciones que ella desempeñaba, qué tipo de órdenes recibía, de quién y en qué sentido eran?»*: respondió: *«eran funciones de sistemas, las órdenes las recibía directamente del subgerente administrativo y financiero, porque a él era a quien [...] en forma verbal [...] el resto de personas nos dirigíamos para solicitar el servicio de Leydy y [...] nos pudiera colaborar en las funciones que nosotros como personal adscrito al Hospital Clarita Santos debíamos cumplir»* y *«como era la única persona que había en la institución cumpliendo esa función, se solicitaba cada servicio por medio de turnos»*.

Expresa que se hacían reuniones en las cuales se efectuaban llamados de atención en forma verbal y allí se solicitaba mejorar varios aspectos.

Cuando a la accionante se le terminó el contrato de prestación de servicios, la ESE nombró en su reemplazo al señor Carlos Bastidas Lagos.

Dice que se entregaba un delantal para las acciones de limpieza y de mantenimiento con el logo de la entidad.

Indica que le consta que la accionante *«fue sindicalizada, asistía a las reuniones y pagaba la cuota respectiva»*.

Aduce que la actora *«tenía una oficina ubicada al frente de mantenimiento»* y cuando requería pedir permiso, *«debía solicitarlo con días de anticipación y señalar para qué era, ante el subgerente administrativo y financiero, y, si este no estaba, ante el gerente»*.



Aseveró que cada vez que culminaba la vigencia de un contrato de prestación de servicios se experimentaba una situación de desesperanza y que la actora junto con su núcleo familiar se afectaron *«porque se juzga el hecho que se reclamen unos derechos»*.

Aceptó que tiene una demanda contra la ESE Hospital Clarita Santos, en la que reclama prestaciones sociales en semejantes condiciones de la demandante.

Por último, en relación con si la demandante sufrió perjuicios materiales, relató *«que ella aspiraba a que se liquidaran unas prestaciones por el retiro del servicio, lo cual nunca llegó y que ella costaba la parte de salud y pensión de sus propios recursos»*.

De las pruebas anteriormente enunciadas, estima la Sala que la demandante prestó sus servicios en el área de mantenimiento correctivo, preventivo y predictivo de computadores y redes de la ESE Hospital Clarita Santos del municipio de Sandoná (Nariño), mediante contratos de prestación de servicios del 1.º de julio de 2009 al 31 de diciembre de 2012, en forma interrumpida, por lo que percibió la remuneración pactada.

Asimismo, está demostrada, con la copia de dichos convenios, la existencia de dos de los elementos de la relación laboral, por un lado, **la prestación personal del servicio**, por cuanto efectivamente la reclamante fue contratada por la ESE Hospital Clarita Santos de Sandoná en el área de mantenimiento correctivo, preventivo y predictivo de computadores y redes, lo que implica que fue quien prestó el servicio, y por otro, **la remuneración por el trabajo cumplido**, comoquiera que en dichos contratos de prestación de servicios se estipuló un **«VALOR»** con cargo a los recursos presupuestales de la entidad, es decir, la suma de dinero que tenía derecho a percibir y la modalidad del pago, lo que se entiende como la remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios o salario), que en este caso le era pagada en forma mensual, según lo acordado en cada contrato.

En relación con la **subordinación**, como último elemento de la relación laboral, resulta procedente examinar la naturaleza de las funciones desempeñadas por la actora en el ente demandado y su verdadero alcance, con el fin de establecer si existió o no.



Resulta pertinente precisar que con Acuerdo 35 de 1998 del concejo de Sandoná, se transformó el hospital como una empresa social del Estado de nivel 1 de atención, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, cuyo objeto es «*brindar servicios de salud*»<sup>9</sup>.

Ahora bien, el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 dispone la obligación a los hospitales públicos y privados de destinar como mínimo el 5% del total de su presupuesto a las actividades de mantenimiento de la infraestructura y la dotación hospitalaria, para «*garantizar la seguridad de los pacientes y del personal que administra y utiliza los recursos físicos del hospital, contribuir a que la atención en salud cumpla con las características de calidad previstas en el numeral 9, Artículo 153 de la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 2174 de 1996, asegurar la disponibilidad y garantizar el funcionamiento eficiente de los recursos físicos para la producción o el servicio, para obtener así el rendimiento máximo posible de la inversión económica en los recursos para la atención en salud y contribuir a la reducción de los costos de operación de la Institución*»<sup>10</sup>.

Por su parte, el Decreto 1769 de 1994, «*Por el cual se reglamenta el artículo 90 del Decreto 1298 de 1994*»<sup>11</sup>, en su artículo 7.º, preceptúa que el mantenimiento hospitalario es «*la actividad técnico-administrativa dirigida principalmente a prevenir averías, y a restablecer la infraestructura y la dotación hospitalaria a su estado normal de funcionamiento, así como las actividades tendientes a mejorar el funcionamiento de un equipo*», y el artículo 3.º *ibidem* establece que la dotación hospitalaria comprende «*el equipo industrial de uso hospitalario, el equipo biomédico, los muebles para uso administrativo y para usos asistenciales, y los equipos de comunicaciones e informáticos*», estos últimos conformados por «*equipos de cómputo, centrales telefónicas, equipos de radiocomunicaciones, equipos para el procesamiento, reproducción y transcripción de información, todos aquellos que conformen el sistema de información hospitalario y otros equipos de comunicaciones e informática*»<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> <http://claritasantosesese.gov.co>.

<sup>10</sup> Circular Externa 29 de 13 de marzo de 1997 de la Superintendencia Nacional de Salud.

<sup>11</sup> Este Decreto fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-255-95 del 7 de junio de 1995. En el numeral 2.º de la parte resolutoria de la Sentencia, la Corte expresó: «*Declarase INEXEQUIBLE el Decreto 1298 de junio 22 de 1994 “por el cual se expide el Estatuto Orgánico de Sistema General de Seguridad Social en Salud” (...)*».

En el cuarto punto de las consideraciones del fallo de la Corte Constitucional, se destaca que: «*Es necesario aclarar que la declaración de inexecutable del Decreto 1298 no implica tal declaración en relación con cada una de las normas que en él fueron integradas. Estas normas, en sí mismas consideradas, conservan su validez y su vigencia, si no han sido ya declaradas inexecutable, o derogadas por una norma diferente al Decreto 1298. Lo que desaparece en virtud de la presente declaración de inexecutable es el estatuto o código que se pretendió dictar por medio del Decreto 1298 de 1994*».

<sup>12</sup> Circular Externa 29 de 13 de marzo de 1997 de la Superintendencia Nacional de Salud.



Visto lo anterior, colige la Sala que el mantenimiento a los equipos de cómputo y a las redes de datos constituye una función necesaria para desarrollar las distintas actividades administrativas y prestar los servicios médicos en óptimas condiciones, de lo que se deduce que la demandante cumplió labores técnico – administrativas primordiales para el funcionamiento de la ESE Hospital Clarita Santos de Sandoná, que aunque no hacen parte de su objeto, comportaban un servicio primordial a favor de su personal médico y administrativo, por ende, se tiene que esta no ejerció labores temporales durante su vinculación al ente accionado como contratista de prestación de servicios, sino de naturaleza permanente.

Sobre el particular, esta subsección,<sup>13</sup> en sentencia de 14 de septiembre de 2014, en un caso similar al presente, expresó:

[L]a naturaleza propia de las labores de mantenimiento del cableado estructurado tienen un nexo indirecto con el rol misional del ente territorial contratante, puesto que, al no contar con un óptimo funcionamiento de las redes que permiten el buen manejo de los sistemas de computación y de comunicaciones internas, sería inviable la prestación de los distintos servicios que en las instalaciones del ente territorial se llevan a cabo, por lo que, las obligaciones contractuales a cargo del contratista eran de capital importancia para la buena marcha de las competencias administrativas que se realizaban en las distintas dependencias distritales. En esa medida, la actividad desplegada por el contratista es de aquellas propias de carácter técnico especializado que a diario eran requeridas por las diversas oficinas o dependencias de la entidad y en virtud de las cuales, el contratista llevó a cabo instalaciones de redes de datos que permitían la utilización de los equipos de cómputos con los cuales se ejecutaban las numerosas actividades por parte de los empleados de la administración distrital. En ese orden, al examinar las actividades ejecutadas por el demandante, se tiene que entre ellas se encuentran la instalación y activación, traslados y revisión de puntos de red de voz y datos en distintas dependencias de la administración distrital, labores sobre las cuales, lo que se desprende de las pruebas documentales y testimoniales obrantes en el proceso, es básicamente, la permanente necesidad que existía de cubrir aquellos servicios relacionados con la instalación y activación, traslados y revisión de puntos de red de voz y datos en distintas dependencias, requerimientos que eran elevados a la oficina de sistemas y de la cual, emanaban las órdenes o directrices al contratista para que satisficiera las necesidades de servicios solicitados, observándose que en la entidad era la única persona encargada de tales actividades. (...) De acuerdo a las versiones juradas antes descritas, se logra obtener que existe unicidad en cuanto a la labor desarrollada por el

<sup>13</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Velaz, radicación 08001-33-33-000-2013-00262-01(0790-16), actor: Juan Manuel Cantillo Ruidíaz, demandado: Distrito Industrial y Portuario de Barranquilla.



contratista, en el sentido que siempre prestó los servicios relacionadas con el cableado estructurado.

Por otro lado, se advierte que la demandante argumenta que, en virtud de las labores de mantenimiento preventivo, correctivo y predictivo a los computadores y redes en la ESE Clarita Santos de Sandoná, que desempeñó en ejecución de contratos de prestación de servicios desde el 1.º de julio de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2012, estaba sometida a un horario y atendía órdenes provenientes de la subdirección administrativa y financiera.

Precisa la Sala que obran en el expediente los contratos de prestación de servicio desde el 1.º de julio de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2012 (en forma interrumpida), que tenían por objeto *«El mantenimiento preventivo, correctivo y predictivo a todos los equipos de cómputo del hospital clarita santos [...]»*, a través de *«[...] visitas de mantenimiento [...] conforme a las rutinas y cronograma [...]»*, de acuerdo con *«las características del equipo»*.

Asimismo, se allegaron (i) constancias de los gerentes de la ESE Hospital Clarita Santos de 31 de marzo de 2012 y 17 de enero de 2013, según las cuales la reclamante estuvo *«[...] encargada del mantenimiento correctivo, preventivo y predictivo de computadores, y en los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2010 realizó el mantenimiento de redes y computadores con una jornada laboral de 8 (ocho) horas diarias»*, y sus obligaciones fueron: *«[...] generar un reporte de servicio para la historia del equipo cada vez que se ejecuten [sic] cualquier tipo de mantenimiento y en todo caso, [...] rendir un informe de la actividad con sus recomendaciones, [...] expedir un certificado de garantía de funcionamiento de los equipos a los que se les haya efectuado el mantenimiento, [...] realizar la reparación o mantenimiento preventivo, correctivo de los equipos [...], acatar las observaciones o recomendaciones del supervisor del contrato, siempre y cuando estas no contradigan el objeto contratado y presentarle informes que sean requeridos a fin de certificar sobre el mantenimiento correctivo realizado, [...] instalar los repuestos y materiales necesarios para la correcta ejecución de las rutinas inherentes al contrato, [...] realizar la capacitación del personal del Hospital, [...], brindar la asesoría técnica [...], brindar asesoría permanente presencial en cualquier tipo de problema de sistemas [...]»*; (ii) carné con los datos personales de la actora y con el nombre de la ESE, que la identifica como *«COOR. MANTENIMIENTO DE SISTEMAS»*; (iii) informe de actividades específicas de mantenimiento *«[...] a equipos de enfermería y consultorios médicos consulta externa, laboratorio, odontología, atención al usuario, farmacia,*



*vacunación, secretaría gerencia, secretaría científica, con las debidas rutinas de [...] limpieza interna y externa de cada una de las partes del computador, actualización y análisis de antivirus y limpieza de archivo de temporales [...], recarga de impresoras, [...] copia de respaldo de datos [...], además de brindar apoyo para el envío de informes mensual [sic] (...))»; (iv) certificados de cumplimiento a satisfacción de las actividades desarrolladas por la demandante, como coordinadora de mantenimiento de sistemas, firmados por el subgerente administrativo y financiero del ente demandado; (v) acta de entrega de 31 de diciembre de 2012 elaborada por la accionante, «[...] como encargada del mantenimiento de equipos de computo [sic] de la E.S.E. [...] a EDUARDO SANCHEZ [sic] y al Hospital Clarita Santos [...]».*

La Sala anota que si bien fue atendido en audiencia de pruebas el testimonio de la señora Claudia Zuleima Bolaños Insuasty, quien fue compañera de trabajo en el desarrollo de las labores de coordinadora del área de salud mental y presentó demanda con base en hechos y pretensiones similares a las planteadas por la accionante, de conformidad con el artículo 211 del Código General del Proceso (CGP), se impone el deber de valorar las narraciones de aquellas personas cuya credibilidad e imparcialidad se podrían ver afectadas, «[...] de acuerdo a las circunstancias de cada caso», sin que implique esto restricción alguna para atribuir mérito a lo dicho por ellas, sino que comporta un mandato de especial rigor al estudiarlas, siempre en contexto con las demás probanzas del expediente, de allí que más que los fundamentos para aceptar o rechazar tales testimonios, lo que resulta relevante es determinar su alcance en concordancia con los demás medios de convicción y las aristas del caso.

Entonces, se advierte que los declarantes señores Jorge Eliécer Estrada y Claudia Zuleima Bolaños Insuasty coinciden al afirmar que la actora cumplía horario de «7:30 a 12 del día y de 2 a 6 de la tarde», en el cual realizaba las labores de mantenimiento a computadoras y redes de la ESE Clarita Santos de Sandoná y el subdirector administrativo y financiero de la institución era quien le impartía órdenes.

Estos testimonios merecen credibilidad, por cuanto relatan la manera en que la demandante ejecutó los servicios para los cuales fue contratada, y en conjunto con los contratos, certificados de cumplimiento e informes de actividades obrantes en el expediente, permiten evidenciar la concurrencia de los tres elementos propios de una relación de trabajo (subordinación, prestación personal y remuneración); pero, sobre todo, que la actora prestó la labor en forma subordinada o dependiente respecto del empleador, sujeta a



órdenes del subdirector administrativo y financiero de la ESE Clarita Santos de Sandoná y al cumplimiento de un horario.

Ha de destacarse por ello que la valoración de las declaraciones censuradas por la demandada hacen parte de un acervo probatorio, que concuerda en apuntar hacia la configuración de la prestación subordinada de los servicios de la actora a favor del ente acusado, suficiente para dismantelar la figura contractual mediante la cual ella fue vinculada, dadas las características de su servicio desde el 1.º de julio de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2012, salvo la interrupción acaecida (1.º de octubre a 31 de diciembre de 2009, interregno en el cual no hubo ligamen contractual).

Resulta oportuno precisar que el desempeño de sus actividades no era autónoma, como lo aduce la entidad accionada, sino que las desarrollaba conforme al quehacer diario, en armonía con otras dependencias del área médica y administrativa.

Así las cosas, al presente asunto le es aplicable el principio de «*la primacía de la realidad sobre formalidades*», pues es indudable que la demandante desempeñaba personalmente la labor en un cargo que revestía las características de permanente y necesario para el desenvolvimiento de las diferentes actividades de la ESE Clarita Santos de Sandoná, motivo por el cual estaba sujeta a subordinación y dependencia.

La jurisprudencia de esta sección ha sostenido que cuando el objeto del contrato versa sobre el desempeño de funciones de carácter permanente y en el proceso se demuestra que hubo subordinación respecto del empleador, surge el derecho al pago de prestaciones<sup>14</sup>, porque de lo contrario se afectan los derechos del trabajador.

Por lo tanto, valoradas las pruebas en su conjunto, se colige que durante la prestación de los servicios la accionante, recibió órdenes del subdirector administrativo y financiero de la ESE, no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas; además se le exigió cumplir sus labores en los horarios asignados directamente por el ente accionado y ejerció sus funciones en las instalaciones y con los instrumentos, materiales e insumos de la ESE, todo lo cual lleva a concluir que no se trató de una relación de coordinación contractual, sino de una en la que imperó la subordinación.

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, sala plena de lo contencioso administrativo, consejero ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, sentencia de 18 de noviembre de 2003, expediente: IJ-0039, actor: María Zulay Ramírez Orozco.



Cabe anotar que pese a que se encuentran probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), destaca la Sala que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleada pública, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior<sup>15</sup>.

Por otra parte, en sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016<sup>16</sup>, que aunque no se había emitido para la fecha en la que el fallo de primera instancia fue emitido, es la posición jurisprudencial vigente respecto de controversias relativas al reconocimiento de la relación laboral con el Estado (contrato realidad) y el consecuente pago de las prestaciones derivadas de esta, la sección segunda de esta Corporación precisó:

[R]especto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

- i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.
- ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de *in dubio pro operario*, no regresividad y progresividad.
- iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

<sup>15</sup> «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

(...)).

<sup>16</sup> Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.



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

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

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho [...].

Con base en la citada jurisprudencia, se tiene que en atención a que la accionante laboró en la ESE Clarita Santos de Sandoná, por medio de contratos de prestación de servicios del 1.º de julio de 2009 al 31 de diciembre de 2012, salvo la interrupción acaecida (1.º de octubre a 31 de diciembre de 2009), dada la fecha en que formuló la respectiva solicitud el 30 de octubre de 2012, las prestaciones sociales que se le reconocerán son las causadas desde el 1.º de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2012, pues respecto del anterior se encuentran prescritas (1.º de julio a 30 de septiembre de 2009)<sup>17</sup>. Se aclara que si bien la reclamante presentó la petición antes del vencimiento del plazo de la última vinculación contractual,

<sup>17</sup> En lo concerniente al término prescriptivo, su fundamento normativo está consagrado en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de 3 años contados a partir del momento en que el derecho se hace exigible y que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador.



no obsta para se incluyan los períodos de noviembre y diciembre de 2012, dado que la ejecución se pactó por 12 meses (enero a diciembre de 2012).

Lo anotado comoquiera que no es dable conceder los emolumentos prestacionales derivados del aludido contrato con anterioridad al 30 de octubre de 2009, porque fueron pedidos por fuera de los tres años señalados como el término para su prescripción extintiva.

Estima la Sala que en razón a que para la época en que la actora prestó sus servicios no existía el cargo de coordinadora de sistemas en la estructura operativa de la ESE, tiene derecho a que se le reconozcan y paguen las correspondientes prestaciones sociales, teniendo como base para su liquidación el valor de los honorarios pactados, en proporción a cada período trabajado en virtud de los contratos de prestación de servicios ya referidos.

Pese a lo expuesto, dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, tal como se explicó en la precitada sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016, la entidad accionada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 1º de julio de 2009 y el 31 de diciembre de 2012, salvo su interrupción) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, durante la ejecución de los mencionados contratos.

En lo concerniente a la pretensión de devolución de los dineros cancelados por concepto de aportes al sistema general de seguridad social, se tiene que solo es procedente tal petición respecto de la cuota parte legal que la entidad demandada no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud, durante la ejecución de los contratos de prestación de servicios desde el 1º de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2012, ya que frente al anterior período, como se anotó en párrafos anteriores, operó la prescripción trienal, lo cual se hace extensivo al deprecado reintegro, toda vez que, de acuerdo con la pluricitada sentencia de unificación, este es un



beneficio puramente económico para la demandante.

A pesar de lo dicho, se declarará en este fallo que el tiempo trabajado por la actora bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios durante el período comprendido entre el 1.º de julio de 2009 y el 31 de diciembre de 2012, salvo su interrupción, se debe computar para efectos pensionales.

En lo atañadero al pago de horas extras de trabajo, esta Sala, en sentencia de 6 de octubre de 2016,<sup>18</sup> después de invocar el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, sobre otros factores que constituyen salario,<sup>19</sup> determinó que *«tal regulación tiene como destinatarios a los empleados públicos, condición de la cual carece el actor y por la que no es posible admitir que estuvo sujeto a la jornada ordinaria laboral prevista en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, lo que excluye la posibilidad de reconocimiento y pago del trabajo suplementario»*. Y, además, conforme a la letra b) del artículo 36 del citado Decreto, *«El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita, en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse»*, lo cual no se demuestra en el proceso. En consecuencia, no es viable acceder a esta petición.

Respecto del reconocimiento del valor de las dotaciones de calzado y vestido de labor, conforme a la Ley 70 de 1988 y el Decreto 1978 de 1989<sup>20</sup>, la accionante tiene derecho a que le sean compensadas en dinero, por no estar prescritas, las causadas durante los períodos comprendidos entre el 1.º de enero y el 30 de diciembre de 2010, el 1.º de enero y el 30 de diciembre de 2011 y el 1.º de enero y el 30 de diciembre de 2012 (equivalente a tres dotaciones), por haber devengado una asignación mensual inferior a dos salarios mínimos mensuales vigentes<sup>21</sup>.

Sobre el carácter jurídico de las vacaciones, esta subsección, en sentencia de 29 de abril de 2010, al resolver un caso de *«contrato realidad»*, sostuvo que

<sup>18</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia de 6 de octubre de 2016, expediente 66001-23-33-000-2013-00091-01(0237-14), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, actor: Miguel Ángel Castaño Gallego, demandado: Municipio de Pereira - secretaria de educación.

<sup>19</sup> Decreto 1042 de 1978, artículo 42. *«Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios»*.

<sup>20</sup> Según los artículos 2 y 3, la entrega de dotación de vestido y calzado los días 30 de los meses de abril, agosto y diciembre, siempre y cuando se hubiera trabajado de manera ininterrumpida tres meses antes de cada suministro.

<sup>21</sup> Se precisa que la remuneración mensual de la actora para los años 2010, 2011 y 2012 corresponde al valor en promedio mensual de \$800.000, \$900.000 y \$900.000, respectivamente, y el salario mínimo mensual legal vigente era de \$515.000, \$535.600 y \$566.700, en su orden.



no tiene «[...] *la connotación de prestación salarial porque [es] un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios*»<sup>22</sup>, no obstante lo cual, en pronunciamiento de 21 de enero de 2016<sup>23</sup>, asumió un entendimiento diferente de aquellas, cuando dijo:

Dentro de nuestra legislación, las vacaciones están concebidas como prestación social y como una situación administrativa, la cual consiste en el reconocimiento en tiempo libre y en dinero a que tiene derecho todo empleado público o trabajador oficial por haberle servido a la administración durante un año y el monto de las mismas se liquidará con el salario devengado al momento de salir a disfrutarlas.

Por tanto, resulta menester precisar, en consonancia con este último criterio, que las vacaciones comportan una prestación social y son un derecho de los trabajadores, derivado del principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, consistente en la concesión de 15 días no laborables remunerados<sup>24</sup>, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978<sup>25</sup>, que dispone:

Artículo 20º.- *De la compensación de vacaciones en dinero.* Las vacaciones solo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:

- a) Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual solo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año;
- b) Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016<sup>26</sup>, la sección segunda de esta Corporación

<sup>22</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia de 29 de abril de 2010, expediente 05001-23-31-000-2000-04729-01(0821-09), C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, posición reiterada por la misma subsección en fallo de 6 de octubre de 2011 dentro del proceso 25000-23-25-000-2007-01245-01(0493-11).

<sup>23</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, providencia de 21 de enero de 2016, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho 05001-23-31-000-2005-03979-01(2316-12), C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>24</sup> De conformidad con el Decreto 3135 de 1968, «*por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales*», artículo 8º, «*Los empleados públicos o trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio, salvo lo que se disponga por los reglamentos especiales para empleados que desarrollan actividades especialmente insalubres o peligrosos [...]*».

<sup>25</sup> Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República mediante ley 51 de 1978, «*[...] por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional*».

<sup>26</sup> Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.



estableció, entre otras subreglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos de prestación de servicios, «[...] *pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria [...] le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo*».

Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre el supuesto contratista y la Administración, corresponde compensarle al primero el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria, pero comoquiera que el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero tal garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005<sup>27</sup>.

Sin embargo, el pago de la compensación por el descanso que no disfrutó la accionante solo comprenderá lo causado a partir del 1.º de enero de 2010, en atención al fenecimiento de la oportunidad para reclamarlo, de conformidad con las consideraciones expuestas acerca del fenómeno prescriptivo.

Sobre la pretensión encaminada a obtener el reintegro al cargo, se advierte que cuando el contrato de prestación de servicios formalmente celebrado entre una persona natural y una entidad pública, en la realidad, contiene los tres elementos propios de una relación de trabajo (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación), surge para la trabajadora el derecho a que se le reconozcan todas las prestaciones sociales no a título indemnizatorio como reparación del daño, sino a título de restablecimiento del derecho; sin embargo, ello no conlleva reconocerle el estatus de empleada pública y, consecuentemente, a ser reintegrada, ya que tal condición presupone la existencia de un acto administrativo que disponga el nombramiento, de la posesión en el cargo y de disponibilidad presupuestal<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> «Artículo 1º. Del reconocimiento de vacaciones en caso de retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo. Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado».

<sup>28</sup> Así lo sostuvo el Consejo de Estado en sentencia de 10 de febrero de 2011, sección segunda, subsección A, consejero ponente: Gustavo Gómez Aranguren, expediente 73001-23-31-000-2008-00081-01(1618-09).



En relación con la pretensión de reintegro de las sumas descontadas por concepto de pólizas, no es procedente porque la desnaturalización de la vinculación de la actora a través de contratos de prestación de servicios, no implica el reintegro de dineros que se hayan erogado para su celebración<sup>29</sup>.

En lo atañadero a la sanción moratoria pretendida por el accionante, tampoco se accede a esta en la medida en que la obligación de pagar las prestaciones sociales surge con esta sentencia.

Respecto de la indemnización por despido injusto no hay lugar a su cancelación ya que, como se dejó anotado en precedencia, en el *sub lite* no estamos ante una relación legal y reglamentaria.

En cuanto al pago de los intereses legales que se hayan causado desde el momento en que tenía derecho a recibir sus prestaciones sociales, tampoco se accede, pues estos operarían, en este caso, a partir de la declaración de la existencia de relación laboral, y como tal circunstancia tuvo lugar en este fallo, será entonces desde su ejecutoria que se generan, en los términos del artículo 192 del CPACA.

Frente al reconocimiento de los auxilios de transporte y alimentación, prima de servicios y bonificación por servicios prestados, esta Sala, en la precitada sentencia de 6 de octubre de 2016<sup>30</sup>, precisó que comoquiera que el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, sobre otros factores que constituyen salario, determinó que sus destinatarios son los empleados públicos, no pueden ser reconocidos, pues, como se expuso en líneas que anteceden, esta condición no la ostentó la actora. En consecuencia, no es dable acceder a dichas peticiones.

En lo concerniente al pago de perjuicios materiales que la actora solicita, en principio, se advierte que estos se componen por: (i) el lucro cesante, que hace referencia a la ganancia que deja de percibirse o la expectativa cierta económica de beneficio o provecho que no se realizó como consecuencia de un perjuicio, y (ii) el daño emergente que supone un menoscabo sufrido al patrimonio de la víctima.

Ahora bien, la accionante sustenta tal requerimiento, en cuanto a que con la terminación del vínculo contractual con la ESE, cesaron sus ingresos para

<sup>29</sup> Expediente: 68001-23-31-000-2009-00636-01 (1230-14), C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>30</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia de 6 de octubre de 2016, expediente 66001-23-33-000-2013-00091-01(0237-14), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, actor: Miguel Ángel Castaño Gallego, demandado: Municipio de Pereira - secretaría de educación.



sufragar los gastos de manutención personal, de sus progenitores y hermanos, así como la educación de estos últimos, y dicha situación la llevó a adquirir créditos personales para solventarlos y pagar los honorarios a su abogada, quien adelantó trámites administrativos y judiciales con el fin de obtener el reconocimiento de sus derechos laborales.

Frente a los gastos de manutención de la actora, no se demostró que con posterioridad a la terminación del último contrato de prestación de servicios con la entidad accionada (31 de diciembre de 2012), no se hubiera podido emplear para asumirlos, y en relación con los de sus progenitores y hermanos, tampoco logró acreditar ningún tipo de dependencia económica de estos con aquella, ni que padezcan de alguna enfermedad que les impida laborar o generar sus propios recursos o que se les haya afectado ostensiblemente su mínimo vital, pues se aportaron certificaciones de estudio de los señores Carlos Herney y Jenny Jeobell Martínez Rosero, hermanos de la actora, que demuestran que para el año 2014 estaban matriculados en el Sena y en la Institución Educativa Nuestra Señora de Fátima, respectivamente. Adicional a ello, no se allegó prueba de que la reclamante tiene a su cargo obligaciones crediticias.

En lo que respecta al pago de honorarios a la abogada, se aclara que estos comportan agencias en derecho, es decir, los gastos que las partes realizan para ejercer la defensa de sus intereses dentro de un proceso e integran las costas procesales, en los términos del artículo 361 del Código General del Proceso (CGP)<sup>31</sup>, sobre las cuales se examinará su causación una vez se acceda a las pretensiones conforme a lo previsto en el artículo 365 *ibidem*<sup>32</sup>.

En ese orden de ideas, no logró demostrar la accionante el detrimento patrimonial que reclama.

Por otro lado, en lo que a los perjuicios morales<sup>33</sup> se refiere, se destaca que el

<sup>31</sup> «Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.

*Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes».*

<sup>32</sup> *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. «Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*[...]».*

<sup>33</sup> La sección tercera de esta Corporación ha indicado que los perjuicios morales son daños que pueden ser reconocidos por el juez administrativo y cuyo pago puede ser ordenado siempre que los mismos se encuentren debidamente probados, pues no solo basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, sino que debe demostrarse que la afectación fue intensa, conforme a las condiciones particulares de la víctima y la gravedad objetiva de la lesión (consejera ponente Stella Conto Díaz del Castillo, sentencia de 16 de abril de 2011, rad. 05001-23-31-000-1993-00655-01 (19712).



dictamen elaborado por la psicóloga, señaló que *«el estado emocional de la demandante posterior al despido laboral y a la falta de reconocimiento de derechos laborales se vio afectado significativamente presentando síntomas que corresponden a un trastorno de adaptación durante los primeros seis meses posteriores al evento [...]»*, no se aportó ningún medio probatorio que conduzca a establecer que la actora padece de una situación que afecta en gran medida su estado mental, que la imposibilita para desenvolverse en un oficio, *verbi gratia*, historia clínica que dé cuenta de que asiste a terapias o tratamientos, o prescripción de medicamentos. Adicional a ello, en la audiencia de pruebas la auxiliar de la justicia, al explicar las conclusiones del examen psicológico, aseguró que la actora con posterioridad a la terminación del vínculo contractual con la ESE accionada, ha tenido otros empleos, de lo cual puede inferirse que ha podido adaptarse a un oficio.

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará el fallo de primera instancia y, en su lugar, se (i) declarará probada de oficio la excepción de prescripción de los derechos laborales reclamados con anterioridad al 30 de octubre de 2009; (ii) anulará el acto administrativo demandado; (iii) declarará que la vinculación laboral entre la actora y la ESE Hospital Clarita Santos de Sandoná estuvo vigente desde el 1.º de julio de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2012, salvo su interrupción; (iv) ordenará a la ESE Hospital Clarita Santos de Sandoná que efectúe los pagos correspondientes a las prestaciones sociales derivadas de la aludida relación laboral, en proporción a cada período trabajado, desde el 1.º de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2012, debido a que operó el fenómeno jurídico procesal de la prescripción trienal respecto de los derechos laborales reclamados frente al primer contrato; (v) ordenará a la demandada a tomar (durante el tiempo comprendido del 1.º de julio de 2009 al 31 de diciembre de 2012, salvo su interrupción) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), en la forma atrás señalada; (vi) declarará que el lapso laborado por la accionante en el área de mantenimiento de computadores y redes bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios con la ESE Hospital Clarita Santos de Sandoná, desde el 1.º de julio de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2012, salvo su interrupción, se debe computar para efectos pensionales; (vii) devolverá los dineros cancelados por la actora en razón a la cuota parte legal que el organismo demandado no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud durante la ejecución de los precitados períodos contractuales; (viii) compensará en dinero las dotaciones



de vestido y calzado de labor, entre el 1.º de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2012 (tres dotaciones por año); (ix) pagará la compensación por el descanso que no disfrutó la accionante y que causó a partir del 1.º de enero de 2010, de acuerdo con lo indicado en la parte motiva de este fallo; y (x) se negarán las pretensiones relacionadas con el pago de horas extras, sumas descontadas por concepto de pólizas, sanción moratoria, indemnización por despido injusto, auxilios de transporte y alimentación, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, perjuicios morales y materiales, así como el reintegro al cargo, conforme a lo expuesto.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh. \quad \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Se aclara que por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Ahora bien, acerca de la condena en costas a la parte vencida, ha de precisarse que esta Corporación en sentencia de 1.º de diciembre de 2016<sup>34</sup> así:

En ese orden, la referida norma especial que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dispone:

**Artículo 188. Condena en costas.** Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación especial gira en torno al significado del vocablo disponer, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «2. tr. *Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse*». Ello implica que disponer en la

<sup>34</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter, actor: Ramiro Antonio Barreto Rojas, demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).



sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación *per se* contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).

En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP).

Por lo tanto, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que los resultados del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandada, no se impondrá condena en costas.

Por último, en atención a que la abogada de la demandante sustituyó el poder que le fue conferido (f. 871), se reconocerá personería a la profesional del derecho destinataria de dicha sustitución.

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 y por autoridad de la ley,

#### **FALLA:**

1, Revócase la sentencia proferida el 23 de enero de 2015 por el Tribunal Administrativo de Nariño, que negó las pretensiones de la demanda incoada por la señora Leydy Naryivy Martínez Rosero contra la ESE Hospital Clarita Santos



de Sandoná, conforme a lo expuesto en la parte motiva, y en su lugar:

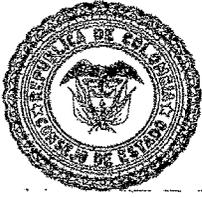
1.1 Declárase de oficio probada la excepción de prescripción de los derechos laborales causados con anterioridad al 30 de octubre de 2012.

1.2 Declárase la nulidad del oficio de 22 de noviembre de 2012, mediante el cual el gerente de la ESE Hospital Clarita Santos de Sandoná le negó a la accionante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, así como el pago de las respectivas acreencias laborales, de acuerdo con la motivación.

1.3 Declárase que la vinculación laboral entre la señora Leydy Naryivy Martínez Rosero y la ESE Hospital Clarita Santos de Sandoná estuvo vigente desde el 1.º de julio de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2012, por haberse desdibujado el carácter contractual de aquella, salvo en el período comprendido del 1.º de octubre al 31 de diciembre de 2009, interregno en el cual hubo interrupción en la prestación de sus servicios.

1.4 Ordénase, a título de restablecimiento del derecho, a la ESE Hospital Clarita Santos de Sandoná (i) pagar las prestaciones sociales derivadas de la aludida relación laboral, en proporción al período trabajado, desde el 1.º de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2012; (ii) tomar (durante el tiempo comprendido del 1.º de julio de 2009 al 31 de diciembre de 2012, salvo su interrupción) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, se deberán tener en cuenta las cotizaciones que realizó la actora al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora; (iii) devolver los dineros cancelados por la accionante en razón a la cuota parte legal que el ente demandado no trasladó al correspondiente fondo de pensiones y empresa prestadora de salud desde el 1.º de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2012; (iv) compensar en dinero las dotaciones de vestido y calzado de labor entre el 1.º de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2012 (tres dotaciones por año); y (v) pagar la compensación por el descanso que no disfrutó la accionante y que causó a partir del 1.º de enero de 2010, de acuerdo con lo indicado en la parte motiva de este fallo.

1.5 La entidad accionada hará la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del CPACA, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante



la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado, a saber:

$$R = Rh. \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

1.6 La demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.

1.7 Declárese que el lapso laborado por la señora Leydy Naryivy Martínez Rosero a la ESE Hospital Clarita Santos de Sandoná, desde el 1.º de julio de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2012, salvo su interrupción, se debe computar para efectos pensionales.

1.8 Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

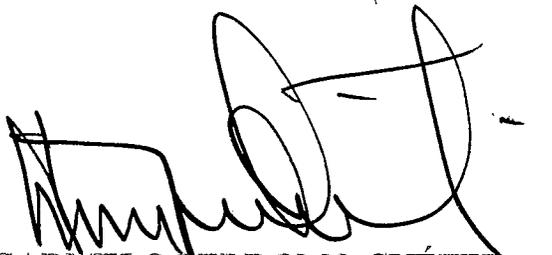
2. Sin condena en costas a la parte demandada en ambas instancias.

3. Reconócese personería a la abogada María Angélica Hernández Montenegro, con cédula de ciudadanía 37.123.709 y tarjeta profesional 132.698 del C. S. J., como apoderada de la actora, en los términos de la sustitución de poder conferida.

4. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

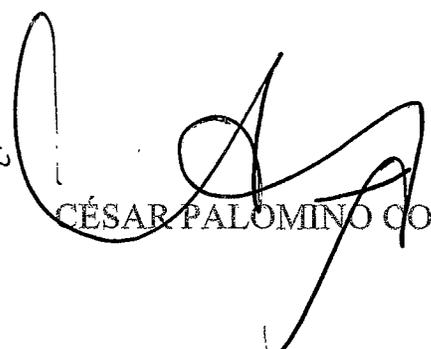
Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.



CARMELO PERDOMO CUÉTER



SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ



CÉSAR PALOMINO CORTÉS

*anexo*