



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

PROCESO : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO : 11001-3335-012-2017-00263-00
DEMANDANTE : LUZ MARINA ALVAREZ ROMERO
DEMANDADO : SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

**ACTA N° 479 - 2019
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
ART. 182 LEY 1437 DE 2011**

En Bogotá D.C. a los 03 días del mes de diciembre de 2019 siendo las 09:30 de la mañana, fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su secretario ad hoc realizó audiencia pública dentro del proceso de la referencia en la sala de audiencias 43 de la Sede Judicial del CAN, con la asistencia de los siguientes,

INTERVINIENTES

La parte demandante: CESAR JULIAN VIATELA MARTINEZ
La parte demandada: CHERYL TATIANA RODRIGUEZ MENJURA

Se reconoce personería a la abogada de conformidad con el poder de sustitución aportado en audiencia, y se deja constancia que una vez revisados los antecedentes disciplinarios de los apoderados, no obra sanción que les impida actuar en la presente diligencia.

SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de saneamiento del proceso, para tal efecto se le concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento.

Las partes de conformidad, por tanto, se da por agotada esta etapa.

Decisión notificada en estrados

FALLO

1. Problema Jurídico

Corresponde al Despacho determinar si de los contratos suscritos entre LUZ MARINA ALVAREZ ROMERO y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., se pueden establecer los elementos necesarios para declarar la existencia de una relación laboral y el consecuente derecho al pago de las prestaciones sociales.

Tesis del Despacho

Se accederá a las pretensiones de la demanda, no sólo porque en el caso concreto se presume la relación de subordinación según lo señalado por el Consejo de Estado, sino porque además se corroboró que la labor contratada fue permanente y las funciones que se cumplieron fueron las mismas que las del personal de planta de la entidad.

2. Consideraciones

En desarrollo de lo previsto en los artículos 25 y 53 de nuestra Carta Política¹, se aplica el **principio de la primacía de la realidad** para garantizar derechos de los trabajadores en eventos donde se han celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral. En tal sentido, es importante diferenciar los elementos y características del contrato de prestación de servicios y los elementos de la relación laboral.

2.1. De los contratos de prestación de servicios con entidades estatales y las relaciones laborales

La contratación por prestación de servicios con el Estado ha sido desarrollada a través del Decreto Ley 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y la Ley 190 de 1995².

El numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el Contrato de Prestación de Servicios con Entidades Estatales de la siguiente manera:

ARTÍCULO 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:
(...)

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

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

Los apartes destacados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en la sentencia C 154 de 1997³, de cuyas consideraciones el Despacho cita las siguientes:

¹ El artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

² LEY 190 DE 1995, (Junio 06), Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa." Se refiere a la obligación de las personas que presten servicios al Estado mediante contratos de prestación de servicios de diligenciar el formato de hoja de vida, incluirse en el sistema de información de personal, actualizar sus datos, cumplir con requisitos mínimos, y ser objeto de control social

“El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

- a) La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.*
- b) La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato.*
- c) La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.*

Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.”

De acuerdo con el aparte jurisprudencial transcrito, el enunciado “En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales” contenida en el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no constituye una “presunción de iure” y puede ser desvirtuada si se acredita la existencia de las características esenciales de la relación laboral.

Ahora bien, en relación con la frase “cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta”, la Corte Constitucional precisó su alcance en los siguientes términos:

“No es cierto, entonces, como lo indican los accionantes que cada vez que una entidad presente una insuficiencia de personal en su planta, pueda acudir como remedio expedito de la misma al contrato de prestación de servicios a fin de solventar la crisis que se pueda generar; la contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes, únicamente, opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden. Desde luego que si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la justicia del trabajo, si se trata de un trabajador oficial o ante la jurisdicción contencioso administrativa, con respecto al empleado público.

De otro lado, se plantea que la pretendida discriminación conlleva no sólo una desnaturalización del contrato de prestación de servicios, sino también a la vulneración

³ Sentencia C-154/97 Referencia: Expediente D-1430, Norma acusada:, Numeral 3o. -parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 “por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa”, Actores: Norberto Ríos Navarro, Tulio Eli Chinchilla Herrera, Alberto León Gómez Zuluaga, Carlos Alberto Ballesteros Barón y Germán Enrique Reyes Forero., Magistrado Ponente:, Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, Santafé de Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

del derecho al trabajo reconocido en el preámbulo y artículos 1, 2 y 25 de la Constitución y por ende de los principios mínimos laborales consagrados en el artículo 53 de la Carta Política, en especial en lo que a la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y la estabilidad en el empleo, se refiere. ”

De manera que, según la interpretación de la frase: “cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta”, esta se refiere a la posibilidad de contratar la realización de tareas de carácter temporal en los casos en los que la entidad no cuenta con el personal de planta con el conocimiento profesional, técnico o científico para la ejecución de esta actividad en particular.

La Corte Constitucional expresamente señaló que es contrario a la Constitución interpretar este enunciado como una autorización o alternativa para suplir una insuficiencia de personal en su planta y vincular mediante esta modalidad a personas para desarrollar idénticas funciones que sus empleados en condiciones de inferioridad, pues si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada.

1. Que su actividad en la entidad haya sido **personal**
2. Que por dicha labor hubiere recibido una **remuneración**
3. Que con el empleador exista **subordinación o dependencia**

Los dos primeros elementos son comunes tanto para las vinculaciones por contratos de prestación de servicio y las relaciones laborales, de manera que el tercer elemento es el que permite definir el carácter contractual o laboral de la vinculación.

Por lo tanto para demostrar la existencia de una relación de trabajo debe estar probada fehacientemente la subordinación y dependencia, de tal manera que sin la menor duda se pueda establecer que se realizaron funciones públicas en las mismas condiciones de los servidores públicos vinculados laboralmente a la entidad, se impuso al contratista del Estado el cumplimiento del manual de funciones que regula los empleos del organismo, se desarrollaron actividades propias del objeto social, con instrumentos, herramientas y equipos de su propiedad y en sus propias instalaciones, se impartieron directrices, instrucciones y lineamientos que anularon la autonomía con la que debió desarrollarse el objeto contractual, existió continuidad en la prestación del servicio a través de contratos u órdenes de prestación de servicios, se sometió al contratista a un horario de trabajo por lo que debía solicitar permisos para ausentarse⁴

2.2. De la diferencia entre coordinación y subordinación

El Consejo de Estado diferencia entre el concepto de coordinación propio de los contratos de prestación de servicios y el concepto de subordinación pues el cumplimiento de órdenes o sujeción a reglamentos no implica “per se” la existencia de la relación laboral:

“De otra parte, en cuanto a la dirección y coordinación de los contratos de prestación de servicio como modalidad contractual estatal, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993,

⁴ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, 14 de febrero de 2019, Magistrado Ponente: Luis Alberto Álvarez Parra, referencia No. 2014-00554.

establece que la dirección general y la obligación de ejercer control y vigilancia de la ejecución del contrato recaerán en las entidades estatales.

*Atendiendo lo dispuesto en la norma precitada, esta Sección ha sostenido que **entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación***⁵ (Negrilla fuera de texto).

Así, existen elementos tales como la coordinación de actividades, donde el contratista se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, el cumplimiento de un horario o el hecho de recibir una serie de instrucciones de superiores o tener que reportar informes sobre sus resultados, que no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación, pues las ordenes e imposición de horarios y controles está muy relacionada con el tipo de actividad que se contrate.

De manera que cuando por el tipo de actividad contratada no sea determinar si las órdenes constituyen subordinación o coordinación, se deberán analizar otros elementos que permitan determinar la existencia de la relación laboral.

2.3. Formas de desvirtuar el contrato de prestación de servicios

Dado que en algunos contratos la coordinación y vigilancia propias de la relación puede confundirse con el elemento de subordinación propio de la relación laboral, el Consejo de Estado expuso que hay otras características que los diferencian⁶:

“Los contratos de prestación de servicios, en el ordenamiento colombiano se encuentran regulados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con la Ley 1150 de 2007, y se configura cuando: i) Se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados⁷; ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; ; iii) se acuerde un valor por honorarios prestados. Por la misma naturaleza del contrato, esto tiene vigencia temporal o transitoria y la autonomía e independencia⁸ del contratista desde el punto de vista técnico y científico,⁹

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección “B” Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá D.C., 31 de mayo de 2016.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

⁷ Sentencia C-614/09

⁸ La Corte Constitucional en sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y el de prestación de servicios:

“...Como bien es sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere de 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 ordenes 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

constituyen elementos esenciales del contrato de prestación de servicios.¹⁰ Y están previstos para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad.

No obstante lo anterior, los denominados contratos de prestación de servicios pueden ser desvirtuados cuando: 1) Se demuestran los elementos constitutivos de la relación laboral, a saber: a) Subordinación¹¹ o dependencia respecto del empleador; b) Prestación personal y; c) Remuneración por trabajo cumplido¹². 2) cuando se contrata para desarrollar funciones de carácter permanente de la entidad.”¹³

Por último se anota que en el desarrollo jurisprudencial sobre la aplicación del principio de primacía de la realidad, se le ha indicado al Juez la obligación de “desentrañar la relación laboral” para identificar su naturaleza¹⁴. En esta tarea se deben analizar aspectos como:

- **La permanencia de las funciones.** Es decir que la labor sea inherente a la entidad y perdure en el tiempo de manera estable. Se precisa que la permanencia se analiza frente a las funciones, no a la duración de la vinculación de la persona. Se ha dado el caso que algunas entidades contratan la prestación de una labor permanente e inherente y suscribe contratos de prestación de servicios por lapsos muy cortos para evadir este requisito. Y sin embargo, continúa supliendo esta función con nuevas o sucesivas contrataciones.
- **Parámetro de comparación con los demás empleados de planta.** Otro aspecto que indica el encubrimiento de una relación laboral es la equivalencia o similitud entre

celebra un contrato de esa 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 horarios de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho a prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente**” (énfasis de la Sala)

⁹ Significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor según las estipulaciones acordadas. Corte Constitucional. Sentencia C-154-97

¹⁰ La vigencia del contrato de prestación de servicios es, por su naturaleza, temporal y sólo podrá celebrarse por el término estrictamente indispensable para ejecutar el objeto convenido. Y, en caso contrario, como lo ha dicho la Corte “será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente[3]”. C-739-02.

¹¹ “Dentro del elemento subordinación se destaca, como ya lo ha sostenido la jurisprudencia, **el poder de dirección en la actividad laboral y la potestad disciplinaria** que el empleador ejerce sobre sus trabajadores para mantener el orden y la disciplina en su empresa. Esa facultad, como es obvio, se predica solamente respecto de la actividad laboral y gira en torno a los efectos propios de esa relación laboral. Sin embargo, aun en ese ámbito de trabajo la subordinación no puede ni debe ser considerada como un poder absoluto y arbitrario del empleador frente a los trabajadores. En efecto, la subordinación no es sinónimo de terca obediencia o de esclavitud toda vez que el trabajador es una persona capaz de discernir, de razonar, y como tal no está obligado a cumplir órdenes que atenten contra su dignidad, su integridad o que lo induzcan a cometer hechos punibles. El propio legislador precisó que la facultad que se desprende del elemento subordinación para el empleador no puede afectar el honor, la dignidad ni los derechos de los trabajadores y menos puede desconocer lo dispuesto en tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen a Colombia”. Sentencia C-934/04

¹² El artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo define el contrato de trabajo en los siguientes términos: “...Es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal u otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración”.

¹³ Sentencia del 11 de febrero de 2016, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, MP: César Palomino Cortés.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, C.P.: Tarsicio Cáceres Toro.

las actividades desarrolladas por el contratista y aquellas descritas en los manuales de funciones de los cargos de planta, se encuentren o no ocupados.

- **Desempeño de deberes de servidores públicos.** En la relación laboral administrativa el empleado público no está sometido exactamente a la “subordinación” frente a un superior o jefe inmediato como ocurre en la relación laboral privada. Aquí está obligado es a obedecer y cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos administrativos correspondientes, para proferir sus decisiones o actos; de manera que cuando el contratista profiere decisiones, actos o desarrolla funciones que consagran los deberes, obligaciones y prohibiciones previstas para los servidores públicos, este tipo de decisiones es otro indicativo del encubrimiento de una relación laboral.

Cuadro comparativo entre el contrato de prestación de servicios y una relación laboral

Según lo analizado en el marco normativo y jurisprudencial, a continuación, se relaciona las siguientes características:

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	RELACIÓN LABORAL
• Labores relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. • Se suscribe con personas naturales cuando las actividades a realizar no pueden ejecutarse con personal de planta o requieren conocimientos especializados, experiencia, capacitación y formación profesional. • Existe autonomía e independencia técnica y científica. • Es temporal, su duración es por tiempo limitado. • Existe un valor de sus honorarios. • No puede haber contratistas con las mismas funciones del personal de planta.	• Se da la existencia de 3 elementos: 1. Subordinación o dependencia (se imparten directrices, instrucciones y lineamientos que anulan la autonomía) 2. Remuneración por trabajo cumplido. 3. Las funciones son de carácter permanente. • Cumplimiento de manual de funciones. • Realización de actividades permanentes, propias del objeto social de la entidad e inherentes ella. • Las funciones se desarrollan con herramientas, instrumentos y equipos de propiedad de la entidad y en sus instalaciones. • Hay continuidad en la prestación del servicio • Hay cumplimiento del horario de trabajo

PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

En este punto es importante diferenciar entre la prescripción del derecho para reclamar la existencia de la relación laboral y la prescripción de las obligaciones prestacionales.

La jurisprudencia en la materia ha sido pendular, sin embargo frente al primer punto existe sentencia de Unificación del Consejo de estado¹⁵ con ponencia del Magistrado CARMELO PERDOMO CUÉTER, señalando que la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el término para pretender el reconocimiento de la relación laboral es de tres años contados desde que terminó la relación que inicialmente se pactó como laboral, término que no opera para la reclamación de aportes pensionales.

¹⁵ Sentencia Unificación del Consejo de Estado, Sección Segunda radicado 23001233300020130026001 (00882015) del 25 de agosto de 2016

“En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca de su fundamento normativo, es decir, 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 tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral. Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social.

Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

(...)

Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.

(...)

En este orden de ideas, 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, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo. Consecuentemente, tampoco es 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 (condición que prevé el numeral 1 del artículo 161 del CPACA para requerir tal trámite, en armonía con el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial. (Subrayado fuera del texto original).

Sobre el segundo tópico, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado es divergente, pues al ponderar el derecho del trabajador y el principio de seguridad jurídica se debe llegar a una decisión que se ajuste a nuestro ordenamiento jurídico que prohíbe las penas imprescriptibles, regulación que sobre la materia se encuentra en el artículo 28 de la Constitución Política, artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el artículo 157 inciso final del C.P.A.C.A.

Sobre el particular se pronunció la Corte Constitucional en sentencia T 084 del 2010, de la siguiente manera:

“[s]e ha discutido mucho por los expositores de derecho de trabajo y por las autoridades judiciales de diversos países. y aún se ha adoptado tesis contrarias por las legislaciones de los pueblos más cultos acerca del momento desde el cual debe principiar a contarse la prescripción de las acciones consagradas por la legislación laboral. Una tesis sostiene que a partir de la exigibilidad del derecho y así lo establece nuestro Código Civil cuando dice en su artículo 2535 que la extintiva de las acciones y derechos “se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible”. Y otra contraria afirma que sólo debe contarse desde la terminación del contrato de trabajo por es en ese momento cuando el trabajador adquiere plena independencia del patrón, recobra su libertad económica y puede ejercitar, por lo tanto, las acciones judiciales que tenga contra él, sin temor a represalias de ningún género; al paso que si debiera ejercitarlas durante la ejecución de su contrato, correría el riesgo de que el patrón demandado lo rompiera o diese por terminado por ese hecho.

Principalmente en España y México este problema ha suscitado controversia, pero la adopción de la última tesis en el segundo de estos países originó situaciones difíciles para las empresas que obligaron a la cuarta sala –del Trabajo– de la Corte Suprema de Justicia de esa nación a reconsiderarla para acoger la contraria.

Dijo en efecto dicha Corporación: “Se refiere el segundo de los agravios a la forma de computar la prescripción, pues mientras la autoridad responsable sostiene que conforme a los artículos 328 y 7º transitorio de la Ley Federal del Trabajo, la prescripción corre a partir de la fecha en que las obligaciones se hicieron exigibles, sostienen los recurrentes que el plazo puede empezar a contarse desde la terminación del servicio, o sea, desde que el contrato ha dejado de tener vigencia. Esta Sala ha sostenido en varias ejecutorias la segunda de las tesis mencionadas, por estimar que debía aplicarse el artículo 1161 del Código Civil, en primer lugar, porque la legislación del trabajo no puede ser menos liberal que el derecho civil, y, en segundo, porque se estimó que no era posible que los trabajadores,

mientras estaban al servicio del patrón, presentaran en contra de éste demandas, exigiéndole el pago de salarios o el cumplimiento de otras prestaciones, pues que esto traería consigo una fuente constante de discordias, pero, por las razones que en seguida se expresan considera esta Sala necesario modificar su jurisprudencia, estableciendo que la prescripción, de acuerdo con los artículos 328 y 7° transitorio de la Ley Federal del Trabajo, corre desde el momento en que se hacen exigibles las respectivas obligaciones. En numerosas ejecutorias se ha afirmado que el derecho del trabajo es independiente del civil y que, en esa virtud, no es posible aplicar, a propósito del primero, las disposiciones consignadas en el segundo: por tal razón, se hace indispensable considerar nuevamente el problema de la prescripción para decidir si, de conformidad con los principios fundamentales que rigen el derecho del trabajo, puede estimarse que, dentro de ellos, se encuentra el relativo a que la prescripción sólo corre a partir de la fecha de cesación del servicio. El derecho del trabajo tiene un contenido esencialmente económico y si bien es verdad que su función principal es la de proteger a la clase trabajadora, elevando sus condiciones de vida, también lo es que, determinar las obligaciones de los patronos, implica una intervención que está necesariamente limitada por las posibilidades y exigencias de las industrias; en otros términos, al intervenir el Estado en el fenómeno de la producción en beneficio de la clase trabajadora, no puede desconocer la situación de las empresas, ni ignorar las consecuencias fatales que, para su existencia, puede acarrear determinado principio; ahora bien, se ha venido notando que, al amparo de la tesis sustentada por esta Sala, se ha presentado una serie de demandas en las se reclama el cumplimiento de obligaciones anteriores en muchos años, en ocasiones a partir de 1917, fecha en que entró en vigor la legislación del trabajo, y en la mayor de los casos prosperan esas reclamaciones, por la única razón de que no funciona la prescripción, pues es imposible exigir que los empresarios conserven los elementos probatorios durante quince, veinte o más años; y esa condenación es perjudicial para la estabilidad de las industrias, que nunca saben cuál pueda ser su verdadera situación ya que en cualquier momento puede surgir una demanda por pago de horas extras y otra prestación, como ya se dijo, de diez, quince o más años; y el perjuicio lo resiente no sólo la empresa sino la sociedad en general y aún los mismos trabajadores, puesto que la fuente de trabajo puede ser arruinada en un momento dado, merced a una de esas demandas, destruyéndose así un medio de vida para los obreros y de riqueza para la sociedad. Finalmente, el argumento que ha hecho valer en el sentido de que no es posible que los trabajadores, mientras están al servicio del patrono, presenten en su contra las reclamaciones a que tuvieran derecho, tampoco se justifica en la práctica, puesto que constantemente se nota que los obreros demandan de sus patronos las violaciones en que estos incurrieron en el cumplimiento de los contratos o de la ley, sin que esas demandas alteren substancialmente, la disciplina o la armonía en el taller, ni produzca tampoco consecuencias enojosas para los trabajadores y no sólo, sino que la tesis que se viene combatiendo tiene el inconveniente de que si los trabajadores se ajustaran a ella autorizarían al patrono a que, de manera permanente, violara la ley a reserva de exigirle, años después, la responsabilidad consiguiente, situación que es contraria, a la finalidad perseguida por derecho de trabajo, cuyo objetivo es, no tanto que los trabajadores obtengan determinadas cantidades de dinero, sino que el servicio se preste en las condiciones y forma prescritas por la ley y los contratos, finalidad ésta que se logra mejor cuando los trabajadores, tan

pronto se produzca una violación formulan la demanda correspondiente. A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que la interpretación de los arts. De la Ley Federal del Trabajo sobre prescripción conduce a idéntico resultado, esto es, a decidir que el término para la prescripción empieza a correr desde que la obligación se hace exigible; la lectura de los artículos 329 y 330 indica, sin dejar lugar a duda, que la prescripción corre desde el momento en que la parte interesada puede acudir a los Tribunales deduciendo la acción correspondiente (...).

Y –continúa el Tribunal Supremo del Trabajo colombiano- el conocido expositor mexicano de estas materias, Mario de la Cueva, refiriéndose al anterior fallo comenta con inagotable autoridad lo siguiente: “La ejecutoria de Tomasa Godínez y Coagraviados agotó el tema y no creemos necesario exponer mayores razones en pro de la tesis que sustenta, pues la misma legislación española, a cuya tradición debe referirse la solución opuesta, ha modificado su criterio”. (Subrayado del Despacho)

2.4. Del caso concreto

La demandante pretende la nulidad del acto que negó la existencia del contrato laboral y como consecuencia se declare la relación laboral entre ella y la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.; a título de restablecimiento se ordene el reconocimiento y pago de las diferencias salariales entre lo devengado por el personal de enfermería de planta y lo pagado a ella; las prestaciones sociales.

Del material probatorio aportado al expediente, se tiene que:

- La señora LUZ MARINA ALVAREZ ROMERO estuvo vinculada a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., a través de los siguientes contratos de prestación de servicios (fl. 11):

No. ORDEN O CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS	PLAZO DE EJECUCION		OBJETO/PERFIL	VALOR TOTAL CONTRATO	UNIDAD SERVICIOS DE SALUD
	DESDE	HASTA			
No. 647 de 2008	1 de febrero de 2008	29 de febrero de 2008	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 750.000	TUNJUELITO
No. 1155 de 2008	3 de marzo de 2008	30 de marzo de 2008	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 799.992	TUNJUELITO
No. 1697 de 2008	1 de abril de 2008	30 de abril de 2008	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 924.980	TUNJUELITO
No. 2262 de 2008	2 de mayo de 2008	30 de mayo de 2008	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 879.992	TUNJUELITO
No. 2811 de 2008	3 de junio de 2008	30 de junio de 2008	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 800.000	TUNJUELITO
No. 3346 de 2008	1 de julio de 2008	30 de julio de 2008	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 853.328	TUNJUELITO
No. 3876 de 2008	1 de agosto de 2008	30 de agosto de 2008	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 1.066.640	TUNJUELITO
No. 4424 de 2008	1 de septiembre de 2008	30 de septiembre de 2008	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 826.664	TUNJUELITO
No. 4970 de 2008	1 de octubre de 2008	30 de octubre de 2008	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 853.328	TUNJUELITO
No. 5537 de 2008	4 de noviembre de 2008	30 de noviembre de 2008	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 826.664	TUNJUELITO
No. 6090 de 2008	1 de diciembre de 2008	30 de diciembre de 2008	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 800.000	TUNJUELITO
No. 109 de 2009	2 de enero de 2009	30 de enero de 2009	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 853.328	TUNJUELITO

No. 626 de 2009	2 de febrero de 2009	28 de febrero de 2009	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 800.000	TUNJUELITO
No. 1165 de 2009	2 de marzo de 2009	30 de abril de 2009	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 1.004.444	TUNJUELITO
No. 1805 de 2009	4 de mayo de 2009	30 de mayo de 2009	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 1.021.344	TUNJUELITO
No. 2500 de 2009	8 de junio de 2009	30 de junio de 2009	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 900.000	TUNJUELITO
No. 2985 de 2009	1 de julio de 2009	30 de julio de 2009	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 900.000	TUNJUELITO
No. 3551 de 2009	3 de agosto de 2009	30 de agosto de 2009	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 900.000	TUNJUELITO
No. 4114 de 2009	1 de septiembre de 2009	30 de septiembre de 2009	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 900.000	TUNJUELITO
No. 4684 de 2009	1 de octubre de 2009	30 de octubre de 2009	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 900.000	TUNJUELITO
No. 5257 de 2009	3 de noviembre de 2009	30 de noviembre de 2009	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 900.000	TUNJUELITO
No. 5818 de 2009	1 de diciembre de 2009	30 de diciembre de 2009	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 900.000	TUNJUELITO
No. 117 de 2010	4 de enero de 2010	30 de enero de 2010	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 900.000	TUNJUELITO
No. 665 de 2010	1 de febrero de 2010	28 de febrero de 2010	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 900.000	TUNJUELITO
No. 1223 de 2010	1 de marzo de 2010	30 de marzo de 2010	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 900.000	TUNJUELITO
No. 1785 de 2010	5 de abril de 2010	30 de abril de 2010	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 900.000	TUNJUELITO
No. 2360 de 2010	3 de mayo de 2010	30 de mayo de 2010	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 900.000	TUNJUELITO
No. 2937 de 2010	1 de junio de 2010	30 de junio de 2010	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 900.000	TUNJUELITO
No. 3530 de 2010	1 de julio de 2010	30 de julio de 2010	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 900.000	TUNJUELITO
No. 4112 de 2010	2 de agosto de 2010	30 de agosto de 2010	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 900.000	TUNJUELITO
No. 4808 de 2010	2 de septiembre de 2010	30 de septiembre de 2010	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 900.000	TUNJUELITO
No. 5266 de 2010	1 de octubre de 2010	30 de octubre de 2010	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 900.000	TUNJUELITO
No. 5835 de 2010	2 de noviembre de 2010	30 de noviembre de 2010	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 900.000	TUNJUELITO
No. 6416 de 2010	10 de diciembre de 2010	30 de diciembre de 2010	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 900.000	TUNJUELITO
No. 113 de 2011	3 de enero de 2011	30 de enero de 2011	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 900.000	TUNJUELITO
No. 631 de 2011	1 de febrero de 2011	30 de abril de 2011	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 2.820.000	TUNJUELITO
No. 1244 de 2011	2 de mayo de 2011	30 de junio de 2011	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 1.880.000	TUNJUELITO
No. 1859 de 2011	1 de julio de 2011	30 de agosto de 2011	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 1.880.000	TUNJUELITO
No. 2452 de 2011	1 de septiembre de 2011	30 de octubre de 2011	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 1.880.000	TUNJUELITO
No. 3039 de 2011	1 de Noviembre de 2011	30 de diciembre de 2011	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 1.880.000	TUNJUELITO
No. 215 de 2012	2 de enero de 2012	30 de enero de 2012	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 940.000	TUNJUELITO
No. 766 de 2012	1 de febrero de 2012	30 de abril de 2012	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 2.820.000	TUNJUELITO
No. 1415 de 2012	2 de Mayo de 2012	30 de junio de 2012	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 1.880.000	TUNJUELITO
No. 2041 de 2012	3 de Julio de 2012	30 de julio de 2012	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 940.000	TUNJUELITO
No. 2590 de 2012	1 de Agosto de 2012	30 de Agosto de 2012	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 940.000	TUNJUELITO
No. 3100 de 2012	3 de Septiembre de 2012	30 de Septiembre 2012	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 940.000	TUNJUELITO
No. 3637 de 2012	01 de Octubre 2012	30 de Octubre 2012	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 940.000	TUNJUELITO

No. 4179 de 2012	1 de noviembre de 2012	30 de noviembre de 2012	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 940.000	TUNJUELITO
No. 4743 de 2012	3 de Diciembre de 2012	30 de diciembre de 2012	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 940.000	TUNJUELITO
No. 101 de 2013	2 de Enero de 2013	30 de enero de 2013	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 940.000	TUNJUELITO
No. 718 de 2013	1 de febrero de 2013	28 de febrera de 2013	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 940.000	TUNJUELITO
No. 1357 de 2013	1 de marzo de 2013	30 de mayo de 2013	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 2.904.600	TUNJUELITO
No. 2047 de 2013	4 de junio de 2013	30 de junio de 2013	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 968.200	TUNJUELITO
No. 2711 de 2013	2 de julio de 2013	31 de julio de 2013	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 968.200	TUNJUELITO
No. 3371 de 2013	1 de agosto de 2013	30 de agosto de 2013	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 968.200	TUNJUELITO
No. 4055 de 2013	2 de septiembre de 2013	30 de septiembre de 2013	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 968.200	TUNJUELITO
No. 4753 de 2013	1 de octubre de 2013	31 de octubre de 2013	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 968.200	TUNJUELITO
Nº 5447 de 2013	1 de noviembre de 2013	30 de noviembre de 2013	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 968.200	TUNJUELITO
No. 6423 de 2013	2 de diciembre de 2013	31 de diciembre de 2013	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 968.200	TUNJUELITO
No. 120 de 2014	2 de enero de 2014	31 de enero de 2014	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 968.200	TUNJUELITO
No. 831 de 2014	3 de febrero de 2014	28 de febrero de 2014	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 966.200	TUNJUELITO
No. 1593 de 2014	3 de marzo de 2014	30 de junio de 2014	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 3.872.800	TUNJUELITO
No. 3434 de 2014	1 de julio de 2014	31 de Julio de 2014	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 968.200	TUNJUELITO
No. 4197 de 2014	1 de agosto de 2014	30 de agosto de 2014	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 968.200	TUNJUELITO
No. 4914 de 2014	1 de septiembre de 2014	30 de septiembre de 2014	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 968.200	TUNJUELITO
No. 5650 de 2014	1 de octubre de 2014	30 de octubre de 2014	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 968.200	TUNJUELITO
No. 6353 de 2014	4 de noviembre de 2014	30 de Noviembre de 2014	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 968.200	TUNJUELITO
No. 7083 de 2014	1 de diciembre de 2014	30 de Diciembre de 2014	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 968.200	TUNJUELITO
No. 100 de 2015	2 de enero de 2015	30 de enero de 2015	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 968.200	TUNJUELITO
No. 819 de 2015	2 de febrero de 2015	30 de marzo de 2015	AUXILIAR DE ENFERMERIA	\$ 1.936.400	TUNJUELITO

En los contratos de prestación de servicios se observa que las actividades a realizar como auxiliar de enfermería fueron:

1. Prestar servicios asistenciales como Auxiliar de Enfermería en los servicios ambulatorios, y/o de urgencias y hospitalización según la asignación que determine la Institución.
2. Prestar los servicios acordes con la programación de la Institución para la atención de los usuarios.
3. Cumplir la meta de producción acordada con el supervisor de contrato, para efectos de las actividades y/o productos contratados.
4. Diligenciar correcta y completamente los registros de las actividades prestadas a los usuarios, en la Historia Clínica en medio magnético y/o físico acorde con la Normatividad y los que requiera la Institución.
5. Cumplir con los Protocolos, Guías, Manuales de Procesos y Procedimientos, Manuales Institucionales y los de Normatividad vigente.
6. Presentar los documentos requeridos por la institución.

- En el interrogatorio de parte practicado en audiencia del 09 de octubre de 2019, al ser interrogada sobre las funciones que desempeñaba, la señora LUZ MARINA ÁLVAREZ afirmó:

“PREGUNTA: (Minuto 4:51) sírvase indicarle a la audiencia si usted sabía o tenía conocimiento de las actividades que debía desarrollar como auxiliar de enfermería en su vinculación con el Hospital Tunjuelito. **CONTESTO:** Si señor, tenía unas actividades como auxiliar de enfermería, las cuales eran el cuidado integral del paciente, el manejo de los protocolos de la institución y aplicarlos hacia el paciente, darle el cuidado integral que es desde que ingresa al hospital hasta que terminaba su recuperación. **PREGUNTA. (minuto 7).** ¿Usted prestó sus servicios profesionales al hospital Tunjuelito en qué turnos o atendía usted rotación de turnos o como se manejo esto? **CONTESTO:** cuando era auxiliar de enfermería tenía turnos, cumplía turnos, los turnos eran turnos noche impar y cuando había escases de personal de auxiliar nos tocaba doblarnos en turnos, es decir, que yo entraba a las siete de la noche y salía a las siete de la mañana y algunas veces cuando no había personal disponible me quedaba hasta la una de la tarde, o de lo contrario. **PREGUNTA: (Minuto 10:03)** Dentro de las actividades que usted desarrolla usted recibía algún tipo de ordenes en caso que esto fuera así por favor las indica. **CONTESTO:** Por su puesto que sí, claro tenía un jefe inmediato la cuál nos ordenaba , una de las ordenes era el cuidado cuando estábamos en urgencias , pues el ingreso, canalización, el ingreso del paciente, si tocaba tomarle algunos laboratorios se le tomaban, toma de signos vitales , toma y registro de signos vitales, toma de laboratorios, arreglo de la unidad, desinfección de las unidades, registro de las historias clínicas, notas de enfermería y lo que se presentara, lo que tuviéramos que tener alguno tipo de orden, dependiendo del día a día. **PREGUNTA: (Minuto 11:13)** Estas actividades que usted detalla, son las mismas que estaban detalladas en el contrato de prestación de servicios que usted suscribió. **CONTESTO:** Así es, pues estaba dentro del contrato como prestación de servicios y como las actividades que había como auxiliar de enfermería.”

2.5. De los elementos que configuran una relación laboral

2.5.1. Permanencia de las funciones y desconocimiento de la Ley 80 de 1993

En el proceso no obra prueba que permita establecer que la ejecución de labores de auxiliar de enfermería, propias de la entidad e inherentes a ella, requirieran experiencia, capacitación y formación profesional especial que no pudiera ser atendido por los empleados de planta, por el contrario es claro que las labores que desarrollo la actora son propias de los empleados de planta.

En cuanto al factor permanencia y que la duración de la labor contratada fuera de carácter temporal, resulta de perogrullo que las labores de auxiliar de enfermería son permanentes de una entidad hospitalaria y por demás la relación se prolongó por más de 7 años.

Adicionalmente es claro que en el tipo de labor contratada no es predicable la autonomía e independencia plena de la contratista desde el punto de vista técnico y científico en relación a la obligación legal de seguir protocolos hospitalarios.

Es evidente entonces que la entidad demandada, contrariando la prohibición establecida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 6 del Decreto 1950 de 1973, mediante un contrato de prestación de servicios, otorgó funciones públicas permanentes a la demandante, pues el contrato tenía como objeto la realización de labores de enfermería, que según lo manifestado en el interrogatorio de parte debían ajustarse a las funciones de los auxiliares del área de salud de la entidad, quienes como empleados de planta eran los que ejercían funciones de enfermería, labores que son inherentes al objeto social de la Subred, puesto que se trata de la prestación de los servicios médico asistenciales.

En ese orden de ideas es posible concluir que la actora no cumplía labores especializadas ni disímiles a las prestadas por la entidad, sino que desempeñaba las mismas que el personal de planta, lo que es contrario a lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C 154 de 1997¹⁶, quien al sustentar la exequibilidad de la frase: "cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta", contenida en el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, señaló que al suplir la insuficiencia de personal mediante contratos de prestación de servicios y permitir que al mismo tiempo personal de planta y contratistas realicen idénticas labores en igualdad de condiciones pero con tratamientos laborales distintos, es actuar en desmedro de los contratistas y de la protección especial al derecho al trabajo consagrada en el artículo 25 constitucional.

En ese sentido, como quiera que las funciones que la señora Luz Stella Céspedes ejerció durante su vínculo contractual fueron permanentes e inherentes al objeto social de la entidad, de acuerdo con la sentencia del Consejo de Estado, esta situación refleja la existencia de una relación laboral.

2.5.2. Evidencia de la subordinación

Según lo señalado por el Consejo de Estado, el elemento subordinación está implícito en la labor de una enfermera por lo siguiente:

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

16 Sentencia C 154 de 1997 Norma acusada: Numeral 3o. -parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 "por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa". Actores: Norberto Ríos Navarro, Tulio Elí Chinchilla Herrera, Alberto León Gómez Zuluaga, Carlos Alberto Ballesteros Barón y Germán Enrique Reyes Forero., Magistrado Ponente:, Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, Santafé de Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

subordinada amparable bajo la primacía de la realidad frente a las formas.” ¹⁷
(Subrayado fuera del texto)

De acuerdo a la jurisprudencia, el sólo hecho de que el contrato haya sido suscrito para desempeñar funciones de enfermería, como en el presente caso, da lugar a la existencia de la subordinación, elemento que por sí solo permite definir la presencia de una relación laboral, sin embargo este Despacho ha considerado que puede existir por motivos excepcionales contratos de prestación de servicios donde la falta de autonomía propia de la función contratada, no convertiría la relación en contrato laboral, por ello son los elementos de permanencia de funciones la justificación de la contratación los que llevarían a declarar la existencia del contrato realidad como en este caso de hace.

En cuanto a la manera en como deben indemnizarse los daños, la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 ha señalado:

“Valga aclarar que, la Sala, ha acudido a los honorarios pactados, como punto de partida para la reparación de los daños en este tipo de controversias, siendo este el criterio imperante cuando el cargo desempeñado por el contratista no existe en la planta de personal, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal, dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios, ya que de otra forma se incurría en subjetivismos por parte de la administración, a la hora de definir la identidad o equivalencia con otro empleo existente en la planta de la entidad, con el riesgo de reabrir la controversia al momento de ejecutar la sentencia.

No obstante, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso, las Subsecciones A y B de la Sección Segunda, también han tenido en cuenta, de manera excepcional, como criterio para la reparación del daño, el salario devengado por un empleado de planta de la entidad, en aquellos casos en que se ha demostrado que el empleo desarrollado por el contratista demandante existe en la planta de personal y es desempeñado en igualdad de condiciones que los servidores públicos de planta⁶⁸, o cuando los honorarios pactados son inferiores al salario devengado por un empleado de planta de la entidad con las mismas funciones desarrolladas.”

En el subjudice no fue acreditado por el apoderado de la parte actora que en la planta global de la entidad existiera un mismo cargo cuyas funciones fueran idénticas o similares a las que desarrollaba su poderdante, solamente obra a folio 97 el Oficio del 28 de agosto de 2019, en el que informa el numero de auxiliares área salud, código 412 grado 17, entre los años 2008 al 2015, sin que sea posible detallar sus funciones ni el tipo de códigos y grados de ese cargo que existían en la entidad, por lo que para liquidar sus prestaciones se hace necesario efectuar el calculo tomando como base los honorarios pactados en cada uno de los contratos.

En consecuencia, se declarará la nulidad del acto demandado y se ordenará a la entidad demandada reconocer y pagar a favor de LUZ MARINA ALVAREZ ROMERO el valor de las prestaciones sociales comunes devengadas por los

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B” Consejero ponente: Bertha Lucia Ramirez de Páez rad 25000-23-25-000-2002-04144-01(2384-07).

empleados de planta de la Subred, durante el período que prestó sus servicios, previa determinación de la prescripción.

El Despacho negara la pretensión de pago de sanción moratoria por el no pago de cesantías, pues dicha indemnización procede en los eventos en que las cesantías ya han sido reconocidas, sin que sea viable reclamar la mora cuando precisamente se encuentra en litigio la declaración del derecho a percibirlas; de igual forma no se concederá el pago de perjuicios morales pues no obra prueba de su causación.

En similares términos se negara el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios morales, toda vez que su existencia no fue acreditada con ningún medio probatorio.

Por otra parte, es preciso aclarar que la declaración de la existencia de la relación laboral no implica que la DEMANDANTE obtenga la condición de servidora pública, pues no cumple con los requisitos para el nombramiento y el agotamiento de un proceso de selección que la actora no ha superado. Los pagos que se ordenan en esta sentencia tienen como propósito respetar las garantías Constitucionales relacionadas con "igual trabajo, igual salario", presupuesto derivado del principio de la igualdad.

3. Prescripción

De acuerdo a la sentencia de unificación del Consejo de Estado¹⁸, cuyos apartes se dejaron transcritos en la parte normativa y jurisprudencial de esta providencia, el reconocimiento de la relación laboral solo puede pretenderse dentro de los **tres años siguientes a la terminación del vínculo contractual y si hubo varios contratos** de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado cuya ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, **frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización.**

La unificación se dio en razón a las distintas tesis que se manejaban sobre el momento en el cual la obligación se hacía exigible.

En dicha sentencia se dejó claro que el término de prescripción contemplado en el **artículo 41 del Decreto 3135 de 1968**¹⁹ fue declarado exequible con sentencia C-916/10²⁰, y el **artículo 102 de su Decreto reglamentario 1848 de 1968**²¹ también fue declarado exequible en virtud de la configuración del

¹⁸ Consejo de Estado Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) Actuación **Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5 de 2016**, conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011

¹⁹ Decreto 3135 del 26 de diciembre de 1968, Aclarado por el art. 1, Decreto Nacional 3193 de 1968, "Reglamentada por el Decreto Nacional 1848 de 1969 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.

²⁰ Sentencia C 916 de 2010, expediente D-8137 Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 488 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo, 151 (parcial) del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 41 (parcial) del Decreto 3135 de 1968 y 102 (parcial) del Decreto 1848 de 1969. Actor: Samir Alberto Bonnet Ortiz. Magistrado Sustanciador: Mauricio González Cuervo. Mediante Sentencia C-072 de 1994, esta Corte estudió el artículo 505 del Decreto 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), hoy artículo 488 y el artículo 151 del Decreto Ley 2158 de 1948 (Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.) En dicha ocasión, el demandante argumentaba la violación de los artículos 1, 2, 4, 13, 17, 29, 53, 58, 150, 215 y 229 de la Constitución Política

²¹ Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969, por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968. El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de la facultad que le confiere el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional, subrogado por el artículo 41 del acto legislativo No.1 de 1968.

fenómeno de cosa juzgada constitucional según lo considerado en la sentencia C-072 de 1994²², y por ende es ajustado a la constitución los 3 años de prescripción de derechos laborales a partir de la fecha en que se hizo exigible la obligación, término que solo pueden ser interrumpido por una sola vez con la petición que se formule en dicho tiempo.

En el caso sub examine, se contabilizan los términos para determinar si hubo prescripción de la siguiente manera:

- El ultimo contrato de prestación de servicios (819 de 2015, finalizó el 30 de marzo de 2015), según la certificación expedida por la entidad demandada.
- La petición fue radicada el 09 de marzo 2017 (fls. 3-8), esto es 23 meses después de la terminación del vínculo contractual.
- La entidad se opuso a lo solicitado, mediante oficio OJU -E 577-2017, del 05 de abril de 2017.
- la solicitud de conciliación ante la procuraduría delegada se radicó el 12 de mayo de 2017 y la audiencia se realizó el 06 de julio del mismo año.
- La demanda fue radicada el 10 de agosto de 2017, con lo que se determina que esta fue interpuesta dentro del plazo indicado por el Consejo de Estado.

Por las razones expuestas, teniendo en cuenta la fecha en que fue radicada la petición se declarará que **los derechos anteriores al 09 de marzo de 2014 se encuentran prescritos.**

Lo anterior guarda sustento en la jurisprudencia del Máximo Órgano de lo Contencioso en sentencia de 7 de noviembre de 2018²³, que en un caso similar al que nos convoca en donde no hubo interrupción de los contratos, reiteró la jurisprudencia según la cual los derechos laborales prescriben a los tres años, salvo asuntos pensionales:

*“Como se desprende de lo previsto por el numeral 6 del artículo 180 y el inciso segundo del artículo 187 del CPACA, la excepción de prescripción extintiva de los derechos demandados se puede resolver de oficio por el juez, haya sido o no alegada, si la encuentra probada. En el presente caso se observa que la relación laboral entre las partes concluyó el 29 de febrero de 2012; y que la petición formulada por el demandante al municipio de Pereira para el reconocimiento de la relación laboral y la consecuente condena al reconocimiento y pago de salarios y 2 prestaciones sociales, se formuló el 23 de agosto de 2012, por haber laborado en dicha entidad entre el 29 de febrero del 2004 y el 29 de febrero del 2012. **Lo anterior quiere decir que los derechos laborales que se hubieren causado en favor del demandante con anterioridad al 23 de agosto de 2009 se encuentran prescritos, salvo el derecho al reconocimiento del tiempo servido con efectos pensionales, por lo que se declarará la prescripción extintiva de los mismos.**”*

²² Sentencia No. C-072/94 Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 151 del Decreto Ley 2158 de 1948 (Código de Procedimiento Laboral) y 505 del Decreto 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), hoy artículo 488. Actor: EULOGIO AGUDELO GUEVARA Magistrado sustanciador: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA. Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994)

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 7 de noviembre de 2018, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 66001-23- 33-000-2013-00088-01(0115-14).

En el mismo sentido, en sentencia del 30 de mayo del 2019²⁴ se sostuvo

Problema jurídico 2: ¿Prescribieron los derechos del demandante derivados del contrato realidad, por haberse demandado estos pasados tres años?

Tesis 2: “La Sala advierte que la última vinculación del demandante como celador - vigilante al servicio del municipio de Pereira, se dio en virtud del contrato 1019 de marzo de 2008, cuya duración se pactó por nueve meses, es decir hasta el 29 de diciembre de 2008, y formuló la respectiva solicitud de pago de las prestaciones emanadas del vínculo de carácter laboral el 3 de abril de 2013, lo que significa que los emolumentos que reclama fueron pedidos por fuera de los tres años.

4. Imprescribibilidad de los aportes para seguridad social

En la misma sentencia de unificación que se viene tratando se determinó que los aportes para pensión son imprescriptibles

“(ii) sin embargo, el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión, (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;

(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;

(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, 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 conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva.”

La providencia fue clara en indicar que **la imprescribibilidad se predica en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones**, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

5. Indexación

Las sumas no prescriptas que resulten de la liquidación del restablecimiento del derecho ordenado en esta sentencia se deberán actualizar conforme a lo previsto en el inciso 5º del artículo 187 del CPACA²⁵, bajo la fórmula

$$R = Rh \times \text{Índice Final}$$

²⁴ Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00431-01(0846-15) boletines/221/66001-23-33-000-2013-00431-01

²⁵ Artículo 187. CPACA, inciso 5º “Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.”

Índice Inicial

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por la relación existente entre el Índice Final y el Índice Inicial de precios al consumidor certificado por el DANE a la fecha de la ejecutoria de la presente sentencia. Por tratarse de pagos mensuales, la fórmula deberá aplicarse mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

6. Condena en costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado²⁶, se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo en el que se conjuga la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación procesal adelantada.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la parte actora tuvo que acudir a los servicios de un apoderado, se condenará en costas a la entidad demandada, la que deberá pagar el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente a favor de la parte demandante.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente de lo consignado a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ - SECCIÓN SEGUNDA**, administrando Justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del oficio OJU-E-577-2017 del 05 de abril de 2017, suscrito por la jefe de la Oficina Jurídica de la SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD DEL SUR E.S.E, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. lo siguiente:

- **RECONOCER y PAGAR** a la señora LUZ MARINA ALVAREZ ROMERO las prestaciones sociales a que tenga derecho, causadas con posterioridad al 09 de marzo de 2014 (por prescripción trienal)

²⁶ Sentencia del 24 de octubre 2016, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

tomando como base para realizar la liquidación el valor de los honorarios pactados.

1.1

- **LIQUIDAR y CONSIGNAR** al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliada la ACTORA, las diferencias de las cotizaciones entre lo pagado por la actora y la reliquidación que aquí se ordena, durante todo el tiempo que se mantuvo la relación laboral encubierta en contratos de prestación de servicios, de conformidad con la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: DECLARAR la **PRESCRIPCIÓN** de los derechos causados con anterioridad al 09 de marzo de 2014, salvo los aportes al sistema de pensiones, de conformidad con lo previamente expuesto.

CUARTO: Las sumas que resulten de la liquidación de esta sentencia deberán ser **ACTUALIZADAS** de conformidad con la fórmula señalada en el acápite de indexación, de igual forma se procederá con las sumas que se deben consignar en el fondo de pensiones al que se encuentre afiliada la demandante.

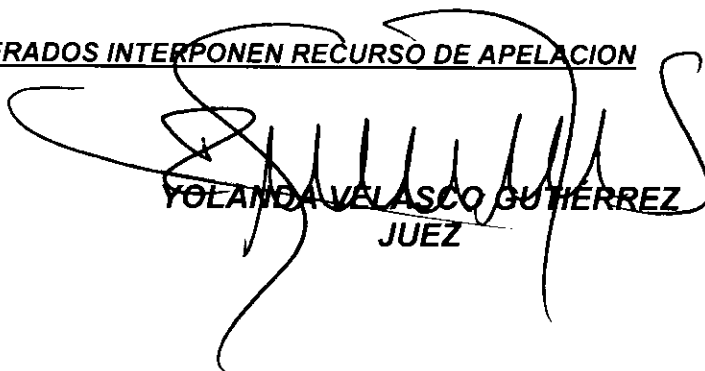
QUINTO: La entidad dará cumplimiento a este fallo en los términos establecidos en los artículos 192 y 195 del CPACA.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada. Fijar como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (\$828.116). **DESTINAR** los remanentes de lo consignado por gastos del proceso a favor del Consejo Superior de la judicatura de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS. Las partes cuentan con el término de ley para interponer recursos.

LOS APODERADOS INTERPONEN RECURSO DE APELACION



YOLANDA VELASCO GUTIÉRREZ
JUEZ

CESAR JULIAN VIATELA MARTINEZ
APODERADO DE LA PARTE DEMANDANTE

CHERYL TATIANA RODRIGUEZ MENJURA
APODERADA PARTE DEMANDANDA

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke.

JOSE HUGO TORRES BELTRAN
SECRETARIO AD HOC