

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.  
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil veinte (2020).

**Radicado:** 11001-33-35-009-2018-00386-00  
**Naturaleza:** Nulidad y restablecimiento del derecho  
**Demandante:** MARÍA EUCARIS BAQUERO ESPINOSA  
**Demandado:** SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE

---

Están las diligencias al Despacho para proceder el juez a proferir la sentencia que en derecho corresponde en el proceso iniciado por la señora MARÍA EUCARIS BAQUERO ESPINOSA contra la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE.

### I. Asunto

La demanda tiene por pretensiones la declaración de nulidad del oficio OJU-E-1051-2018 del 18 de abril de 2018 y de existencia de contrato realidad y, como consecuencia, que se ordene el pago de la totalidad de acreencias laborales dejadas de devengar.

### II. Antecedentes

#### 2.1. La demanda y su contestación

##### 2.1.1. Pretensiones

Según el libelo inicial, la parte actora pretende:

*<<PRIMERA Declarar la Nulidad del Acto Administrativo, contenido en la comunicación OJU-E-1051 del 18 abril de 2018, suscrito por la Dra. GLORIA EMPERATRIZ CARRETERO, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.; por medio del cual se negó el pago de las Acreencias laborales derivadas de la existencia de un contrato realidad que existió entre el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL-EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ahora Sub Red Integrada de Servicios de Salud Sur ES.E*

*SEGUNDA: Que en aplicación del principio de la primacía de la realidad frente a la formalidad en las relaciones laborales; se declare la existencia de un único Contrato de Trabajo a Término Indefinido entre la Demandante MARIA EUCARIS BAQUERO ESPINOSA y el HOSPITAL MEISSEN NIVEL II E.S.E. ahora SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E desde el día 21 de marzo de 2007 hasta el 30 de junio de 2016.*

*TERCERA. Se pretende igualmente la declaratoria de ELEVAR a la categoría de EMPLEADO PUBLICO a la demandante MARIA EUCARIS BAQUERO ESPINOSA de conformidad con el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 2 del Decreto 1919 de 2002.*

CUARTA. Que se declare la responsabilidad en el pago de todas y cada una de las condenas impuestas al demandado SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., antes HOSPITAL MEISSEN II NIVEL E.S.E.

QUINTA. Como consecuencia de las anteriores declaraciones el demandado SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., debe cancelarle a mi mandante las prestaciones sociales derivadas de la verdadera relación laboral existente entre las partes, así no las indemnizaciones y todo lo solicitado así:

- A. Las diferencias salariales existentes entre los trabajadores de planta y las pagadas al demandante desde el día 21 de marzo de 2007 hasta el 30 de junio de y 2016, sumas que deberán ser indexadas.
- B. Las Cesantías causadas durante todo el tiempo de vinculación laboral.
- C. Los intereses a las cesantías causados sobre los datos que arroje la liquidación del auxilio a las cesantías ano por año.
- D. La prima de antigüedad de cada año causada desde el día 21 de marzo de 2007 hasta el 30 de junio de 2016.
- E. la prima de vacaciones de cada año causada desde el día 21 de marzo de 2007 hasta el 30 de junio de 2016.
- F. La prima de navidad de cada ano causada desde el día 21 de marzo de 2007 hasta el 30 de junio de 2016.
- G. La prima de servicios causada desde el día 21 de marzo de 2007 hasta el 30 de junio de 2015
- H. La compensación en dinero de las vacaciones causadas del 21 de marzo de 2007 hasta el 30 de junio de 2016, las cuales no fueron otorgadas ni disfrutadas en tiempo, así como tampoco compensadas en dinero.
- I. El demandado deberá realizar la afiliación patronal de mi representada y efectuar el pago de las cotizaciones durante todo el tiempo laborado, al Sistema de Seguridad Social Integral en Salud, Pensiones, Riesgos Laborales y Caja de Compensación Familiar con el salario que devengaba un trabajador de planta que ostenta el mismo cargo, sumas que deberán ser indexadas del 21 de marzo de 2007 hasta el 30 de junio de 2016.
- J. El demandado deberá realizar la devolución indexada del importe de la totalidad de los descuentos realizados por el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL E.S.E. a la señora MARIA EUCARIS BAQUERO ESPINOSA, durante la prestación de los servicios por concepto de retención en la fuente.
- K. El pago del auxilio de alimentación de cada año causado desde el día 21 de marzo de 2007 hasta el 30 de junio de 2016, sumas debidamente indexadas
- L. El demandado deberá pagar a favor de mi representada la indemnización de que trata el artículo 64 del C.S. del T., por haberse terminado el contrato laboral en forma unilateral por parte del empleador y sin justa causa.
- M. El Demandado deberá pagar a favor de mi representada la indemnización que trata el artículo 65 del C.S. de T., por el no pago de las prestaciones sociales una vez finalizada la relación laboral.

- N. *El demandado deberá pagar a favor de mi representada la indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no haber afiliado al FONDO NACIONAL DEL AHORRO o al fondo correspondiente.*
- O. *El demandado deberá pagar a favor de mi representada la indemnización moratoria contemplada en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995.*
- P. *El demandado deberá pagar a favor de mi representada la sanción moratoria por la falta de pago oportuno de los intereses a las cesantías, contenido en la Ley 52 de 1975 decreto reglamentario 116 de 1976, Ley 50 de 1990, Ministerio de la Protección Social Concepto 106816 del 22 de abril de 2008.*
- Q. *Se deberá declarar que el tiempo laborado por mi representada MARIA EUCARIS BAQUERO ESPINOSA, bajo la modalidad de contratos sucesivos de prestación de servicios con el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL E.S.E., se deben computar para efectos pensionales, por lo que el demandado deberá emitir la correspondiente certificación laboral para tal efecto.*
- R. *Se declare a favor de mi representada todo beneficio convencional derivado de la convención colectiva de trabajo y todo lo que resulte probado en el curso del proceso de conformidad con la facultad ultra y extra petita.>>*

### **2.1.2. Fundamentos fácticos**

La demandante narró que, prestó sus servicios de forma constante e ininterrumpida para el Hospital Meissen II Nivel - Empresa Social del Estado ESE, desde el 21 de marzo de 2007 hasta el 30 de junio de 2016, a través de sucesivos contratos de prestación de servicios, con vocación de permanencia en el cargo de Auxiliar Administrativo Facturación en las áreas de central de citas y facturación de la entidad.

Durante la ejecución de los contratos la demandante bajo órdenes y supervisión de jefes inmediatos recibió un pago mensual por sus servicios, se identificó con el carnet de la entidad y nunca disfrutó de vacaciones ni de las prestaciones reconocidas a los empleados de planta y desarrolló su labor con elementos de propiedad de la entidad.

Para la prestación personal del servicio la demandante cumplió con horario por turnos de 7:00 am a 1:00 pm de lunes a viernes, los sábados y domingos de 7:00 am a 7:00 p.m., sin poder delegar sus funciones a otra persona y para ausentarse debía solicitar permiso o autorización de su jefe inmediato.

Las funciones desarrolladas por la demandante se encuentran contenidas en el manual de específico de funciones y de competencias laborales de la entidad.

### **2.1.3. Fundamentos de derecho**

Adujo que la actuación de la administración desconoce normas de

carácter constitucional y el criterio jurisprudencial tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado.

Reiteró que prestó sus servicios bajo una completa subordinación y dependencia de la entidad demandada, debía cumplir horario, recibía y acataba órdenes, como contraprestación percibía un pago mensual, el cargo desempeñado como Auxiliar Administrativo y sus funciones son inherentes al funcionamiento y objeto social de la encausada.

Por lo expuesto, argumentó que la entidad pretende desconocer, la primacía de la realidad sobre la formalidad en los contratos firmados, pretendiendo desconocer que lo que en realidad vinculó a las partes fue una verdadera relación laboral, convergieron los elementos esenciales del contrato de trabajo.

#### **2.1.4. Contestación a la demanda<sup>1</sup>**

El apoderado de la entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, sostuvo que el acto administrativo acusado no tiene vicios de legalidad, que obedece a las facultades otorgadas por la ley a las personas que representan los intereses del Estado y que la facultad nominadora no está en cabeza de su representada, pues para proveer los cargos del hospital existe reglamentación emitida por el Congreso de la República.

Aclara que entre la demandante y la demandada nunca existió una relación laboral y que la titular de la acción actuó con plena autonomía y conocedora de la realidad, que no estaba sometida a los elementos jurídicos de la subordinación, horario y salario.

Citó algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de estado sobre la posición que han tenido los órganos de cierre sobre los elementos esenciales del contrato realidad y el reconocimiento de derechos derivados de una convención colectiva. Insistió en que las funciones de la demandante, no es de aquellos de carácter permanente en la entidad y no guarda relación con el objeto social de la entidad demandada y por ello no hay lugar a realizar ningún tipo de reconocimiento laboral.

Finalmente, propuso como excepciones de fondo las que denominó *inexistencia de la aplicación de primacía de la realidad, inexistencia de la obligación y del derecho, pago, ausencia de vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, la relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos acusados y contratos celebrados entre las partes.*

---

<sup>1</sup> Folios 193 a 220 del expediente.

## **2.2. Los alegatos de conclusión**

En desarrollo de la audiencia inicial que tuvo lugar el 06 de noviembre de 2019, se dispuso el decreto y práctica de pruebas solicitadas por las partes (fls. 237 a 239) y en diligencia del 25 de febrero de 2020 se incorporó el material probatorio allegado y se concedió a las partes el término de 10 días para presentar escrito de alegaciones finales.

### **2.2.1. Alegatos de la parte actora<sup>2</sup>**

La apoderada del extremo activo en escrito de alegaciones conclusivas reiteró las pretensiones de la demanda.

Precisó que con las pruebas allegadas al plenario se logró demostrar la existencia de un contrato realidad que desnaturaliza la figura contractual ejercida por la entidad, por cuanto se acreditó la prestación personal del servicio por parte de la demandante, el pago mensual como retribución ellos y la subordinación o dependencia en favor de su empleador.

Argumentó que a lo largo del proceso se evidenció que la actividad ejercida por su poderdante se realizó en las mismas condiciones que el resto de personal de planta de la entidad que guardan relación directa con la actividad de la entidad, no se trató de una actividad esporádica o transitoria, sino por el contrario se ejecutó por espacio casi nueve años.

Citó pronunciamientos del Consejo de Estado en torno al tema y finalmente, solicitó acoger las pretensiones de la demanda.

### **2.2.2. Alegatos de la entidad demandada<sup>3</sup>**

El apoderado de la entidad reiteró los argumentos de defensa expuestos en la contestación, en el entendido que la relación de las partes se originó en contratos de arrendamiento de servicios personales, que se celebraron de conformidad con la facultad otorgada por la Ley 100 de 1993.

Destacó que la demandante se vinculó con el hospital mediante varios contratos de prestación de servicios, todos autónomos e independientes entre sí, los cuales fueron legalmente pagados, como lo advierte la misma demandante en el interrogatorio y fueron el producto de la oferta de la demandante, quien siempre actuó como contratista.

Señala que los contratos de prestación de servicios fueron interrumpidos en varias oportunidades y fueron de apoyo a la labor del servicio, recibían los turnos y no tenían horario y la presunta subordinación la relaciona con las actividades consignadas en el contrato de prestación de servicios,

---

<sup>2</sup> Folios 283 a 286 del expediente.

<sup>3</sup> Folios 287 a 302 del expediente.

razón por la cual nunca existió el vínculo laboral reclamado y, para terminar, solicitó que el fallo sea absolutorio.

### III. CONSIDERACIONES

No se encuentra en discusión sobre la competencia ni el trámite surtido en este asunto, por lo que se definirá el problema o litigio objeto del proceso.

#### 3.1. Litigio fijado

Se determinará si en la relación contractual entre la demandante y la demandada se configuran los elementos necesarios para declarar la existencia del contrato realidad y, de ser así, si hay lugar a acceder al reconocimiento y pago de la totalidad de salarios y prestaciones en los términos solicitados como restablecimiento de derecho en la demanda.

#### 3.2. De lo acreditado en el proceso

De las pruebas obrantes en el proceso se destacan las siguientes:

- 3.2.1.** Petición radicada bajo el número 201703510084812 del 12 de mayo de 2017, a través de la cual la demandante persigue el reconocimiento y pago de las acreencias laborales y prestacionales surgidas del contrato realidad (fls. 3 a 9).
- 3.2.2.** Oficio 201703510091001 del 08 de junio de 2017, a través del cual la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE resolvió en forma desfavorable la solicitud de la demandante (fl. 10 a 18).
- 3.2.3.** Contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante y el Hospital Meissen II Nivel - Empresa Social del Estado ESE, sintéticamente reseñados a continuación:

No. contrato	Objeto	Desde	Hasta	Fls.
1322 de 2010	Desarrollar actividades como Auxiliar de Laboratorio	09/09/2010	1 mes	19 a 22
1322 de 2010	Prórroga 1 mes		31/10/2010	24
1322 de 2010	Prórroga 2 meses		31/12/2010	26
1322 de 2010	Prórroga 1 mes		31/01/2011	28
294 de 2011	Desarrollar actividades como Auxiliar de Laboratorio	01/02/2011	31/03/2011	30 a 33
294 de 2011	Prórroga 3 meses		30/06/2011	34
294 de 2011	Prórroga 2 meses		31/08/2011	38
294 de 2011	Prórroga 1 mes		30/09/2011	39
294 de 2011	Prórroga 1 mes		30/10/2011	Medio magnético

294 2011	de	Prórroga 2 meses y 1 días		31/12/2011	41
294 2011	de	Prórroga 1 mes		31/01/2012	43
486 2012	de	Desarrollar Actividades como Auxiliar de Laboratorio Clínico	01/02/2012	4 meses	44 a 47
486 2010	de	Prórroga 1 mes		30/06/2012	48
486 2012	de	Prórroga 1 mes		31/07/2012	50
486 2012	de	Prórroga 1 mes		31/08/2012	Medio magnético
486 2012	de	Prórroga 1 mes		30/09/2012	52
486 2012	de	Prórroga 1 mes		31/10/2012	Medio magnético
486 2012	de	Prórroga 2 meses		31/12/2012	Medio magnético
590 2013	de	Desarrollar actividades como Auxiliar de Laboratorio	01/01/2013	4 meses	55 a 60
590 2013	de	Prórroga 1 mes		31/05/2013	Medio magnético
590 2013	de	Prórroga 1 mes		30/06/2013	61
590 2013	de	Prórroga 2 meses		31/08/2013	63
2037 2013	de	Desarrollar actividades como Auxiliar de Laboratorio	08/10/2013	1 mes	66 a 69
2037 2013	de	Prórroga 1 mes y 24 días		31/12/2013	70
2037 2013	de	Prórroga 7 días		07/01/2014	72
743 2014	de	Desarrollar actividades como Auxiliar de Laboratorio	08/01/2014	4 meses	73 a 76
743 2014	de	Prórroga 5 meses		07/10/2014	77
743 2014	de	Prórroga 1 mes		07/11/2014	78
743 2014	de	Prórroga 1 mes		07/12/2014	79
743 2014	de	Prórroga 1 mes		31/01/2015	82
743 2014	de	Prórroga 1 mes		28/02/2015	81
442 2015	de	Desarrollar actividades como Auxiliar de Laboratorio	01/03/2015	4 meses	84 a 87
442 2015	de	Prórroga 2 meses		31/08/2015	88
442 2015	de	Prórroga 1 mes		30/09/2015	Medio magnético

**3.2.4.** Acto administrativo por medio del cual la Superintendencia Nacional de Salud concedió la habilitación al Hospital Meissen II Nivel - Empresa Social del Estado ESE, en donde aparece establecida la planta de personal de la entidad y el cargo de auxiliar de laboratorio (fls. 161 a 164).

**3.2.5.** Lista de auxiliares de laboratorio que prestaron sus servicios al Hospital Meissen II Nivel - Empresa Social del Estado ESE para los años 2009 a 2015, en donde se especifica tipo de vinculación y asignación básica (fls. 165 y 166).

**3.2.6.** Lista de personas que prestaron servicios de auxiliar de laboratorio a través de contratos de prestación de servicios (medio magnético, fl. 173).

**3.2.7.** Certificación en que la profesional especializada de Talento Humano de la entidad hace constar que, revisada la Planta de Personal y el Manual de Funciones y Competencias Laborales no se cuenta con personal suficiente para atender las funciones relacionadas con el área de auxiliar de enfermería – laboratorio clínico y relaciona dichas funciones (medio magnético, fl. 173).

**3.2.8.** Certificación en la que el director de contratación de la entidad hace constar que la demandante prestó sus servicios así (Fl. 175):

CONTRATO	DESDE	HASTA
1322	13/08/2010	31/01/2011
294	01/02/2011	31/01/2012
486	01/02/2012	31/12/2012
590	01/01/2013	31/08/2013
2037	08/10/2013	07/01/2014
743	08/01/2014	28/02/2015
442	01/03/2015	30/09/2015

**3.2.9.** Agendas de programación de actividades y/o turnos de la demandante, correspondiente a (fls. 177 a 196):

Año 2011: octubre a diciembre.

Año 2012: enero a diciembre.

Año 2013: enero a mayo y septiembre a diciembre.

Año 2014: enero, mayo a diciembre.

Año 2015: febrero, junio a octubre.

**3.2.10.** En desarrollo de la audiencia de práctica de pruebas que se llevó a cabo el 06 de mayo de 2019, se escucharon las siguientes declaraciones:

- **Interrogatorio de parte** rendido por la señora MARÍA EUCARIS BAQUERO ESPINOSA: Ratificó su vinculación con el Hospital Meissen II Nivel - Empresa Social del Estado ESE, como auxiliar de laboratorio, hacía toma de muestras, facturación, procedimientos, registro de muestras. Esos servicios fueron prestados en el área de laboratorio clínico, en el 2º piso del hospital, mediante turnos inicialmente en la tarde (1:00 pm a 7:00 pm), otros en la noche de (7:00 pm a 7:00 am), exclusivamente a la entidad y conforme con los manuales escritos y a las órdenes dadas por la bacterióloga o el jefe. Los turnos debía cumplirlos en el horario impuesto y la toma de exámenes dependía de la orden médica.

- **Testimonio de la señora Angie Mayerly Sánchez de la Rue:**

Adujo que conoce a la demandante porque trabajó con ella y también prestó servicios en el Hospital del Tunal, entidad que actualmente tiene demandada. Era compañera de trabajo de Yeimi y desarrolló las mismas actividades (toma de muestras, ingresar, facturar), pero en los turnos de noche contrarios durante dos años. Las muestras que, tanto la demandante como ella, tomaban, debía tener como fundamento las órdenes emitidas por el médico. Estas funciones también eran desempeñadas por personal de planta, por ejemplo, una compañera llamada Helena. El horario en que la demandante prestaba los servicios era de 7:00 pm a 7:00 am, horario dispuesto por la coordinadora de laboratorio a través de una planilla. Las órdenes para el ejercicio de las actividades eran recibidas por parte del bacteriólogo de turno, ordenes relacionadas con la toma de muestras y demás actividades. Los pagos por las actividades desarrollaban eran consignados de forma mensual en una cuenta de ahorros. Los compañeros de planta desarrollaban las mismas funciones, pero a ellos si les daban vacaciones y otros pagos. No podían ausentarse de sus turnos y si llegaban tarde debían recuperar el tiempo. Pese a que el turno de la demandante con ella era contrario, muchas veces trabajó en la misma noche porque cambiaba el turno con alguna compañera para acceder a los permisos. Tiene conocimiento de las actividades desarrolladas por la demandante, porque las auxiliares de laboratorio en todos los turnos hacen lo mismo. El control de asistencia se hacía cuando se recibía el turno porque debían inscribir en la hoja de chequeo la hora de llegada y salida del hospital.
  
- **Testimonio de la señora María Rosalba Cifuentes Arias:**

Conoce a la demandante porque fueron compañeras de trabajo en la Subred Integrada de Servicios de Salud en donde aún trabaja como auxiliar de laboratorio. El servicio se prestaba por turnos en la mañana, en la tarde y en la noche y la demandante prestó sus servicios en los tres turnos, los cuales eran asignados por el jefe de laboratorio, quienes además impartían órdenes a la accionante, relacionadas con la toma de muestras, la recepción, lavado y esterilización del material. Las herramientas usadas para cumplir con las actividades eran suministradas por la entidad, como tapabocas, guantes, gorros, batas de protección, esferos, visores. la entidad pagaba los 10 primeros días de cada mes en una cuenta que debían tener en el banco Davivienda. Le consta que la demandante cumplía horario y desarrollaba las labores asignadas y en caso de ausentarse del lugar de trabajo debía

pedir permiso y compensar el turno o de lo contrario sería descontado del pago. La testigo coincidió en los turnos de la mañana y la tarde con la demandante, sin embargo, todas las actividades son iguales para las auxiliares de laboratorio sin importar el turno. Las actividades se desarrollaban conforme al manual de laboratorio. Los turnos podían ser cambiados entre contratistas, siempre y cuando el jefe lo autorizara. Durante algún tiempo se utilizó huellero para registrar la hora de entrada y salida, pero ni en la actualidad ni para el periodo en que prestó sus servicios la demandante existía mecanismo alguno para ello. En el hospital existe personal de planta que cumplen las mismas actividades, pero ellos si reciben prestaciones y disfruta de vacaciones, de recargo dominical y de compensatorios.

- **Testimonio de la señora Lady Dayana Vásquez Figueredo:** Fue compañera de trabajo con la demandante en la Subred. La entidad les suministraba las herramientas necesarias para desarrollar sus actividades, como los tapabocas, las agujas, los algodones, los computadores. Los pagos por las actividades desarrolladas los efectuaba la entidad en la cuenta de nómina que les pidió que abrieran al momento de firmar el contrato, de manera mensual. Recibían órdenes para el desarrollo de sus actividades por parte de la jefa o el bacteriólogo y en el horario establecido a través de los turnos señalados por el jefe inmediato. Había personal de planta en la entidad con las mismas funciones. Compartió varios turnos con la demandante y algunas funciones desempeñadas por ellas estaban previstas en el protocolo y otras hacían parte de las ordenes dada por el jefe.

**Entidad demandada:** tachó el testimonio, toda vez que la testigo tiene demanda en contra de la entidad y ha servido de testigo en otros procesos de similar naturaleza.

En este punto de la controversia, se procede a estudiar si la declaración de la testigo Lady Dayana Vásquez Figueredo se ve afectada, por el vínculo contractual con la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE y la demanda presentada por ella contra la misma entidad, lo que hace sospechoso o susceptible de tacha la respectiva declaración.

Al respecto, se señala el artículo 211 del Código General del Proceso:

*<<ARTÍCULO 211. IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de su*

*parentesco, dependencias, sentimientos o intereses en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.*

*La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso>>.*

El despacho considera que la tacha formulada sirve para evaluar con más rigor las declaraciones, toda vez que, si bien es cierto que la referida testigo manifestó haber tenido vínculo contractual con la entidad demandada y un proceso en contra de ella, lo cierto es que no se evidenció contradicción, animadversión, inseguridad que se derivara de dicha vinculación, pese a la dependencia laboral y el tiempo transcurrido entre hechos y su versión.

Por el contrario, demostró conocimiento del desempeño dentro de la institución, aportó descripción de las funciones, comparación con quienes pertenecían a la planta de la entidad, fue precisa en la diferencia que recibían en el trato económico, carencia de periodos de vacaciones, y demás condiciones que, con tanta seguridad, solamente puede conocer quien tenga una relación al interior de la misma ESE. En consecuencia, así se valorará su declaración.

### **3.3. Del contrato realidad**

La viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, como regla general, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, según el aforismo <<*onus probandi incumbit actori*>>, dirigida a desvirtuar la apariencia, la naturaleza contractual de la relación establecida y a acreditar la presencia real de los elementos del contrato de trabajo, especialmente el de subordinación, que es el que de manera primordial desentraña la existencia de una relación laboral.

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

Ahora bien, frente al principio de **primacía de la realidad sobre las formalidades**, la Recomendación Internacional del Trabajo No. 198 sobre la relación de trabajo adoptada por la OIT en 2006, señaló que la existencia de una relación de trabajo debe determinarse de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador,

indistintamente de la manera en que se caracterice la relación y puntualmente precisó:

<<13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

**(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y**

**(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador>>. (Subrayado fuera de texto)**

Son destacables los literales a y b del numeral 13 de la recomendación referida, al señalar que los indicios a tener en cuenta para declarar la existencia de una relación laboral, pueden estar determinados por:

1. Que la labor se realice según las instrucciones y bajo el control de otra persona.
2. Que la prestación del servicio implica la integración del trabajador en la organización de la empresa.
3. Que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador.
4. Que debe desempeñarse dentro de un horario determinado.
5. Que se realice en el lugar indicado por quien solicita el trabajo, con cierta duración y continuidad.
6. Que requiere la disponibilidad del trabajador, suministrando herramientas, materiales y maquinaria por parte de la persona que requiere el trabajo.
7. El pago de una remuneración periódica al trabajador, que vendría a constituir su única y principal fuente de ingresos.

En la legislación colombiana, el Artículo 93 de la Constitución Política reconoce la importancia de tratados y convenios internacionales y los incluye como parte del llamado bloque de constitucionalidad y pese a que las recomendaciones de la OIT no tienen el mismo efecto vinculante

que podría tener un convenio ratificado por el Estado colombiano, sí deben ser observadas y tenidas en cuenta para la interpretación y protección de derechos fundamentales.

Por su parte, el Artículo 53 de la Constitución Política de 1991 establece la protección del trabajo y de los trabajadores, precisando principios mínimos fundamentales como: igualdad de oportunidades, remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, situación más favorable al trabajador, **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**, garantía de la seguridad social, entre otros; principios que no solo deben ser observados por el legislador al momento de expedir el estatuto del trabajo, sino que además deben ser acatados por la administración en condición de empleador.

La Corte Constitucional al examinar la exequibilidad del numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, determinó la posibilidad que existe de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público, y luego de definir sus características y establecer las diferencias con el contrato de trabajo señaló, que el ejercicio de tal potestad se ajusta a la Carta Política, siempre y cuando la Administración no lo utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente<sup>4</sup>.

El Consejo de Estado ha reiterado<sup>5</sup> la necesidad de que, cuando se trata de una relación laboral, se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

En la actualidad se tiene, que para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos; especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, subordinación que en casos como los docentes y los escoltas del DAS, por la naturaleza misma de las actividades, se liberan de prueba por la presunción de las exigencias probatorias ordinarias.

Para este Despacho adquiere relevancia la misma denominación de las funciones, de **auxiliar**, no son de las precedidas de nombres como los de jefe, director, o con nombre de independencia como el de consultor.

Contrario *sensu*, se constituye una relación contractual, que se rige por la

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997, M. P. Hernando Herrera Vergara.

<sup>5</sup> Entre otros, sentencia de 23 de junio de 2005 proferida en el expediente No. 245, C. P. Jesús M<sup>o</sup> Lemos Bustamante.

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

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

Entonces, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra, que esa relación laboral que se ocultó bajo el manto solapado de un contrato estatal.

Lo anterior en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados respectivamente en los artículos 13 y 53 de la Carta Fundamental, así se superó esa prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados<sup>6</sup>.

No todas las expresiones en los contratos elaborados por la entidad contratante, tienen igual fuerza vinculante, porque la parte fuerte de la relación jurídica las impone, **no existe un verdadero acuerdo surgido de ofertas y contraofertas, no se discuten en lo más mínimo las condiciones**, así que “estipular” en el documento que no se trata de contrato laboral resulta inane, ineficaz, porque si a ello se le reconociera pleno efecto, como el del artículo 1602 del Código Civil, con ello se permitiría, eso bastaría, para que la parte dominante en la relación, se itera, quien elabora el contrato, imponga la condición y así, tácitamente el trabajador perdería sus derechos, serviría para conculcar **derechos irrenunciables**.

En cuanto a la prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora esa Sección concluyó su no prescripción, en tanto su exigibilidad era imposible antes de que se produjera la sentencia, dado su carácter constitutivo; es decir, que era a partir del fallo, que nacía a la vida jurídica y no podía operar la prescripción extintiva<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Sección Segunda, Subsección A, Sentencias de 17 de abril de 2008. Exp. 2776-05, C. P. Jaime Moreno García; de 17 de abril de 2008, Exp. 1694-07, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>7</sup> Sección Segunda, Sentencia de 6 de marzo de 2008, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Sin embargo, posteriormente, esa misma Corporación determinó que, aunque era cierto, que desde la sentencia se hacían exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no excediera la prescripción de los derechos pretendidos, lo que significa que se debía solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años<sup>8</sup>.

Teniendo en cuenta las diferentes posiciones que se acogieron en torno al tema, el mismo Consejo de Estado<sup>9</sup> profirió sentencia de unificación el 25 de agosto de 2016 (artículo 271 del CPACA), en la cual concluyó:

1. El reconocimiento de la relación laboral con el Estado se debe reclamar dentro de los tres (3) años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, so pena de la prescripción.
2. Cuando entre los contratos de prestación de servicios existe un lapso de interrupción habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de terminación, siendo deber del juez verificar si efectivamente existió tal interrupción.
3. La prescripción extintiva opera frente a salarios y prestaciones dejados de reclamar en tiempo, pero no frente a los aportes para pensión, toda vez que al afectar el derecho pensional como prestación periódica se hacen imprescriptibles, los cuales además se encuentran exentos de la caducidad del medio de control y, por tanto, pueden ser demandado en cualquier tiempo <<puesto que la administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones>>.
4. No resulta exigible el requisito de procedibilidad relacionado con la conciliación prejudicial, toda vez que al estar involucrados derechos laborales irrenunciables, ciertos e indiscutibles que no son conciliables, como los aportes a pensión.
5. Entonces, la prescripción extintiva se analiza en cada caso concreto, una vez comprobada la existencia de la relación laboral.
6. Adicionalmente, en pensiones el juez debe pronunciarse de manera directa respecto de los aportes a la seguridad social, aunque no se haya solicitado expresamente por el demandante, no como una decisión extra petita, sino como una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

<sup>8</sup> Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13. Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>9</sup> Sentencia del 25 de agosto de 2016, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, Exp. 23001233300020130026001.

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

### 3.4. Del caso concreto

Sea lo primero iterar que el nombre dado a los cargos, lo mismo que a las funciones de quien se vincula **como auxiliar**, cualquiera sea la modalidad de contrato, tiene señalada desde allí la restricción a una autonomía de decisiones, su actividad es la de auxiliar (arts. 28 y 29 C.C.), es decir, de subordinación a un jefe, un médico, un odontólogo, etc. En consecuencia, la experiencia nos define que, en esencia, todo auxiliar está subordinado.

Precisado lo anterior, el despacho encuentra acreditado que:

1. La demandante estuvo vinculada mediante sucesivos contratos de prestación de servicios<sup>10</sup> en calidad de **auxiliar de laboratorio**<sup>11</sup>, destacase el término auxiliar<sup>12</sup>, entre el 13 de agosto de 2010 y el 31 de agosto de 2013 y entre el 03 de octubre de 2013 y el 30 de septiembre de 2015, es decir, un tiempo prorrogado, para actividades misionales, como se verá enseguida.
2. Pese a que no se allegó prórroga o contrato para el periodo correspondiente al mes de septiembre de 2013, lo cierto es que de las planillas y cuadros de turnos aportadas a folios 178 a 196 demuestran que durante ese mes la demandante estuvo prestando sus servicios como auxiliar de laboratorio, de donde se concluye que la prestación del servicio se efectuó sin solución de continuidad entre el **13 de agosto de 2010 y el 30 de septiembre de 2015**.
3. Del contenido de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes se lee que: i) la demandante fue contratada para prestar sus servicios como auxiliar de laboratorio; y ii) dentro de sus actividades debía tomar muestras; recibir, recolectar y verificar **las órdenes** para los pacientes; cumplir con los procedimientos y protocolos de los servicios; diligenciar el libro de entrega de turnos; utilizar los elementos de trabajo, la papelería y formatos otorgados por la entidad.
4. La certificación en la que consta el listado de los auxiliares área de la salud 412 grado 11 para los años 2009 a 2015, la asignación básica devengada por ellos para cada anualidad y copia del acuerdo 002 del 17 de marzo de 2006 en donde se lee que en la planta de

<sup>10</sup> Allegados físicamente con la demanda y en medio magnético por la entidad demandada.

<sup>11</sup> Inclusive se ha reconocido la relación laboral para las enfermeras jefes por la obviedad de que, por mandar al personal auxiliar, dada su formación profesional, no excluye el hecho de estar bajo órdenes de médicos, etc.

<sup>12</sup> Un auxiliar, en la salud, es quien proporciona cierta atención básica de salud a los pacientes y, en todo caso, trabaja bajo la supervisión de un profesional de la salud (médico, odontólogo, bacteriólogo), sus labores, aunque son rutinarias se realizan bajo la supervisión del profesional.

personal existió el cargo de auxiliar de laboratorio 527 grado 11, después llamado auxiliar área salud 412 grado 11. Esto descarta el requisito de conocimientos especializados para el contrato de prestación de servicios o las órdenes de trabajo estatales.

Los documentos en mención, sobre los aspectos anteriormente destacados, merecen hacer el análisis para responder: a) ¿Cuál es el alcance que tiene la expresión *prestar sus servicios como AUXILIAR DE LABORATORIO*? b) ¿Por qué la entidad <<sentía>> la necesidad de expresar que no se trataba de un contrato laboral?

La interpretación, para responder las preguntas, se hará atendiendo los parámetros constitucionales que obligan al juez a hacerlo en forma favorable al trabajador, en la condición más beneficiosa a él, o *pro operario*, como principios propios de las normas laborales. Además, recuérdese el principio de irrenunciabilidad de esos derechos.

En cuanto a la *prestación de los servicios como AUXILIAR DE LABORATORIO*, porque el nombre precisa cómo se desarrollan las actividades de quienes cumplen esa función en el mundo entero: bajo órdenes directas de profesionales de la salud como son los médicos, odontólogos, bacteriólogos, etc. Siempre siguiendo las instrucciones que les den, para atender los pacientes de aquellos. No ejercen autonomía alguna.

Para este juez, como en el caso de los docentes con autonomía incluida, para quien realice actividades de auxiliar, particularmente de laboratorio, la subordinación hace parte de la esencia de su labor, no puede hacer cuestionamientos a las órdenes médicas, odontológicas o de otros profesionales, porque se limitan a ayudar, ejecutar lo que aquellos disponen, esos sí deciden mientras el auxiliar es operativo.

Entre más altas jerárquicamente sean las funciones menos serán las posibilidades de que se trate de trabajador, y a la inversa, los de la parte inferior de la escala jerárquica en una entidad es mucho más probable que tengan que estar subordinados y como casi todo trabajo, será remunerado. Lo anterior se dice porque la experiencia social y del funcionario, la lógica y la estructura jurídica, para lo expresado, constituyen parte de la sana crítica de la prueba.

En contratos que se les señala en el epígrafe como de prestación de servicios, les hacen cumplir con pólizas y demás obligaciones, propias de aquellos contratos estatales, la única razón por la cual la entidad que los redacta<sup>13</sup>, donde más que una ambigüedad es una inducción a error, en cuanto expresa que no es contrato laboral, como si fuera voluntad del trabajador y no imposición del empleador, quien evidentemente lo que

---

<sup>13</sup> Art. 1624 C.C.

trata es de prevenir que se reconozca la verdadera naturaleza de la relación jurídica por las personas que tengan que analizarlos, como los jueces, y por eso se prepara o argumenta como anticipo de defensa.

Pero en derecho las cosas son lo que son y no como se les denomine, su naturaleza jurídica es única: si la relación es laboral, decir en el documento lo contrario, es igual a cuando se establecen renunciaciones de derechos por parte del trabajador, y como es prohibido, se tiene esa parte como NO escrita. Probados los elementos del contrato se evidencia su naturaleza y por ello no se acoge tal argumento de defensa.

Las declaraciones de los testigos lo que permiten es reafirmar que la demandante prestaba servicios de auxiliar de laboratorio, que se itera, solamente pueden ser sin autonomía e independencia. Además de la necesidad de someterse a unos turnos, es decir, horarios, la clase de servicio (en urgencias, en piso etc.), tiene que obedecer las órdenes para la toma de las muestras para los exámenes y demás aspectos relacionados.

Sobre lo que dijeron los testigos también se debe destacar porque el desempeño de similares labores es más importante porque son compañeros de trabajo que hace más confiable su declaración, no confirma motivos de sospecha, refuerza la credibilidad que en el caso de ser dependiente laboral de la entidad serían tendientes a favorecerla, sin embargo, nada hace pensar que se apartaron de la verdad.

Afirmar que por el hecho de haber sido vinculados con la entidad bajo la misma modalidad de contratación o que tengan demandada a la entidad por la misma causa pueda descalificar una declaración es desconocer que es una mera apreciación subjetiva, la crítica de la prueba implica la necesaria observación de sus dichos relevantes, en los que aparezcan contradicciones, contra evidencias, y como nada de esto sucedió, se echa de menos, para la pérdida de credibilidad o real prosperidad de la tacha formulada.

En efecto, lo expresado en los testigos no es más que la ratificación del contenido de los contratos en cuanto al desempeño de labores de auxiliar de laboratorio, de los que hay cargos de planta para que otro personal haga las mismas funciones, fue durante periodo extenso, porque unos años -así fueran únicamente las que ellos comparten- es suficiente para descartar la actividad como ocasional, era remunerado y necesariamente en forma subordinada.

Con lo anterior volvemos sobre lo expresado en las diferentes decisiones de las Altas Cortes efectuada la verificación de los requisitos del contrato realidad: no existe duda sobre el periodo de prestación de los servicios de auxiliar de laboratorio de la demandante para la entidad accionada.

Se determinó que los contratos celebrados por **la Administración los utiliza para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente**<sup>14</sup>, con lo cual pagaba menos a unos que a otros por igual trabajo, se estableció que la contratista desempeñó funciones en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público de planta que fuera auxiliar de laboratorio, tan misionales que son las mismas pactadas que se cumplen en todo hospital, esas funciones de auxiliares de laboratorio, las labores contratadas, no son **ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional**; y menos requieren conocimientos muy especializados, sus estudios no se pueden calificar de esa manera, todo lo cual desdibuja la aparente relación contractual de la Ley 80 de 1993. Es relación laboral la que existió.

Pues bien, según los elementos de prueba obrantes en el plenario, confrontados con la jurisprudencia concerniente al contrato realidad, se encuentra que en el presente asunto se configuró una verdadera relación laboral entre la demandante y la Administración, a pesar de haberse ocultado bajo la figura del contrato de prestación de servicios.

Entonces, desvirtuado el contrato de prestación de servicios, se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra, que esa relación laboral que se ocultó bajo el manto solapado de un contrato estatal; ello, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados respectivamente en los artículos 13 y 53 de la Carta Fundamental. Con lo que se superó esa prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados<sup>15</sup>.

### **3.5. De la declaración de nulidad y el restablecimiento del derecho**

Como corolario de lo anterior, se procederá a declarar la nulidad del acto administrativo acusado y, a título de restablecimiento del derecho<sup>16</sup>, se ordenará el reconocimiento y pago en favor de la demandante de: i) la diferencia salarial que se pueda originar a su favor entre los honorarios percibidos con ocasión de los contratos de prestación de servicios y lo que devenga un auxiliar de laboratorio o auxiliar área de la salud<sup>17</sup> desde el 13 de agosto de 2010 y hasta el 30 de septiembre de 2015; ii) la totalidad de prestaciones sociales y demás acreencias laborales devengadas por un

<sup>14</sup> Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997, M. P. Hernando Herrera Vergara.

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2008.

Expediente No. 2776-05. Consejero Ponente Dr. Jaime Moreno García; Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 1694-07. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>16</sup> Se ordena a título de restablecimiento del derecho y no a título indemnizatorio de acuerdo a la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de agosto de 2016, proferida por el consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

<sup>17</sup> Teniendo en cuenta que a folios 165 y 166 del expediente la entidad certificó que este cargo existe (auxiliar área salud) y el salario establecido mes a mes para el mismo durante los años 2009 a 2015.

auxiliar de laboratorio o auxiliar área de la salud, para este mismo periodo, tomando como base lo realmente devengado por un auxiliar área de la salud; iii) tomar el ingreso base de cotización de la demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en pensiones conforme a lo cotizado por un auxiliar área de la salud, cotizar la entidad la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual se tendrán en cuenta las que la demandante acreditó como cotizaciones que realizó durante su vínculo contractual y, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora<sup>18</sup>, por el periodo trabajado entre el 13 de agosto de 2010 y el 30 de septiembre de 2015 y iv) devolver las sumas pagadas por la demandante por concepto de cotizaciones a la aseguradora de riesgos laborales, toda vez que se trata de un aporte que no es compartido por las partes, sino que recae exclusivamente en el empleador<sup>19</sup>; sin embargo, para cumplir con esta orden la demandante tiene la carga probatoria de acreditar las cotizaciones que sufragó por este concepto entre el 13 de agosto de 2010 y el 30 de septiembre de 2015.

El tiempo efectivamente laborado por la accionante se computará para efectos pensionales.

Respecto de la pretensión encaminada a obtener el pago retroactivo de las cotizaciones que la entidad debió efectuar a la Caja de Compensación Familiar, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 19 de febrero de 2009, con ponencia de la consejera Bertha Lucía Ramírez de Páez, dictada dentro del proceso No. 73001233100020000344901, analizó una pretensión similar, en los siguientes términos:

#### **<<De las Cajas de Compensación**

*La Ley 21 de 1982 estableció la regulación de las Cajas de Compensación Familiar para cumplir las funciones propias de la seguridad social, hallándose sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la Ley; así como el subsidio familiar como aquella prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, para aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.*

*De conformidad con esta normativa la demandante no disfrutó, mientras duró su relación contractual desnaturalizada, de los beneficios que otorgan las Cajas de Compensación como son, percibir el subsidio familiar y acceder*

<sup>18</sup> Así lo explicó el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2011, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

<sup>19</sup> Artículo 16 del Decreto 1295 de 1994.

*a los centros de recreación, educación y cultura, entre otros, presentándose la imposibilidad de percibirlos por el transcurso del tiempo, por lo que los dineros que la Administración debió sufragar a ese ente deben ser pagados, a título de indemnización, para que la actora los disfrute, debiéndose ordenar su reconocimiento>>>.*

En consecuencia, acogiendo la posición del Consejo de Estado, se ordenará a la entidad demandada, a título de restablecimiento del derecho<sup>20</sup>, pagar a la demandante los dineros que debió sufragar como cotizaciones a la caja de compensación familiar correspondiente entre el 13 de agosto de 2010 y el 30 de septiembre de 2015.

Frente a las pretensiones encaminadas a obtener el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías, la sanción moratoria por el no pago oportuno de las mismas y la indemnización por despido sin justa causa, el despacho no accederá a ellas.

Lo anterior considerando que se ha estudiado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>21</sup> cuando señaló que no se puede acceder a ellas, toda vez que no se está frente a una relación legal y reglamentaria y porque con la firmeza de esta decisión es que se tiene la certeza de los derechos.

Así mismo, la referida corporación precisó que en estas demandas de contrato realidad tampoco resulta procedente acceder al reconocimiento y pago de vacaciones en dinero, por tratarse de un descanso remunerado que se sufraga solo cuando el empleado adquiere el derecho a disfrutarlas y por tanto no es posible pagarlas en dinero; en consecuencia, tampoco resulta procedente su reconocimiento.

Ahora bien, la demandante solicita específicamente el reconocimiento y pago de las primas de servicios, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de antigüedad, quinquenio, prima de vacaciones, subsidio de alimentación, subsidio de transporte; sin embargo, teniendo en cuenta que dentro del plenario se demostró que en la planta de personal de la entidad existe el cargo de ahora auxiliar área de la salud y el reconocimiento que se está ordenando aquí es respecto de todas las acreencias laborales y prestacionales devengadas por ese cargo de planta y de acuerdo a las certificaciones aportadas por la entidad, no hay lugar a analizar una a una, cada prima o cada factor por separado.

Respecto de la pretensión encaminada a obtener la indemnización del perjuicio moral causado a la demandante, no le asiste vocación de prosperidad toda vez que no se aportó prueba alguna al plenario que

<sup>20</sup> Se ordena a título de restablecimiento del derecho y no a título indemnizatorio de acuerdo a la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de agosto de 2016, proferida por el consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

<sup>21</sup> Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 11 de mayo de 2016, con ponencia del magistrado Luis Gilberto Ortigón Ortigón, dentro del proceso No. 25000234200020130647300.

permita establecer la causación del mismo.

En lo que se refiere a las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos y dominicales, se considera necesario citar en extenso lo explicado por el Consejo de Estado<sup>22</sup> dentro de un proceso en el cual se analizaban supuestos fácticos similares al presente:

*<<La jornada normal u ordinaria de trabajo es el tiempo convenido por las partes o establecida por ley, durante la cual el trabajador debe ejecutar las labores encomendadas. Todo el tiempo que supere tales límites, ya sean convenidos o impuestos legalmente, constituye jornada la extraordinaria de trabajo.*

*De acuerdo con la legislación vigente en Colombia, el trabajo se clasifica en diurno y nocturno según el momento en que se preste. En ese sentido, el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 establece la jornada de trabajo, señalando al respecto que:*

*(...)*

*A su turno, los artículos 36<sup>23</sup> y 37<sup>24</sup> del mismo decreto establecieron las horas extras diurnas y nocturnas, según la jornada en la que se presten. Según las anteriores normas, el reconocimiento y pago de horas extras laboradas está supeditado a las siguientes reglas: i) para acudir a la figura de las horas extras es necesario que existan razones especiales, es decir, que se presenten situaciones laborales extraordinarias y urgentes que no puedan ser ejecutadas en la jornada ordinaria y que revistan un carácter temporal; ii) las horas extras solo pueden ser prestadas por personal del nivel técnico y operativo; iii) es indispensable la autorización previa para laborar en horas extras, con la indicación de las actividades que se van a desarrollar; iv) el reconocimiento de las horas extras debe perfeccionarse mediante resolución motivada, y iv) en ningún caso podrán pagarse más de 50 horas extras mensuales.*

*Las anteriores reglas muestran la rigurosidad que existe en la*

---

<sup>22</sup> Sección Segunda, Subsección B, con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del proceso 66001233300020130021401.

<sup>23</sup> Artículo 36º.- De las horas extras diurnas. Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes este hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.

a. El empleo deberá pertenecer al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 39 del nivel técnico.

b. El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita, en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.

c. El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del veinticinco por ciento sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

d. En ningún caso podrá pagarse más de 50 horas extras mensuales.

Si el tiempo laboral fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo.

<sup>24</sup> Artículo 37º.- De las horas extras nocturnas. Se entiende por trabajo extra nocturno el que se ejecuta excepcionalmente entre las 6 p.m. y las 6 a.m., del día siguiente por funcionarios que de ordinario laboran en jornada diurna.

Este trabajo se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento sobre la asignación básica mensual.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

En todos los demás aspectos el trabajo extra nocturno se regulará por lo dispuesto en el artículo anterior.

*administración pública para acudir al trabajo complementario, pues lo apropiado es que las funciones sean evacuadas en el marco de las jornadas laborales establecidas previamente por la entidad.*

*Empero, el contratista que demuestre los elementos sustanciales de una relación laboral bajo el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, si bien no le es posible cambiar su condición ante el Estado, es decir, la de contratista, esto no imposibilita el acceso al reconocimiento del trabajo suplementario.*

*En este sentido, subyace un exigente ejercicio probatorio, el cual recae sobre la persona que reclama el reconocimiento y pago del trabajo suplementario, aplicando el principio universal de que quien afirma algo, debe demostrarlo y si se trata de trabajo suplementario o en días festivos, la prueba aportada debe ser de una claridad y precisión que permita determinar las horas extras trabajadas, ya que al juez no le está permitido hacer cálculos o suposiciones para determinar el número probable de horas extras o de días festivos en que pudo haber laborado el trabajador demandante>>>.*

Bajo estos parámetros, el despacho observa que la accionante no demostró tener derecho a las horas extras, dominicales y festivos, los cuadros de turnos allegados por la entidad no dan cuenta de todos los servicios por ella prestados ni lo señalado por el Consejo de Estado, en consecuencia, se denegarán.

### **3.6. De la prescripción**

De conformidad con lo expuesto, este fenómeno jurídico opera por la inactividad del titular del derecho dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación del último contrato de prestación de servicios, fenómeno que para este caso no se operó, toda vez que el último contrato de prestación de servicios de la demandante finalizó el 30 de septiembre de 2015, sin que se evidenciara solución de continuidad entre un contrato y otro durante los años 2010 a 2015, mientras que la solicitud que dio origen al acto administrativo demandado data del 12 de mayo de 2017, es decir que entre una actuación y otra no transcurrió el lapso de tres (3) años.

### **3.7. Condena en costas**

Finalmente, conforme con el artículo 188 del CPACA, que ordena pronunciarse en la sentencia sobre ellas, así lo hará este juez. Y por el artículo 365 del CGP la condena en costas, que anteriormente era en atención al comportamiento reprochable de la parte, hoy es únicamente por haber sido vencida en una actuación procesal, si se acreditan en el proceso.

Para estos fines de acreditación, el Despacho teniendo en cuenta que se acudió a abogado para demandar, por exigencia legal para actuar en el

proceso, con la presunción de que el trabajo humano en favor de otra persona es remunerado y que de conformidad con la Ley 1123 de 2007<sup>25</sup> los abogados tienen el deber de tasar honorarios por los servicios prestados, se pagaron gastos ordinarios del proceso, lo que demuestra la causación de las costas, son razones suficientes para acceder a ellas y fijará las agencias en derecho para esta instancia que se tendrán en cuenta para la liquidación de aquellas.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Noveno del Circuito Administrativo de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **FALLA:**

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad del oficio 201703510091001 del 08 de junio de 2017 suscrito por la jefa de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, conforme a las consideraciones expuestas.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de la declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE** reconocer y pagar en favor de la señora **MARÍA EUCARIS BAQUERO ESPINOSA**, identificada con c.c. 1.033.719.835:

1. La diferencia salarial que se pueda originar a su favor entre los honorarios percibidos con ocasión de los contratos de prestación de servicios y lo que devenga un auxiliar de laboratorio o auxiliar área de la salud<sup>26</sup> desde el 13 de agosto de 2010 y hasta el 30 de septiembre de 2015;
2. La totalidad de prestaciones sociales y demás acreencias laborales devengadas por un auxiliar de laboratorio o auxiliar área de la salud, para este mismo periodo, tomando como base lo realmente devengado por un auxiliar del área de la salud;
3. Tomar el ingreso base de cotización de la demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en pensiones conforme a lo cotizado por un auxiliar área de la salud, cotizar la entidad el faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, según se explicó<sup>27</sup>, por el periodo comprendido entre el 13 de agosto de 2010 y el 30 de septiembre de 2015;

<sup>25</sup> Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado.

<sup>26</sup> Teniendo en cuenta que a folios 165 y 166 del expediente la entidad certificó que este cargo existe (auxiliar área salud) y el salario establecido mes a mes para el mismo durante los años 2009 a 2015.

<sup>27</sup> Así lo explicó el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2011, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

4. Devolver a la demandante lo pagado por ella por concepto de cotizaciones a la aseguradora de riesgos laborales, toda vez que se trata de un aporte que no es compartido por las partes, sino que recae exclusivamente en el empleador<sup>28</sup>; sin embargo, para cumplir con esta orden la demandante deberá acreditar las cotizaciones que sufragó por este concepto entre el 13 de agosto de 2010 y el 30 de septiembre de 2015.
5. Los dineros que debió sufragar como cotizaciones a la caja de compensación familiar; todo esto correspondiente al periodo comprendido entre el 31 de agosto de 2010 y el 31 de enero de 2013, siguiendo los lineamientos expuestos en la parte motiva.
6. Los dineros que hubiere recibido la demandante como contraprestación por los servicios prestados a la entidad, se descontarán en la liquidación, también en forma indexada, con el fin de evitar un doble pago.

**TERCERO:** Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán actualizarse con el índice de precios o inflación que publica el DANE.

**CUARTO: DECLARAR** que el tiempo laborado por la demandante, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios desde el 13 de agosto de 2010 hasta el 30 de septiembre de 2015 se debe computar para efectos pensionales.

**QUINTO: DENEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**SEXTO: CONDENAR EN COSTAS** a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, en favor de la accionante, fijando como agencias en derecho de esta instancia la cantidad de trescientos mil pesos (\$300.000.00).

**SÉPTIMO:** Por Secretaría **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso y el saldo, si lo hubiere, entréguese a la demandante.

**OCTAVO:** Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría devuélvase a la parte interesada el remanente de la suma que se ordenó pagar por gastos ordinarios de proceso, si lo hubiere, y déjese constancia de dicha entrega y archívese el expediente.

**NOVENO:** La Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE debe dar cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello en el artículo 192 del CPACA.

---

<sup>28</sup> Artículo 16 del Decreto 1295 de 1994.



**DÉCIMO:** Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría devuélvase a la parte interesada el remanente de la suma que se ordenó pagar por gastos ordinarios de proceso, si lo hubiere, y déjese constancia de dicha entrega y archívese el expediente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**GUILLERMO POVEDA PERDOMO**  
**Juez**

YAMA