



**JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio Aydée Anzola Linares, piso 4°

Correo: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2016-0399-00
Demandante:	WILSON ENRIQUE LÓPEZ MUÑOZ
Demandado:	SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.

Tema: *Contrato realidad – Enfermero Jefe.*

1. ASUNTO A DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia anticipada que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el inciso primero del artículo 13 del Decreto 806 de fecha 4 de junio de 2020¹ y conforme la siguiente motivación:

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones: El señor **WILSON ENRIQUE LÓPEZ MUÑOZ** por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dirigido contra la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.**, presentó demanda dentro de la cual solicita la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio N° 0174 del 9 de febrero de 2016**², por

¹Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas. caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

² Ver folios 3 a 4 del expediente.

medio del cual la entidad demandada negó el reconocimiento y pago de las todas las prestaciones laborales y sociales dejadas de percibir tales como: cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de antigüedad, prima técnica, recargos nocturnos, prima de vacaciones, compensación en dinero de vacaciones y en general todas las sumas a título de prestaciones sociales, que corresponde a la contraprestación de la labor desempeñada desde el año **2004** al **2013** y en general todas las acreencias laborales.

Asimismo, al pago de los respectivos aportes a seguridad social en todos sus niveles, al pago de las acreencias laborales, prestaciones e indemnizaciones a las que tiene derecho un trabajador de igual o mejor nivel que preste los mismos servicios y pagar las diferencias adeudadas conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, indexación que se ordenara mes a mes por tratarse de pagos de tracto sucesivo.

2.2. Hechos: Tal como lo señaló en la demanda los hechos son los siguientes:

2.2.1 Manifiesta el demandante que desde el 7 de julio de 2004 hasta el 31 de enero de 2013 prestó sus servicios de forma ininterrumpida en el cargo de Enfermero Jefe en el área de urgencias, pediatría, ginecología y medicina interna en la Subred de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. – Hospital de Bosa II Nivel E.S.E., entidad que lo ha venido contratando mediante contratos de prestación de servicios, de manera directa y a través de cooperativas, los cuales han sido objeto de adiciones y prorrogas.

2.2.2 Señaló que la prestación del servicio era de forma personal, pacto de tipo contractual, sometido a horario habitual de lunes a viernes de 7 a.m. a 7 p.m. de manera intercalada y laborar días sábados, domingos y festivos según los turnos asignados.

2.2.3 Igualmente, expresó que a él se le pagaba por los servicios prestados de manera mensual, previa exigencia de contar con las afiliaciones al sistema de seguridad social.

Expresó que durante su trabajo estuvo sometido a subordinación, toda vez que debía cumplir reglamentos, funciones predeterminadas, parámetros, portar carné, fue objeto de llamados de atención, felicitaciones verbales, debía solicitar autorización de sus jefes inmediatos para ausentarse de su lugar de trabajo, en otros aspectos.

2.2.4 Adujo que estaba sometido a un horario fijo, como también tenía asignadas las instalaciones de la entidad, sin poder realizar actividades fuera de estas; se le asignó elementos de trabajo los cuales eran de propiedad del hospital.

2.2.5. Alegó que, con escrito del 29 de enero de 2016, presentó petición ante la entidad demandada, solicitado la declaratoria de la existencia de una relación laboral, así como el correspondiente pago de todas las prestaciones laborales y sociales; la cual fue contestada por el Hospital con el oficio 0174 del 9 de febrero de 2016, en donde la

entidad le niega la solicitud, considerando que no se configuran los elementos de un contrato de trabajo.

2.3. Normas violadas y concepto de violación: Como normas violadas se citan en la demanda los siguientes artículos de la Constitución: 1, 6, 13, 25 y 53 y de rango legal los Decretos 2400 de 1968, 1950 de 1973, 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1919 de 2002 y las Leyes 80 de 1993, 1045 de 1968 y 1437 de 2011.

Adujo que el acto administrativo proferido por la entidad demandada transgrede normas de orden superior, al desestimar de plano y sin fundamento constitucional, el pago de las prestaciones laborales a las que tiene derecho todo trabajador, presentándose un desconocimiento a las garantías y principios que protegen el trabajo como sustento del mínimo vital y la vida en condiciones dignas.

Agregó que la Ley 80 de 1993 prohíbe a las entidades públicas contratar mediante prestación de servicios y solo es procedente en aquellos casos en que se evidencia ausencia de subordinación e independencia del contratista para el desempeño de sus labores, situación que no aplica a los servicios de la salud dado que las funciones que desempeñaba el demandante estaban encaminadas a cumplir con el objeto misional de la demandada y además indica que existían personas de la planta de personal de la entidad que realizaban las mismas funciones que él, por lo que su trabajo tenía vocación de permanencia en el tiempo y no era transitorio.

Expuso que al demandante durante la prestación del servicio se le exigió prestación personal del mismo; de igual manera, se le pago una remuneración como contraprestación del servicio prestado, exigiendo además la afiliación al sistema de seguridad social. Señaló que se desempeñó como enfermero jefe, el cual estaba supeditado a horarios y cronogramas que estableciera el hospital.

En consecuencia, señala que se desvirtúan los presupuestos del contrato de prestación de servicios al configurarse la relación laboral en el presente asunto.

2.4. Actuación procesal: La demanda se presentó el 25 de agosto de 2016³; a través de providencia del 14 de diciembre de 2016⁴ y una vez fue subsanada en los aspectos señalados por el Juzgado, mediante auto del 15 de febrero de 2017⁵ se admitió la demanda de la referencia por encontrar colmados los requisitos para su procedencia; asimismo, el 15 de junio de 2017⁶, fue notificada mediante correo electrónico la parte demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

3 Fl. 25.

4 Fl. 192.

5 Fl. 204.

6 Fls. 211-217.

La parte demandada contestó en tiempo la demanda y propuso excepciones mediante memorial visible a folios 218-227 del expediente.

Cumplido lo anterior, a través de auto de fecha 11 de diciembre de 2017, el Juzgado fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial el día 5 de abril de 2018.

A continuación, el Juzgado llevó a cabo la audiencia inicial el 5 de abril de 2018, en la cual se decretaron pruebas con el fin de resolver la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario⁷ y se fijó como fecha de continuación el día 22 de mayo de 2018.

Cumplida la carga anterior, el 22 de mayo de 2018⁸ se llevó a cabo la continuación de la diligencia y en ella se decidió vincular y notificar como terceros interesados a las cooperativas a las cuales estuvo afiliado el accionante para la prestación de los servicios en el Hospital de Bosa II Nivel E.S.E. La notificación de los terceros interesados se llevó a cabo el 24 de agosto de 2018⁹, una vez la entidad demandada allegó las expensas para llevar a cabo esa actuación procesal, sin embargo, no fue posible la notificación de los terceros, como consta en el informe secretarial que reposa a folio 353 del expediente.

Posteriormente y como quiera que no fue posible la notificación de los terceros interesados, el Despacho en aras de dar celeridad al trámite, mediante auto del 21 de febrero de 2020 y con base en el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado decidió desvincular del trámite a las cooperativas de trabajo asociado, en consecuencia, ordenó la continuación del proceso únicamente contra la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., sin que contra esa decisión se interpusiera ningún recurso por las partes.

Así las cosas, a través de auto del 21 de febrero de 2020¹⁰ se fijó nueva fecha para continuar con la audiencia inicial, la cual efectivamente se llevó a cabo ese día donde se fijó el litigio del caso y se cumplieron las demás etapas que culminaron en el decreto de pruebas documentales y testimoniales, a cuyo efecto, en la misma diligencia se fijó como fecha para la incorporación y practica de las pruebas el día 21 de octubre de 2020, fecha en que se celebró la referida audiencia y se recaudaron las pruebas decretadas.

2.5. LA SINOPSIS DE LA RESPUESTA.

2.5.1. Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. La Subred Integrada de Servicios de Salud E.S.E., por conducto de apoderada judicial, contestó en término la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la misma

⁷ Fls. 311-312.

⁸ Fls. 321-323.

⁹ Fls. 331 a 352.

¹⁰ Fls. 354-355.

aduciendo que no se encuentran respaldadas en la realidad de los hechos, ni se estructuran los presupuestos legales para su prosperidad.

Manifiesta que la parte demandante prestaba sus servicios de manera simultánea tanto en el Hospital Bosa II Nivel E.S.E. como en el Hospital Occidente de Kennedy E.S.E.

Sostiene que deben ser denegadas las pretensiones de la demanda y por ende mantener incólume el acto administrativo demandado, como quiera que no adolece de vicio de nulidad alguno y además estima que no se configuró relación laboral alguna entre los años 2004 a 2010 pues el demandante se vinculó mediante cooperativas de trabajo y no de manera directa con la entidad sino a partir del año 2011 y hasta el año 2013

En síntesis, estima que la vinculación de la accionante se hizo bajo los requisitos establecidos en la Ley 80 de 1993, en un contrato de prestación de servicios que en efecto no configuran los elementos de una relación laboral; por considerar que la contratista celebró contratos de prestación de servicios con la entidad contratante, por periodos cortos bajo el principio de la buena fe, por tal razón no existe una relación laboral como lo pretende hacer ver la parte actora. En su defensa, la entidad demandada propone las excepciones de prescripción y mala fe del demandante, entre otros argumentos por los cuales considera no se debe acceder a las pretensiones de la demanda.

Manifestó que la labor fue consentida y aceptada por el demandante, además explica que este conocía los pormenores de la forma en que estaba siendo contratada y como realizaría su labor, aunado al hecho que no se puede pregonar subordinación laboral por el solo hecho de tener que cumplir ciertas cargas y desempeñar actividades propias para las cuales fue contratada, pues dicha situación deviene del objeto del contrato administrativo y que resulta lógico que la entidad contratante vigile el cumplimiento del contrato sin que ello resulte subordinar a la contratista.

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

2.6.1. La parte demandante: Presentó sus alegatos de conclusión mediante memorial allegado al correo electrónico de este Despacho en la cual ratificó los hechos y pretensiones planteados en la demanda.

En síntesis, solicita al despacho que acceda a las pretensiones de la demanda dando aplicación al principio constitucional que habla de la primacía de la realidad sobre las formas teniendo en cuenta que quedó probado que el demandante trabajo en el Hospital de Bosa desde el año 2004 hasta 2013, de manera continua, como quedó probado en los contratos aportados al plenario. Añadió que la prestación del servicio no se dio con autonomía técnica ni financiera, lo que quiere decir que el servicio requería de los conocimientos intelectuales del actor para el buen y adecuado desempeño de sus funciones como técnico de autorizaciones. Expresó que el demandante debía cumplir

con el horario y parámetros estipulados por la entidad, lo que generó dependencia y subordinación con el hospital hoy transformado en **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.**; debía asistir a capacitaciones, recibía insumos de la entidad para desempeñar sus labores. Además, recibía el pago salario de manera regular, aunado al hecho que existía personal de planta que realizaba las mismas funciones que el demandante, como se pudo probar de la testigo que compareció a la diligencia, es decir, las labores de personal de enfermeros los cuales estaban sometidos a la planeación y procedimientos que definiera la entidad en materia de dispensación de medicamentos e insumos médicos.

Sobre la tacha de parcialidad propuesta contra el testigo Rafael Fernando Duque, estima que no esta llamada a prosperar como quiera que el proceso que este adelantó ya culminó hace más de tres años y no le asiste ningún interés en las resultas del presente asunto. Acota que el hecho que personas que han fungido como contratistas y que se han desempeñado junto con los demandantes los hace ideales para describir la forma en que realizaban las labores y demostrar la configuración de los elementos de la relación laboral.

Finalmente, reitera el hecho que el actor realizaba las actividades dentro del hospital, de forma continua y subordinada, cumpliendo para ello horarios y ordenes de sus superiores, haciendo uso de las herramientas suministradas por el propio hospital y siempre en constante disponibilidad cuando el servicio así lo requería. Sostuvo que el demandante no podía ausentarse de su puesto de trabajo y en caso de tal debía solicitar permisos. Por lo anterior, solicitó que, al estar configurados los elementos de la relación laboral, se proceda a condenar a la entidad demandada a reconocerle a la parte demandante todas las prestaciones sociales a las que tiene derecho.

2.6.2. La parte demandada: Presentó sus alegatos de conclusión mediante memorial allegado al correo electrónico de este Despacho en la cual ratificó los hechos y argumentos de defensa planteados en la contestación de la demanda.

Indicó que en la entidad no existían otras personas que realizaran las labores que desarrollaba el demandante y así lo aceptó el demandante en su declaración. Así las cosas, estima que la autonomía de la voluntad del actor nunca fue limitada, sino que lo hizo de manera libre y voluntaria y jamás le expresó a la entidad su inconformismo frente a la relación contractual.

Sostiene que la labor desempeñada por el demandante era de tal especialidad que no existían otros contratistas o personal de la planta que las realizaran. Por lo tanto, considera que se evidencia la prestación del servicio con conocimientos técnicos especializados en la materia y con los cuales se establece una relación de coordinación, mas no de subordinación para la verificación del cumplimiento del objeto contractual.

Sobre el horario indicó que el demandante no lo cumplía como tal, sino que este debía cumplir con unas obligaciones contractuales que en todo caso la entidad tenía el deber de coordinarlas para que las actividades a realizadas se cumplan con rigor y efectividad, pero ello no implica subordinación o sometimiento.

Así las cosas, solicita que sean denegadas las pretensiones de la demandada al no encontrarse demostrados los elementos de un contrato de trabajo, especialmente el elemento relativo a la subordinación, la cual se trataba en la realidad de una relación de coordinación y su objeto y obligaciones contractuales las realizaba con total independencia.

2.6.3. Concepto del Ministerio Público: La delegada del Ministerio Público ante este Despacho, se abstuvo de presentar concepto en el presente asunto.

3. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 155 numeral 2º y 156 numeral 2º de la Ley 1437 de 2011, este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

3.1. Problema Jurídico: Tal como quedó fijado en la audiencia inicial.

Se debe determinar si hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio N° 0174 del 9 de febrero de 2016**, por medio del cual se le negó a la parte demandante el pago de los salarios y las acreencias laborales derivadas de la existencia de un contrato realidad que existió con la entidad demandada entre los años 2004 a 2013.

Como consecuencia de lo anterior y previa declaratoria del contrato realidad, se debe establecer si el actor tiene derecho a que la entidad demandada le pague las diferencias salariales existentes entre los servicios remunerados por prestación de servicios y todas las acreencias laborales percibidas como Enfermero Jefe al servicio del Hospital de Bosa II Nivel E.S.E. (hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.), entre el 7 de julio de 2004 hasta el 31 de enero de 2013, en igualdad de condiciones de aquellas personas que se encuentran en la planta de la entidad desempeñando las mismas funciones.

De la misma manera si le asiste el derecho a que se ordene a la entidad demanda a que reconozca y pague las diferencias y los aportes destinados a seguridad social en salud y pensión, así como también los valores correspondientes a horas extras, riesgos profesionales, aportes a caja de compensación familiar, indemnizaciones y todas las prestaciones que se deriven de la vinculación que existió entre las partes mientras duró la ejecución de los contratos de prestación de servicios.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: **(i)** La diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral, **(ii)** Línea jurisprudencial del H. Consejo de Estado frente al contrato realidad, **(iii)** La prescripción extintiva de los derechos derivados de la vinculación laboral como realidad **(iv)** De la relación de coordinación en los contratos de prestación de servicios, la subordinación, el elemento medular del contrato realidad, **(v)** Las cooperativas de trabajo asociado y la prueba de la intermediación laboral. Responsabilidad solidaria de los terceros beneficiarios, y **(v)** Caso concreto.

3.2. NORMATIVIDAD APLICABLE AL CASO.

3.2.1. La diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, señala que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades del Estado, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Entre los contratos estatales que establece la norma, se encuentra el de Prestación de Servicio y lo define como aquellos que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, expresando que sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, precisando que en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Por su parte el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 22 define el contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”*

Para que el contrato de trabajo se configure, o se presuma, deben confluir unos elementos que de presentarse simultáneamente dan lugar a la relación laboral, esto es (i) actividad personal del trabajador, (ii) continuada subordinación (iii) y retribución.

La Constitución Política de 1991, en el Capítulo II artículo 125, relativo a la función pública, contempla que:

“(...) no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente” (art. 122 CP.), y seguidamente señala que *“los empleos en los órganos y entidades del Estado son de*

carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley...”

Por consiguiente, la vinculación a la administración para el ejercicio de la función pública puede ser de diferentes clases de acuerdo con el ordenamiento jurídico y según las especificidades propias de las circunstancias, las cuales desde el punto de vista ordinario son: legal y reglamentaria (empleado público) y laboral contractual (trabajador oficial). Sólo en casos excepcionales se vinculará a contratistas para la prestación de sus servicios (relación contractual estatal).

En ese orden, los dos primeros; es decir, el vínculo legal y reglamentario y laboral contractual, obedecen a una relación de índole laboral, por lo tanto, tienen elementos esenciales que los hacen diferentes al estatal de prestación de servicios, por cuanto en ellos se presenta (i) la subordinación al empleador, (ii) la prestación personal del servicio y (iii) el pago de una remuneración.

Contrario sensu, en el contrato de prestación de servicios, la actividad es independiente, puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica, caracterizándose, porque carece del elemento de subordinación laboral o dependencia. Sin embargo, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, por manera que el contrato de prestación de servicios, como lo ha sostenido la Corte Constitucional¹¹ y el H. Consejo de Estado¹², no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales.

En efecto, el contrato de prestación de servicios se funda en el desarrollo de una actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica con respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de ser autónomo en la ejecución de la labor contratada; es decir, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien suscribe un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas.

Por consiguiente, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre un particular y una entidad pública, y se acredita la existencia de los tres elementos propios de todo contrato de trabajo -subordinación, prestación personal del servicio y remuneración-, producto de esto, surge el derecho a que sea reconocida una relación laboral que, en consecuencia, confiere al contratista las prerrogativas de orden prestacional, en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Los contratos de prestación de servicios se permiten en los casos en los cuales la función de la administración no puede ser realizada por personas pertenecientes a la planta de

¹¹ Sentencia C-154/1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara.

¹² Consejo de Estado, secc. 2ª, sub-secc. “B”, sentencia del 25 de marzo de 2010. CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Exp. 1131-09.

la entidad oficial contratante, o por la necesidad de conocimientos especializados, pudiendo ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación continuada, caso en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas.

3.2.2. Antecedentes jurisprudenciales del contrato realidad¹³.

El tema del contrato realidad ha generado importantes debates judiciales. Uno de ellos se dio con ocasión del examen de exequibilidad que realizó la Corte Constitucional al numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público. Después de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de establecer las diferencias con el contrato de trabajo, la Corte señaló que el ejercicio de tal potestad es ajustado a la Carta Política, siempre y cuando la administración no la utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente¹⁴.

Por su parte el Consejo de Estado, en fallos como el del 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente número 0245, con ponencia del doctor Jesús María Lemos Bustamante¹⁵, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son: (i) la prestación personal del servicio, (ii) la remuneración y (iii) en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

Tal consideración se contrapone a la jurisprudencia anterior, en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada en sus actividades para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento subordinación¹⁶.

Así las cosas, se concluye que para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos, pero especialmente que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de esta manera que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

¹³ Este capítulo fue tomado íntegramente de la sentencia proferida el 2 de mayo de 2013 por la Sección Segunda - Subsección A del Consejo de Estado, expediente radicado con el número: 47001 23 31 000 2010 00497 01 (1673-12), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-154-97, M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁵ Radicación número: 18001-23-31-000-1998-00027-01(245-03). Actor: Esther Cruz Olaya. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

¹⁶ Sala Plena del Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

Por el contrario, existirá una relación contractual, regida por la Ley 80 de 1993, cuando: a) se pacte la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública, b) el contratista sea autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, c) se le paguen honorarios por los servicios prestados y d) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar que debe ser restringida a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contrata por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los demás servidores públicos.

Entonces, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados¹⁷.

Bajo las anteriores precisiones se ha concretado el tratamiento jurisprudencial de los contratos realidad, de donde se colige en cuanto a su configuración, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito¹⁸.

En este orden de ideas, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende de la actividad probatoria de la parte demandante según el aforismo "*onus probandi incumbit actori*"¹⁹, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia real dentro de la actividad

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección "A". Sentencia 17 de abril de 2008. Rad No. 2776-05. C.P. Jaime Moreno García; Sentencia del 17 de abril de 2008. Rad. No. 1694-07. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; sentencia del 31 de julio de 2008. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 14 de agosto de 2008. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Radicado No. 3074-2005. C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

¹⁹ La carga de la prueba incumbe al actor.

desplegada de los elementos previamente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta.

Así las cosas, debe revisarse en cada caso las condiciones bajo las cuales fueron prestados 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.

3.2.3. Prescripción de los derechos laborales derivados del contrato realidad e ingreso base de liquidación de las prestaciones a reconocer.

En cuanto a la prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora la sección segunda del Consejo de Estado concluyó sobre su no operancia, en tanto se consideró que su exigibilidad era literalmente imposible con anterioridad a la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo; vale decir, que es a partir del fallo que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y, por tanto, no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo²⁰.

Sin embargo, posteriormente se determinó que, aunque es cierto que desde la sentencia se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a 3 años²¹.

Y seguidamente el Consejo de Estado determinó que el plazo razonable en el que se debe peticionar el pago de las prestaciones derivadas del vínculo laboral es dentro de los 5 años siguientes a la fecha de terminación del último contrato, momento que *mutatis mutandi* puede asimilarse al acto de retiro, acorde con lo estipulado por el artículo 91 del C.P.A.C.A., en armonía con los principios de preclusión, seguridad jurídica, razonabilidad, ponderación y diligencia que deben acompañar las actuaciones de los administrados²².

En este contexto, la Sección Segunda del Consejo de Estado consideró necesario unificar su jurisprudencia al respecto, labor que efectuó a través de la sentencia proferida el 25

²⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13. Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

²² Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 8 de mayo de 2014. Expediente No. 2725-12. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

de agosto de 2016²³, específicamente en lo que atañe a los siguientes aspectos: (i) la prescripción de los derechos laborales reclamados²⁴ y (ii) el ingreso base que ha de tenerse en cuenta para la liquidación de las prestaciones a que haya lugar²⁵.

Así, dicha Corporación fijó en síntesis las siguientes reglas jurisprudenciales:

“i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

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

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

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

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal

²³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

²⁴ Dado que como quedó visto existían tesis encontradas en las salas de decisión de esa sección acerca del plazo prescriptivo, así como del momento a partir del cual debe ser contabilizado.

²⁵ Asunto que no había sido delimitado en un fallo de unificación.

accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados”.

De otra parte, el citado fallo de unificación señaló que *“en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la 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, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio”*. No obstante, en dicha providencia se olvidó establecer el término que se debe tener en cuenta para determinar la pérdida de la solución de continuidad.

Al respecto, en su aclaración de voto el consejero de Estado William Hernández Gómez consideró que para los efectos del requisito de continuidad es dable precisar que tal lapso encuentra referencia en el artículo 10 del Decreto 1045 de 1978, el cual señala 15 días. Previsión que vale recordar, ya había sido tenida en cuenta por esa Corporación en sentencia del 23 de junio de 2016, siendo ponente el magistrado Luis Rafael Vergara Quintero²⁶.

Posteriormente, sobre el tema se dijo lo siguiente²⁷:

“Así las cosas, la línea jurisprudencial en materia de la aplicación de la primacía de la realidad sobre las formas, en los que se debate la existencia de una relación laboral regida en principio bajo la modalidad de contratos de prestación de servicio, no se ha encargado de definir o precisar el término que se debe tener en cuenta para determinar la pérdida de la solución de continuidad, en aquellos contratos de prestación de servicios que se pactan en forma continua y por un tiempo determinado, pero que presentan interrupción en la celebración de uno y otro.

En ese orden, ha considerado la jurisprudencia para algunos casos que, en los eventos donde se presentan interrupciones contractuales en virtud del cual, queda cesante el contratista, habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones sociales sin solución de continuidad siempre y cuando entre la terminación de una orden de servicio y el inicio de la siguiente haya transcurrido un término razonable, sin definir de manera concreta límite temporal

²⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección A. Sentencia del 23 de junio de 2016. Expediente: 680012333300020130017401 (0881-14). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

²⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección B. Sentencia de 4 de mayo de 2017. Radicación número: 08001-23-31-000-2007-00062-01(1736-15). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

alguno. En otra decisión, se estimó que la interrupción presentada no podía ser superior a 15 días²⁸.

Bajo estas consideraciones, el despacho procederá a efectuar el examen probatorio correspondiente, en aras de resolver el asunto sometido a su juicio.

3.2.4. De la subordinación laboral como elemento esencial en la relación laboral y la coordinación o supervisión en las relaciones contractual estatales.

Para acreditar la existencia de una relación laboral, es obligatorio probar los tres elementos referidos en líneas anteriores, pero principalmente, que la persona desempeñe una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de esta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Precisamente uno de los elementos esenciales para la existencia del contrato de trabajo es la *subordinación*, la cual se encuentra consagrada en el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, quien faculta al empleador para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes, en cuanto a modo, tiempo y cantidad, entre otros aspectos que depende de la relación laboral.

De igual modo, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente respecto del concepto de subordinación:

“La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos²⁹”.

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 1993³⁰, establece que la

²⁸ Ver sentencia de fecha 26 de junio de 2016, proferida por la Sección Segunda Subsección A, radicado No 68001-23-33-000-2013-00174-01(0881-14) en la cual, se sostuvo lo siguiente: «... No sucede lo mismo con los contratos 070 de 2005, 020 de 2006 y 029 de 2007, por cuanto entre la finalización de este último (8 de enero de 2008) y la celebración del siguiente, identificado con el No. 25 de 2008 (1 de febrero de 2008), hubo solución de continuidad por presentarse una interrupción del servicio superior a 15 días hábiles, circunstancia que implicaba que el actor dentro del término de prescripción trienal (hasta el 8 de enero de 2011) debía agotar la vía gubernativa para efectos de reclamar el reconocimiento de los derechos prestacionales generados de los contratos previamente citados y así evitar la prescripción trienal del derecho”. (Pie de página original del texto citado entre comillas).

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-386 del 5 de abril de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell)

³⁰ Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

dirección general y la obligación de ejercer control y vigilancia de la ejecución del contrato recaerán en las entidades estatales³¹.

Respecto del tópico de coordinación, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, en sentencia de 6 de mayo de 2015, Magistrado Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, señaló:

“Se 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 reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

Igualmente, agregó que:

“Aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que ab initio se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor.

El sub lite se encuadra dentro de tal circunstancia, pues entre el libelista y la entidad accionada hubo una relación de coordinación, que no permite configurar la existencia de una subordinación, y por tanto, no hay lugar a deducir que en realidad se hubiera encubierto una relación laboral, aun cuando los otros dos (2) elementos, prestación personal del servicio y remuneración si se hallan suficientemente probados en el expediente...” (Sentencia de la Subsección “B”, del 19 de febrero de 2004, Exp. No. 0099-03).

Igualmente lo reiteró en sentencia de 31 de mayo de 2016³²:

“Así las cosas, la subordinación es determinante para diferenciar el contrato laboral del contrato de prestación de servicios, puesto que es la mencionada característica la que fija la independencia del contratista de la administración pública y que no genera el derecho a las prestaciones sociales”.

3.2.5. Subordinación, el elemento medular del contrato realidad.

³¹ Artículo 14^o.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 10. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado...”

³² Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B”, Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.

Tal y como lo ha sostenido el Honorable Consejo de Estado³³, respecto a la subordinación, se ha entendido esta como la aptitud que tiene el empleador para impartirle órdenes al trabajador y exigirle su cumplimiento, para dirigir su actividad laboral e imponerle los reglamentos internos de trabajo a los cuales debe someterse, “todo dirigido a lograr el objetivo misional trazado”

Específicamente, el Alto Tribunal de lo contencioso administrativo, ha mantenido su postura en señalar, que si bien 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 puede incluir diferentes situaciones, que pueden ser un horario, recibir una serie de instrucciones de sus superiores, como también tener que reportar informes sobre las actividades encomendadas; sin embargo, aunque ello no significa, necesariamente, la configuración del elemento subordinación, como ítem propio del contrato realidad, pues, la subordinación se asemeja a la ausencia de independencia del contratista de la administración pública, aspecto que quien invoca el contrato realidad debe demostrar.

En conclusión, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciado.

3.2.6. Cooperativas de trabajo asociado y prueba de la intermediación laboral. Responsabilidad solidaria de los terceros beneficiarios.

Conforme a la Ley 79 de 1988 “*Por la cual se actualiza la legislación cooperativa*”, en el artículo 80 de ese cuerpo normativo se indica que son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus socios para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, puesto que son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía; su objeto social es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno.

Por su parte, el Decreto 455 de 2006 “*Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado*” en sus artículos 16 y 17 establece la prohibición de enviar a los asociados de estas a prestar servicios a personas naturales o jurídicas y si proceden de esta forma, la consecuencia de dicha acción es que se considerará al trabajador como dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo. De otra parte, también está prohibido a estas entidades actuar como empresas de intermediación laboral o disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros beneficiarios, o

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de mayo 31 de 2016. Radicado 05001233300020130081301 (36872014)

proponerlos como trabajadores en misión con el fin de atender labores de estos, o permitir que se generen relaciones de subordinación o dependencia con los contratantes, y en tal caso, los directivos serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.

La conceptualización anterior fue desarrollada por el Consejo de Estado en Sentencia 0330 del 13 de agosto de 2018, con ponencia del Dr. Carmelo Perdomo Cuéter dictada en el expediente N° 23002-23-33-000-2013-00330-01 (1877-2015), Corporación que se apoyó en la sentencia de 27 de abril de 2016³⁴ del mismo Tribunal, la cual indicó:

“(…) En la práctica, el trabajo asociado en algunos casos se ha utilizado como instrumento para escapar a la legislación laboral y así eludir las obligaciones para con los trabajadores dependientes o subordinados. Por ello, el Legislador consagro la prohibición de que las Cooperativas de Trabajo Asociado actúen como empresas de intermediación laboral, dispongan del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o terceros beneficiarios, remitan a los asociados como trabajadores en misión con la finalidad de que atiendan labores propias de un usuario o tercero beneficiario del servicio, o permitan que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes; **y como consecuencia, estableció que el asociado que acuda a estas prácticas se considerara trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo.** De tal manera que el tercero contratante, la Cooperativa y sus directivos serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas generadas a favor del trabajador asociado². Sin perjuicio de que queden incursas en causal de disolución y liquidación y que les sea cancelada la personería jurídica (…).”

En la misma providencia, el Alto Tribunal trajo a colación la sentencia T-442 de 13 de julio 2017 de la Corte Constitucional, en la que ese Tribunal expuso:

“(…) si durante la ejecución del contrato de trabajo asociado, la cooperativa de trabajo asociado infringe la prohibición consistente en que estas organizaciones solidarias no pueden actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de sus asociados para suministrar mano de obra a terceros beneficiarios, o admitir que respecto de sus asociados se susciten relaciones de subordinación, **se debe dar aplicación la legislación laboral, y no la legislación civil o comercial porque bajo estas hipótesis confluyen elementos esenciales que dan lugar a la existencia de un contrato de trabajo simulado por el contrato cooperativo (…)**” (Negrillas del Juzgado)

Ahora, en sentencia del 15 de agosto de 2019 proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez dentro del expediente bajo Radicado No. 66001-23-33-000-2013-00023-02(4783-17), la Corporación hizo un estudio de las Cooperativas y su relación en los contratos realidad, para lo cual señaló:

³⁴ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, fallo de. 27 de abril de 2016, consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández; expediente 66001-23-31-000-2012-00241-01 (2525-14), actor: Jairo Giraldo Valencia, demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA).

“(…) 32. La Sala determinó que dicha figura asociativa “no fue creada por el Legislador para que se desconocieran los derechos de los trabajadores, al punto que, por mandato legal las cooperativas de trabajo asociado que incurran en prácticas deshonestas deben responder ante las autoridades correspondientes”, de tal forma, que el trabajo asociado no puede ser utilizado indebidamente para desconocer o eludir las obligaciones de estirpe laboral con los trabajadores dependientes o subordinados, por ello, la normatividad consagró la prohibición de que las Cooperativas de Trabajo Asociado actuaran como empresas de intermediación laboral, disponiendo del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o terceros beneficiarios.

33. Además concluyó frente a la oportunidad probatoria para demostrar la realidad sobre las formas que “es claro que las cooperativas funcionan bajo los lineamientos de la Ley 79 de 1988, de tal suerte que, cuando el asociado es vinculado con otro ente, pero por órdenes puntuales y estrictas de la Cooperativa así como del tercero, quien alega la configuración o existencia del contrato realidad con aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber probatorio de acreditar el trípode que la legislación consagra para la configuración de una relación laboral.”

Así las cosas, para demostrar la intermediación laboral que se configura entre las Cooperativas de Trabajo Asociado, los asociados y los terceros que se benefician del trabajo del asociado, es necesario demostrar que existieron convenios o contratos suscritos entre estas y los asociados y a su vez entre estos y la entidad o tercero beneficiario del trabajo. Sobre el particular, el Consejo de Estado mediante sentencia del 15 de junio de 2017 de la Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez dentro del expediente con Radicado No. 76001-23-31-000-2011-00898-01 (3186-15), señaló:

“(…) Pues bien, en ese sentido, el **primer supuesto llamado a ser probado para el demandante, es la calidad de afiliado a las cooperativas de trabajo asociado, para lo cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 4588 del 27 de diciembre de 2006⁽¹¹⁾, debió suscribir con el ente cooperativo un acuerdo cooperativo de trabajo asociado, prueba documental ausente en el proceso**, como quiera que no obra respecto de alguna organización cooperativa los aludidos contratos celebrados por el demandante y con los cuales, se acreditaría su condición de cooperado (…)”

Entonces, una vez demostrada la intermediación laboral en los términos señalados en párrafos anteriores, no existe duda que el usuario, entidad o tercero que se beneficia del trabajo de un asociado bajo el uso de esa figura, está llamado a responder por la relación laboral surgida con la parte demandante y las consecuencias económicas que de ella se derivan. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado en sentencia del 19 de mayo de 2018 de la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda – Subsección B con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez dentro del expediente N° 76001-23-33-000-2015-01426-01 (2705-17), en el que explicó la responsabilidad solidaria de la cooperativa de trabajo asociado y del tercero beneficiario en materia salarial y prestacional, de la siguiente forma:

“(...) Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado” (Destaca el Juzgado).

En conclusión, al ser utilizada una cooperativa de trabajo asociado para simular una relación laboral con un tercero, genera una responsabilidad solidaria entre la cooperativa infractora y el tercero contratante, frente a las obligaciones económicas que surjan a favor del trabajador asociado, como consecuencia del encubrimiento de la realidad.

5. CASO CONCRETO: Antes de abordar el caso bajo estudio, se resolverá como cuestión previa la tacha por parcialidad presentada por el apoderado de la parte demandada en la audiencia de pruebas; Resuelto lo anterior, se analizarán los problemas jurídicos, tal como quedaron establecidos en su respectivo acápite.

5.1 Cuestión previa. La tacha es un cuestionamiento que se realiza respecto del testigo, bien por sus calidades personales, bien por sus relaciones afectivas o convencionales con las partes, de modo que su declaración pueda estar influenciada por elementos ajenos a su simple percepción, lo que lo torna en "sospechoso".

Son fundamentos de la tacha, **i)** la inhabilidad del testigo, las relaciones afectivas o comerciales, **ii)** la preparación previa al interrogatorio, **iii)** la conducta del testigo durante el interrogatorio, **vi)** el seguimiento de libretos, **iv)** la inconsonancia entre las calidades del testigo y su lenguaje y **vi)** la incongruencia entre los hechos narrados.

El artículo 211 del C.G.P., norma aplicable en el presente asunto, conforme la remisión del artículo 211 que hace la Ley 1437 de 2011, señala que:

“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 parentesco, dependencias, sentimientos o interés 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”.

Respecto, de la tacha del testigo el Consejo de Estado, en sentencia del 17 de enero de 2012, indicó que los motivos de la tacha deberán ser analizados en la sentencia, sin embargo, la tacha no implica que la recepción y valoración de esta prueba se torne

improcedente, *"sino que exige del juez un análisis más severo para determinar el grado de credibilidad que ofrecen y cerciorarse de su eficacia probatoria³⁵".*

Así mismo, en sentencia de 18 de mayo de 2017, Exp.: 63001233300020130015401(2170-2015) M.P Sandra Lisset Ibarra Vélez , la alta corporación, sostuvo que: “Respecto de los testigos sospechosos, quienes se encuentran en situaciones que afectan su credibilidad e imparcialidad y cuya declaración, si bien puede recibirse, ha de analizarse con severidad, es decir, la norma citada en precedencia no permite que de antemano y solo con la manifestación de tacha se descalifique el testigo y se impida la recepción de la declaración, sino todo lo contrario, una vez rendida la versión jurada deberá ser apreciada con mayor severidad de tal manera que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha, por lo que, la regulación contenida en la disposición prenotada es la manifestación de las reglas de la sana crítica aplicada al ordenamiento procesal”.

Así las cosas, procede el Despacho a resolver la solicitud de tacha presentada por la apoderada de la entidad demandada frente al testigo del señor Rafael Fernando Duque.

En la audiencia de pruebas la apoderada de la parte demandada sustentó la tacha alegando que el testigo le asiste interés directo por cuanto fungió como demandante dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral en contra de la misma entidad con similares hechos y pretensiones a las aquí suscitadas.

Ahora bien, finalizada la exposición de las razones por las cuales se tachó por imparcialidad el testimonio del señor Rafael Fernando Duque, esta Judicatura procederá a resolverla así: analizados los argumentos expuestos y las pruebas obrantes en el expediente, para el Juzgado no hay lugar a que prospere la tacha formulada, por cuanto la sola circunstancia que el testigo fue compañero de trabajo del demandante en el Hospital Pablo VI Bosa por contrato de prestación de servicios y también haya fungido como demandante en otro proceso similar, no conduce necesariamente a inferir que falte a la verdad en su declaración, pues hubo objetividad al momento de establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar bajo las cuales se desarrollaron los contratos de prestación de servicios.

Además, el testigo describió como eran ejecutadas y distribuidas las funciones entre ellos; en otras palabras, quien más que él, (compañero de trabajo y que además le asignaba actividades), el legitimado para indicar el modo como eran desarrolladas las labores encomendadas.

De otra parte, el testigo manifestó que el proceso que adelantó contra la entidad ya culminó hace 3 años, según lo informó en su declaración y el mismo fue favorable a sus

³⁵ Sentencia del 17 de enero de 2012, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Radicación No. 110010315000 201100615 00.

pretensiones y no se indicó que el aquí demandante fuera testigo en ese proceso, razón por la cual no es evidente el supuesto interés en las resultas del litigio que aquí se estudia. En conclusión, el juzgado no encontró contradicción en la declaración rendida por la testigo el día de la audiencia de pruebas.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el artículo 176 del C.G.P. determina que las pruebas deben ser apreciadas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es claro para esta judicatura que lo indicado por la testigo merece credibilidad por cuanto coincide con las pruebas documentales que reposan en el expediente y su versión se refiere, no a conceptos, sino supuestos facticos, que precisamente, por haber sido ella contratista del Hospital de Bosa II Nivel E.S.E. se halla bajo las mismas formas de ejecución de tales contratos y estar sometido a iguales condiciones de ejecución por cuanto ambos se desempeñaron en la misma dependencia y sus labores se interrelacionaban.

Resuelto el punto anterior, pasa a estudiar el Despacho el caso concreto, teniendo en cuenta el material probatorio aportado y las declaraciones recepcionadas el día de la audiencia de pruebas.

Ahora bien, como lo que se debate en esta contienda es determinar si efectivamente existió una relación laboral entre la demandante y el extremo pasivo, se estudiarán por separado los tres elementos, haciendo hincapié en los apartes de los testimonios que son relevantes para probar los requisitos y seguidamente si se cumplió o no.

5.2. De lo acreditado dentro del proceso.

a) Solicitud de acreencias laborales de fecha **29 de enero de 2016**, radicada ante la entidad demandada, por medio de la cual la parte actora solicitó el pago y reconocimiento de todas las acreencias laborales derivadas de una relación laboral, folio 2 del expediente.

b) Respuesta a la petición antes indicada, mediante el **Oficio N° 0174 del 9 de febrero de 2016**, por medio de la cual la Gerente del Hospital de Bosa II Nivel E.S.E. niega el reconocimiento y pago solicitado por la parte actora, visible a folios 3 a 4 del expediente, argumentando, en síntesis, que el actor trabajó en la entidad bajo la modalidad de contratista.

c) Certificación expedida el 31 de enero de 2005 por el Subgerente de Servicios de la Cooperativa Coop intrasalud en la que consta que el señor Wilson Enrique López Muñoz fue vinculado como trabajador asociado en el cargo de **Enfermero** a partir del **7 de julio de 2004** para la ejecución de labores en el Hospital de Bosa II Nivel E.S.E. que reposa a folio 6 del expediente.

d) Certificación expedida el 24 de marzo de 2010 por la Coordinadora de Talento Humano del Hospital Bosa II Nivel E.S.E. en la que consta que el demandante prestó sus servicios como **Enfermero** desde el **7 de julio de 2004** hasta el **30 de abril de 2009** a través de las Cooperativas de Trabajo Asociado Coopitransalud, Nusil, Corpocol, Cootransalud, y Gestión y Calidad Eficiente CTA y a partir del 1° de mayo de 2009 se vinculó directamente al Hospital mediante ordenes de prestación de servicios, como se observa a folio 7 del expediente.

e) Certificación expedida el 22 de octubre de 2013 por la Coordinadora de Talento Humano del Hospital Bosa II Nivel E.S.E. en la que consta que el demandante prestó sus servicios como Enfermero desde el **7 de julio de 2004** hasta el **30 de abril de 2009** a través de las Cooperativas de Trabajo Asociado Coopitransalud, Nusil, Corpocol, Cootransalud, y Gestión y Calidad Eficiente CTA y a partir del 1° de mayo de 2009 y hasta el 31 de enero de 2013 se vinculó directamente al Hospital mediante ordenes de prestación de servicios, según se observa a folio 8 del expediente.

c) A partir del **1 de mayo de 2009**, el señor **WILSON ENRIQUE LÓPEZ MUÑOZ** suscribió distintos contratos de prestación de servicios directamente con la entidad demandada, los cuales reposan en fotocopias auténticas a folios 25 a 161 del expediente y se resumen en el certificado expedido el 9 de marzo de 2016 por la Oficina Asesora Jurídica del Hospital Bosa II Nivel E.S.E. que obra a folio 9 del expediente, de la que se extrajo la duración de cada uno de estos y el valor pactado por concepto de honorarios:

En cuanto a los periodos de contratación, quedó establecido que el demandante laboró para la entidad con fundamento en los siguientes contratos de prestación de servicio, como Enfermero:

Contrato N°	Fecha de inicio	Fecha de terminación	Valor
110/2009	1 de mayo de 2009	31 de mayo de 2009	\$1.876.610
273/2009	1 de junio de 2009	31 de julio de 2009	\$3.753.222
478/2009	1 de agosto de 2009	15 de septiembre de 2009	\$2.814.917
662/2009	16 de septiembre de 2009	15 de octubre de 2009	\$2.189.380
1 adición y prorroga	13 de noviembre de 2009		\$938.305
886/2009	16 de octubre de 2009	15 de noviembre de 2009	\$1.876.611
1051/2009	1 de diciembre de 2009	15 de enero de 2010	\$2.814.916
AS-81/2010	16 de enero de 2010	16 de mayo de 2010	\$7.505.444
AS-226/2010	16 de mayo de 2010	30 de junio de 2010	\$2.814.917
1 adición y prorroga	1 de julio de 2010	15 de julio de 2010	\$938.305
AS-403/2010	15 de julio de 2010	31 de agosto de 2010	\$2.852.450
AS-560/2010	1 de octubre de 2010	30 de noviembre de 2010	\$3.828.228
AS-708/2010	1 de diciembre de 2010	15 de enero de 2011	\$2.871.216
AS-56/2011	16 de enero de 2011	15 de febrero de 2011	\$1.914.144
AS-202/2011	16 de febrero de 2011	15 de marzo de 2011	\$1.914.144

AS-348/2011	16 de marzo de 2011	30 de abril de 2011	\$2.871.216
AS-494/2011	1 de mayo de 2011	30 de junio de 2011	\$3.828.288
AS-634/2011	1 de julio de 2011	31 de julio de 2011	\$1.914.144
AS-776/2011	1 de agosto de 2011	30 de septiembre de 2011	\$3.828.288
AS-914/2011	1 de octubre de 2011	30 de octubre de 2011	\$1.914.144
AS-1041/2011	1 de noviembre de 2011	30 de noviembre de 2011	\$1.914.144
AS-1179/2011	1 de diciembre de 2011	30 de diciembre de 2011	\$1.914.144
AS-1326/2011	1 de enero de 2012	31 de enero de 2012	\$1.914.144
AS-15/2012	1 de febrero de 2012	29 de febrero de 2012	\$1.914.144
AS-247/2012	1 de marzo de 2012	15 de abril de 2012	\$1.914.144
AS-389/2012	16 de abril de 2012	31 de mayo de 2012	\$1.914.144
AS-530/2012	1 de junio de 2012	30 de junio de 2012	\$1.914.144
AS-673/2012	1 de julio de 2012	31 de julio de 2012	\$1.914.144
AS-745/2012	1 de agosto de 2012	31 de agosto de 2012	\$1.914.144
AS-573/2012	1 de septiembre de 2012	31 de octubre de 2012	\$3.828.288
AS-1022/2012	1 de noviembre de 2012	5 de enero de 2013	\$4.147.312
AS-61/2013	6 de enero de 2013	31 de enero de 2013	\$7.337.552

Los anteriores contratos y sus prorrogas figuran como parte del expediente y en ellos se describen las funciones a realizar por el demandante.

d) Informes de cumplimiento de las actividades desempeñadas por el demandante en los meses de abril, mayo, junio, julio, octubre y noviembre de 2012 correspondientes a la parte demandante suscrito por el Coordinador de Urgencias del Hospital Bosa II Nivel E.S.E. en los que constan las funciones que realizó al interior del Hospital en los periodos señalados y que figuran a folios 19 a 24 del expediente.

e) Extracto del Acuerdo N° 013 del 3 de junio de 2013 expedido por el Hospital Bosa II Nivel E.S.E. que contiene el manual específico de funciones y competencias laborales del cargo de Enfermero Profesional de la planta de personal de la entidad que reposa a folios 10-11 del expediente.

f) Del testimonio rendido por el señor **Rafael Fernando Duque**, así como del interrogatorio surtido por el demandante señor **Wilson Enrique López Muñoz** se evidencia que a este se le hacía el respectivo seguimiento al cumplimiento de las funciones descritas en los contratos celebrados con la entidad demandada, donde además se estipularon las obligaciones a las que estaba sometido y las que efectivamente acreditaba cumplir durante la vigencia de cada uno de los contratos prestación de servicios celebrados.

- **De la prestación personal del servicio.**

De las pruebas documentales que reposan en el plenario, el testimonio y el interrogatorio de parte recaudados a los señores **Rafael Fernando Duque** y **Wilson**

Enrique López Muñoz se extrae que el demandante ingresó a prestar sus servicios como Enfermero Jefe desde el año 2004 hasta el 2013 y sus funciones las desempeñaba de manera personal en las instalaciones del Hospital de Bosa II Nivel E.S.E., en consecuencia, no podía realizar delegaciones de sus funciones en otros funcionarios o contratistas que prestaran sus servicios en dicha entidad. Sobre este aspecto el señor **Rafael Fernando Duque** afirmó en su declaración haberse desempeñado en el mismo Hospital como Médico de la especialidad de Ginecología, por lo cual compartió espacio y funciones con el demandante durante el tiempo de ejecución de los contratos.

Asimismo, el testimonio y el interrogatorio dan cuenta que el actor cumplía horario de trabajo nocturno de 7 p.m. a 7 a.m. día intermedio, sometido a la organización de los turnos que realizaba la coordinadora del servicio, incluidos fines de semana y festivos, según la organización interna que se le comunicara.

Sobre este elemento de la relación laboral no existe duda ni la entidad se opuso al mismo.

- **De la Remuneración.**

Sobre este aspecto el testimonio y el interrogatorio coincidieron en que la entidad le exigía al demandante contar con una cuenta de ahorros bancaria donde se consignaba de manera mensual los honorarios pactados por la realización de sus labores y que tenía como exigencia previa acreditar los pagos correspondientes a seguridad social en salud y pensión.

De otra parte y como se indicó en el literal c) de pruebas de esta sentencia, reposa una certificación expedida el 9 de marzo de 2016 por la Oficina Asesora Jurídica del Hospital Bosa II Nivel E.S.E. que obra a folio 9 del expediente, en la que se verifica que la entidad le fijó al demandante una retribución mensual por los servicios prestados como Enfermero Jefe, los cuales eran cancelados de manera mensual, según las manifestaciones del testigo y el propio demandante.

Así las cosas, este elemento de la tampoco fue discutido por la entidad demandada, por lo que no existe duda que el actor percibía como contraprestación de sus servicios unos honorarios pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios, lo que permite concluir la concurrencia del segundo elemento del contrato de trabajo, es decir, la remuneración.

- **De la subordinación.**

Siguiendo este hilo conductor, el presente requisito es el que marca jurídicamente la diferencia entre un contrato de prestación de servicios y uno laboral, según lo indicado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Tal como se expuso en el acápite normativo y jurisprudencial de la presente sentencia una cosa es la relación de coordinación que debe existir entre el contratista y la entidad a través del supervisor o interventor del contrato, y otra muy distinta es la relación de subordinación o dependencia que la entidad imponga al contratista de modo que afecte la autonomía e independencia que este debe tener durante la ejecución del contrato.

En el caso *sub exánime*, bastaría para condenar el reconocimiento de la relación laboral tener como pruebas las funciones desarrolladas por el demandante en el antiguo **Hospital de Bosa II Nivel E.S.E.** (hoy Subred Integrada de Servicios Sur Occidente E.S.E.) como *Enfermero Jefe* las cuales cumplió de manera reiterada e ininterrumpida por varios años, sin embargo, el Despacho también pone de presente que del testimonio rendido por el señor **Rafael Duque** y el interrogatorio de parte del señor **Wilson Enrique López Muñoz** se evidencian elementos que hacen concluir al despacho que durante toda la relación laboral de la demandante con la entidad, efectivamente existió subordinación.

Así, el señor **Rafael Duque**, afirmó haberse desempeñado en el mismo Hospital como Médico especialista en Ginecología y en su declaración expuso de manera amplia las funciones que el demandante realizaba como enfermero jefe en distintas dependencias del Hospital. Indicó que el señor López Muñoz realizaba funciones propias de los jefes de enfermería tales como revisar el estado de los pacientes, toma de signos vitales, entrega de informes de estado, suministrar medicamentos, cumplir órdenes de los médicos que se encontraran en el servicio, entre otros. También sostuvo que cumplía funciones de tipo administrativo y de organización del personal de Auxiliares de Enfermería.

También sostuvo el señor Duque que el demandante recibía ordenes directas del Coordinador que estuviera asignado al turno en que él se encontrara laborando e incluso el mismo como médico ginecólogo le impartía ordenes verbales y escritas en las historias clínicas de los pacientes que eran tratados por este. Expresó que el demandante rotaba por distintos servicios del Hospital (urgencias, hospitalización, maternidad, ginecología, etc), por lo que dependiendo del servicio donde se encontrara recibía ordenes de distintas personas tales como los coordinadores de áreas y médicos a cargo y cuando estaba de turno específico en el área de maternidad y de ginecología también recibía ordenes suyas sobre procedimientos a practicar a pacientes, suministro de medicamentos y en general lo que le correspondía como jefe de enfermería del turno.

Asimismo, el señor Duque sostuvo que laboraba junto al demandante en turnos de lunes a viernes y fines de semana, incluidos festivos, conforme a las lista y planillas que eran publicadas en las instalaciones de la entidad y para efectuar un cambio de turno le correspondía diligenciar por escrito esa solicitud, la cual era autorizada por el Jefe del Área de Enfermería de turno y sino asistía en alguna de las fechas programadas a prestar el servicio, era objeto de llamados de atención verbales de Por su parte, la señora María del Rosario Rojas señaló en su declaración que resultaba forzoso asistir a las

capacitaciones que brindaba la entidad al personal que, hacia parte tanto de la planta como contratistas sin distinción alguna, para lo cual debían firmar una planilla de asistencia y el hecho de no acudir acarrearía llamados de atención verbales por parte de los empleados que fungían como superiores de la demandante.

De igual forma, manifestaron tanto el señor **Rafael Duque** como el demandante que existían empleados de planta que realizaban las mismas funciones que el demandante y que no existía un trato diferencial en cuanto a ordenes, turnos, unciones y tareas asignadas, sino únicamente en la parte prestacional, dado que los empleados de la planta eran acreedores de las prestaciones sociales y acreencias laborales inherentes a su condición, como el disfrute de vacaciones y pago de primas.

Entonces, al confrontar el testimonio y el interrogatorio que obran como prueba dentro del expediente, junto con las pruebas documentales aportadas, se pudo constatar que, en el caso concreto, está plenamente demostrada la subordinación por cuanto el demandante debía:

- (i) Cumplir turnos que le eran asignados en horario de lunes a viernes, fines de semana y festivos de 7 p.m. a 7 a.m., según las necesidades que requiriera el servicio, tiempo en el cual el demandante compartió actividades con el testigo, quien a su vez por tener mayor jerarquía dentro de la organización del Hospital (Médico Ginecólogo), recibía órdenes directas de este, además de las impartidas por los Coordinadores y Jefes de las áreas donde estuviera prestando el servicio, por lo que sus actividades se interrelacionaban y mantenían contacto permanente y coordinado.
- (ii) Durante la ejecución de los turnos contaba con jefes y coordinadores, según el área donde se encontrar y la necesidad del servicio, quienes le impartían ordenes respecto de su cargo y verificaban el cumplimiento de las labores que debía realizar durante el horario de trabajo. Tales ordenes eran de manera verbal o escrita en las historias clínicas, como lo afirmo el señor Rafael Duque en su declaración.
- (iii) El demandante, en su calidad de Enfermero Jefe no podía ausentarse de su lugar de trabajo sin informar a sus superiores y para ello debía comunicarlo para obtener aprobación, toda vez que durante su turno era la única persona que realizaba su labor (enfermero jefe) y si se ausentaba ocasionaba afectación en el normal desarrollo de las funciones misionales de la entidad.
- (iv) El demandante no tenía autonomía en el desarrollo de sus labores, pues todo el tiempo recibía órdenes de los coordinadores, médicos o jefe de área y estaba sometido todo el tiempo a las directrices internas y protocolos que le imponía la entidad, como el porte del carné que lo identificara.

- (v) El señor Rafael Duque señaló que, aunque no compartían espacio toda la jornada de trabajo, dado que el demandante rotaba por distintas dependencias del Hospital, su trabajo se complementaba con el de este en el sentido que le impartía ordenes para las actividades en el área de ginecología y las atenciones que requerían los pacientes que acudían al hospital para esta especialidad debían ser coordinados entre ambos.

Como se pudo verificar, el demandante más allá de una relación de coordinación, se encontraba sometido a cumplir las funciones suscritas en los diferentes contratos entre ellas, por ejemplo las que se observan en el Contrato N° 110 de 2009 (fls. 25-28): “1. Distribuir y asignar actividades y tareas inherentes a la atención del paciente, teniendo en cuenta la preparación, el tratamiento y las habilidades del personal para brindar un óptimo cuidado. 2. Realizar actividades de cuidado directo a los pacientes, manejo de su condición clínica en todos los casos de hospitalización o ambulatorias a su cargo, demostrando la correcta aplicación de un procedimiento, utilización de un equipo o empleo de una técnica. (...) 4. Analizar y reportar signos de alarma presentado por los pacientes a su cargo (...) 7. Informar oportunamente al médico tratante, sobre situaciones de emergencia y riesgos que observe del paciente, familiar, comunidad y ambiente (...) 11. Realizar evaluación periódica del desempeño del personal a su cargo e informar oportunamente las deficiencias en este, para la elaboración del plan institucional de capacitación (...)” y según se desprende de cada uno de los contratos de prestación de servicios que suscribió el demandante con la entidad accionada.

Ahora bien, verificado el manual específico de funciones competencias laborales adoptado por el Hospital de Bosa II Nivel E.S.E. mediante el Acuerdo N° 013 del 3 de junio de 2015, se observa que en la planta de personal existe el cargo de Profesional Enfermero (Enfermero Jefe) Código 243, Grado 19 y cuyas funciones son “(...) Prestar el servicio de enfermería poniendo a disposición del individuo, familia y la comunidad todos los conocimientos, habilidades y destrezas, para prevenir, mantener y mejorar las condiciones de salud del individuo, familia y comunidad (...) 1. Realizar actividades de Enfermería general en promoción y prevención, según su área de desempeño de conformidad con los lineamientos y políticas institucionales establecidas. 2 ejecutar con el personal del servicio de enfermería, del paciente, de acuerdo a los protocolos y procedimientos establecidos, con la calidad y oportunidad requeridos. 3. Diligenciar las historias clínicas de acuerdo con los criterios establecidos en la normatividad vigente en la materia. (...) 6. Realizar la notificación obligatoria de los eventos de conformidad con el procedimiento establecido (...)”; igualmente cotejado con el testimonio y el interrogatorio de parte recepcionados el día de la audiencia de pruebas, se desprende que, si bien, no se describieron de maneras exacta las funciones como están establecidas en los diferentes contratos y el manual de funciones citado, si fueron claras en señalar que el demandante realizaba labores propias de un Jefe de

Enfermería que fueran requeridos por los pacientes y usuarios de la entidad, así como funciones inherentes a esta actividad.

No obstante, como las pruebas se deben valorar en sus conjunto, de las documentales, las cuales se reseñaron en el acápite probatorio, se pudo establecer con exactitud que cada una de las labores desempeñadas por el actor en el hospital eran evaluadas, bajos los ítems de productividad, calidad, conducta laboral, entre otros, y para ello se suscribían informes de cumplimiento de actividades, como los que reposan a folios 19 a 24 del expediente, aspectos que eran valorados por los coordinadores o jefe del momento; con esto, para señalar que todas y cada una de las actividades del señor López Muñoz, eran supervisadas por un coordinador.

Tal como se pudo verificar de los contratos suscritos por el demandante que obran en el expediente y que no fueron objetados por la parte demandada, y para ello era indispensable que el demandante acatará los horarios asignados por el hospital de Bosa II Nivel E.S.E., así como estar disponible cuando las funciones propias del servicio lo requirieran y en efecto, estaba plenamente subordinado a las instrucciones impartidas por la entidad en cuanto al modo, tiempo y horarios establecidos, con lo cual se desvirtúa que el actor tenía la autonomía e independencia para desarrollar el objeto de los contratos de prestación de servicios.

Así mismo, quedó demostrado que la entidad contrataba al demandante bajo la modalidad de contratos de suministro de servicios porque en la planta de personal no se encontraban los cargos suficientes para desarrollar las funciones de la entidad, o sea, para cumplir funciones permanentes y misionales de la entidad.

En este orden de ideas, también quedó probado que en el Hospital de Bosa II Nivel E.S.E. existía cargos de Enfermeros Jefes de planta que ejercían las mismas funciones que el demandante, tal como quedo descrito en el cuadro comparativo por tanto, este en su condición de contratista cumplía las mismas funciones que un *jefe de enfermería* de planta de la entidad cumpliendo de forma permanente y personal las actividades en el servicio de salud, para las cuales por expresa disposición legal, está prohibida la celebración de contratos de prestación de servicios con la administración, menos aún si se tiene en cuenta que la vinculación del demandante no fue para suplir actividades transitorias, sino que la misma perduró durante más de 9 años, desde el 2004 al 2013, tal como quedó probado con los contratos celebrados entre el actor y la entidad demandada.

Entonces, el Hospital de Bosa II Nivel E.S.E. (Hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.) al ser una Empresa Social del Estado que presta los servicios de salud (artículos 194-197 de la Ley 100 de 1993), para el desarrollo de su función permanente requiere de jefes de enfermería destinados a las distintas áreas de la entidad, cargos que en efecto están creados en la planta de personal y que también desempeñaba el demandante en calidad de contratista, lo cual no era procedente por el

carácter de permanente de las labores ejercidas, de modo que el demandante dejó de ser contratista y se convirtió en una persona que desarrolló sus actividades bajo la realidad de sucesivos contratos laborales.

En este orden de ideas, a la presente controversia le es aplicable el principio de “la primacía de la realidad sobre formalidades”, pues es indudable que la parte demandante se encontraba en las mismas condiciones de los empleados de planta, en tanto desempeñaba personalmente la labor, en un cargo que revestía la característica de permanente, aspectos que demuestran que el actor estaba sujeto a subordinación y dependencia.

Ahora bien, es importante aclarar que la Sección Segunda del Consejo de Estado en reiteradas ocasiones ha señalado que la figura del contrato realidad, se aplica cuando se logra probar la continua prestación de los servicios personales remunerados, “propios de la actividad misional de la entidad contratante”, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales

Para esta Judicatura es claro que la continuidad en la prestación de los servicios de enfermería del señor **WILSON ENRIQUE LÓPEZ MUÑOZ** le brinda un carácter de permanente, de lo que se puede colegir que sus servicios no eran propios de un contrato de suministro de servicios sino de una relación laboral entre las partes.

La excepción prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que permite la celebración de contratos de prestación de servicios no autoriza que las entidades del Estado a través de esta modalidad de vinculación desconozcan el pago de las prestaciones sociales y demás obligaciones de carácter laboral que la Constitución y la ley han consagrado a cargo de los empleadores, máxime cuando la relación laboral entre las partes se extendió por más de 9 años.

Además, es importante traer a colación, lo señalado por nuestro Tribunal de cierre en lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 7 de marzo de 2019, radicado 2014-00876/2736-2016, M.P Gabriel Valbuena Hernández, que respecto de las enfermeras Jefe señaló: *“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 que horario, es más, su labor de coordinación de las demás enfermeras y la obligación de suministro de medicación y vigilancia de los pacientes no puede ser suspendida sino por justa causa, previamente informada, pues pondría en riesgo la prestación del servicio de salud, o sea, que existe una relación de subordinación. En otras palabras, como ya lo ha señalado esta corporación dada la naturaleza de las funciones se puede deducir la existencia de una prestación de servicios de forma subordinada amparable bajo la primacía de la realidad frente a las formas”*.

Empero, es importante precisar que como se indicó en el acápite de normas y precedente jurisprudencial aplicable, el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir al demandante la condición de empleado público, puesto que dicha calidad no se otorga por el sólo hecho de trabajar para el Estado, sino que la misma se adquiere en las formas establecidas en la ley para ello (mediante concurso de méritos para acceder a la carrera administrativa, en provisionalidad, entre otras formas contempladas en la ley para tal fin).

Como consecuencia de lo anterior, se declarará la nulidad del **Oficio N° 0174 del 9 de febrero de 2016**³⁶, expedido por la Gerencia del Hospital de Bosa II Nivel E.S.E. hoy **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.**, en cuanto negó la existencia de una relación laboral entre ese establecimiento público y el demandante, desde el **7 de julio de 2004** hasta el **31 de enero de 2013**, salvo sus interrupciones.

5.3. De la responsabilidad solidaria de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. por haber contratado al demandante a través de Cooperativas de Trabajo Asociado.

Como quedó establecido en el acápite normativo de esta sentencia, el uso de la figura de la intermediación laboral a través de Cooperativas de Trabajo Asociado para encubrir una relación laboral entre el asociado y el tercero que se beneficia, genera una responsabilidad solidaria entre la cooperativa infractora y el tercero contratante, frente a las obligaciones económicas que surjan a favor del trabajador asociado, como consecuencia del encubrimiento de la realidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, es el acreedor quien decide si demanda a uno o a todos los obligados a satisfacer la obligación, es decir, el que deberá responder por la totalidad de la prestación, independientemente de las obligaciones que se generen entre los deudores.

Así las cosas, para el Juzgado es claro que en el caso bajo estudio quedó demostrado que el demandante en su calidad de asociado a las Cooperativas de Trabajo Asociado Coopitransalud, Nusil, Corpocol, Cootransalud y Gestión y Calidad Eficiente CTA, laboró en el Hospital de Bosa II Nivel E.S.E. desde el 7 de julio de 2004 hasta el 30 de abril de 2009, bajo las órdenes impartidas por dicha entidad de salud y a partir del 1° de abril de 2009 y hasta el 31 de enero de 2013 la contratación fue directa, como se desprende de las certificaciones que figuran a folios 6 a 8 del expediente expedidas entre otros, por la Oficina Jurídica de la propia entidad, por lo cual, tanto las cooperativas, como el Hospital son responsables de responder por los emolumentos laborales del actor, pero en este caso esa carga la debe asumir la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., como quiera que en virtud de su potestad de elección, la

³⁶ Ver folios 3 a 4 del expediente.

parte demandante optó por demandar únicamente a esa entidad, situación que en nada impide que el ente accionado asuma las responsabilidades por la conducta desplegada en detrimento del trabajador, en virtud de la solidaridad laboral antes explicada.

5.4. De la suscripción de contratos de prestación de servicios con distintas entidades públicas.

Indica la entidad demandada que la parte actora concomitantemente a los contratos de prestación de servicios que ejecutó con el Hospital de Bosa II Nivel E.S.E. entre los años 2004 y 2013, también suscribió otros contratos con el Hospital Occidente de Kennedy III nivel E.S.E. entre los años 2010 y 2016, esta situación no es óbice para negar las pretensiones de la demanda, ni desvirtúan la configuración de la relación laboral que existió entre la demandante y la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., puesto que no existe prueba de que éstos últimos contratos se hayan ejecutado en el mismo horario o días en que el accionante prestaba los turnos de enfermero jefe en el Hospital de Bosa II Nivel E.S.E., por el contrario, el accionante así lo reconoció y afirmó en su declaración que tales actividades se desarrollaron durante los días intermedios de descanso que le otorgaban en el Hospital de Bosa II Nivel E.S.E.

Además, conforme al concepto N° 20136000056231 rendido el 17 de abril de 2013 por la Directora Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública en el que esa entidad resolvió una consulta relacionada con que un profesional de la salud podía suscribir varios contratos de prestación de servicios con entidades del estado, indicó que no existe ningún impedimento para realizarlo.

Al respecto sostuvo el mencionado concepto:

“(...) los empleados que desempeñen funciones en el área asistencial de la salud (prestación directa de servicios médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, así como a los servicios paramédicos y medios auxiliares de diagnóstico y tratamiento, conducentes a conservar o restablecer la salud de los pacientes), se encuentran dentro de la excepción señalada por la Constitución y regulada por la Ley 4 de 1992, de modo que no habrá impedimento legal para que un profesional del área de la salud que presta sus servicios a una Entidad del Estado, se vincule con otra institución pública o con la misma, cualquiera sea la modalidad de su relación (...)

(...)

Respecto a si un particular puede tener varios contratos de prestación servicios en una entidad, el Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación No 1344 de mayo 10 de 2001, Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, relativo al artículo 128 de la Carta Política, expresó: “... los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la ley 4a de 1992, no son aplicables al particular que celebra contratos con una entidad estatal. No sobra advertir, que no existe norma que establezca incompatibilidad al respecto por lo que, conforme al artículo 6° constitucional, al particular contratista sólo le es exigible la responsabilidad ante las autoridades por

infringir la Constitución y la ley, en los términos que ellas señalen, circunstancia que impide, por lo demás, toda aplicación analógica o extensiva de las prohibiciones establecidas para los servidores públicos. Por lo demás, el artículo 8° ibídem regula lo relativo a las inhabilidades e incompatibilidades para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales. Estas mismas razones explican la inexistencia de incompatibilidad para que una misma persona natural celebre más de un contrato de prestación de servicios.”

De acuerdo a lo expresado por el Consejo de Estado y lo establecido en la Ley 80 de 1993, no existe norma que limite la celebración de contratos de prestación de servicios a una misma persona natural durante un mismo lapso o que las inhabilite para suscribir más de un contrato de prestación de servicios. Por tal motivo, en criterio de esta Dirección Jurídica, una persona natural puede suscribir uno o más contratos de prestación de servicios con la Administración Pública, siempre y cuando esté en capacidad de cumplir a cabalidad los objetos previstos en ellos.

5.5. De pago de las prestaciones sociales en el contrato realidad.

Adicional a lo anterior, la jurisprudencia del máximo Tribunal Contencioso Administrativo ha sostenido que cuando el objeto del contrato versa sobre el desempeño de funciones de carácter permanente y en el proceso se demuestra que hubo subordinación o dependencia respecto del empleador, surge el derecho al pago de prestaciones³⁷, porque de lo contrario se afectan los derechos del trabajador.

De conformidad con lo planteado por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 en los casos de los contratos de prestación de servicios que ocultan una relación laboral respecto al pago de prestaciones sociales son procedentes siempre y cuando no opere la prescripción extintiva, como se pasa a estudiar.

5.6. De la prescripción.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en precedencia y que el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación³⁸ citada, estableció de manera específica la regla jurisprudencial respecto a la cual, quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y en consecuencia exija el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de (3) tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

Ahora bien, pese a que la demandante reclama la declaratoria de la relación laboral y con ello el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan entre los años

³⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Nicolás Pájaro Peñaranda, sentencia de 18 de noviembre de 2003, expediente: IJ-0039, actor: María Zulay Ramírez Orozco.

³⁸ C.E., SCA, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016 Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter, Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

2004 a 2013, lo cierto es que el Juzgado adoptará la decisión con base en las pruebas que reposan en el expediente y las que fueron recaudadas en el trámite del mismo.

Entonces, según lo probado en el proceso y las certificaciones expedidas por la entidad demandada que reposa a folios 8 y 9 del expediente, la parte actora inició su relación contractual con la entidad a partir del **7 de julio de 2004**, mediante la intermediación de las Cooperativas de Trabajo Asociado Coopintransalud, Nusil, Corpocol, Cootrasalud y Gestión y Calidad Eficiente CTA y mantuvo su vínculo con el Hospital con sendos contratos de prestación de servicios³⁹ que se renovaron de manera ininterrumpida hasta el 31 de agosto de 2010, fecha en que se presentó una interrupción en las contrataciones y luego volvió a ser vinculado a partir del **1° de octubre de 2010**, por lo tanto de acuerdo con la sentencia de unificación antes transcrita se debe analizar el vínculo y determinar si operó o no el fenómeno de la prescripción, teniendo en cuenta que el señor **WILSON ENRIQUE LÓPEZ MUÑOZ** presentó reclamación ante el Hospital de Bosa II Nivel E.S.E. (hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.), solo hasta el **29 de enero de 2016**.

En atención a que la vinculación del actor fue discontinua, ya que existió una interrupciones entre uno y otro contrato, y teniendo en cuenta la fecha en que formuló la respectiva solicitud, las prestaciones sociales a las que tiene derecho son las derivadas del contrato N° AS-560/2010, que fue celebrado a partir del 1° de octubre de 2010, con la advertencia que las prestaciones adeudadas al accionante se deben liquidar **sólo a partir de esa fecha (1° de octubre de 2010) y hasta el 31 de enero de 2013**, por prescripción trienal, pues en dicho periodo no se presentó solución de continuidad superior a 15 días entre la finalización de un contrato y el inicio, prórroga o adición del otro, como sí sucedió entre la terminación de los contratos suscritos desde el 7 de julio de 2004 hasta el 31 de agosto de 2010, tal como se expuso anteriormente.

Así, según se demostró, la reclamación ante la entidad solo se presentó el **29 de enero de 2016**, esto es, por fuera de los 3 años señalados como término de la prescripción extintiva, por lo tanto, no es factible conceder los emolumentos prestacionales derivados de los contratos celebrados con anterioridad a dicha calenda, vale decir, antes del 1° de octubre de 2010. En virtud de ello, se declarará parcialmente probada la excepción de prescripción extintiva.

Pese a lo expuesto, debe recordarse que el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión, tal como se explicó en la sentencia de unificación referenciada⁴⁰:

“(…) 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

³⁹ Se advierte además que, en algunos casos, dichos contratos se renovaban sin que hubiera solución de continuidad, es decir, sin que transcurriera una interrupción superior a 15 días, pero en otros casos sí se evidenció por parte del despacho que hubo solución de continuidad por transcurrir un lapso superior a 15 días entre la finalización de un contrato y la celebración del siguiente. Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección B. Sentencia de 4 de mayo de 2017. Radicación número: 08001-23-31-000-2007-00062-01(1736-15). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁴⁰ Sentencia de unificación CE-SUJ2-005 de 25 de agosto de 2016. Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

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”.

Así las cosas, por haberse presentado la petición dentro del término de 3 años previsto en los artículos 41 del Decreto 3135/68 y 102 del Decreto 1848/69 y conforme a la sentencia de unificación del Consejo de Estado antes citada, el señor **WILSON ENRIQUE LÓPEZ MUÑOZ**, tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales comunes devengadas por un enfermero jefe de la planta de la entidad por el periodo comprendido entre el **1º de octubre de 2010** hasta el **31 de enero de 2013** fecha en que terminó el último contrato⁴¹, según las pruebas documentales que reposan en el expediente y la certificación expedida el 9 de marzo de 2016 por la Oficina Asesora Jurídica del antiguo Hospital de Bosa II Nivel E.S.E. que reposa a folio 9 del expediente, dada la prescripción trienal a la que se hizo referencia y lo que se encuentra acreditado en el plenario.

En cuanto a las cotizaciones destinadas a pensión es procedente ordenar a la entidad demandada tener en cuenta para efectos pensionales el tiempo comprendido entre el 7 de julio de 2004 (periodo de desarrollo de los contratos de prestación de servicios, según lo acreditado en el proceso y las certificaciones de contratos celebrados que obran a folios 8 y 9 del expediente), dado el carácter imprescriptible de esta prestación, salvo los periodos de interrupciones.

En cuanto a la devolución de los aportes de los pagos que hubiere efectuado la demandante al sistema de seguridad social en pensiones se deberá tener en cuenta la regla jurisprudencial establecida por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, es decir, “... iii) *Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional...*”, en ese sentido solo tendrá derecho a la devolución de los aportes que excedan el 4% del 16% que se debe cotizar al sistema por el periodo comprendido entre el 7 de julio de 2004 hasta el 31 de enero de 2013, si hubiere lugar a ello, una vez que la entidad haya determinado el IBC sobre el cual deben efectuarse dichos pagos.

De igual manera, la entidad demandada deberá devolver a la demandante por concepto de seguridad social en salud la cuota parte que le correspondía como entidad empleadora.

Así entonces, para calcular el ingreso base de cotización (IBC) tanto para las

⁴¹ fls. 9 y 157-161 del expediente.

prestaciones sociales comunes como para efectos de cotizaciones a pensión de la demandante, la entidad deberá tener en cuenta que dentro de la planta de la entidad se encuentra creado el cargo de Enfermero Jefe, por lo tanto, el IBC deberá calcularse con el salario percibido por el cargo citado.

La liquidación de aportes para pensión se deberá efectuar mes a mes y de existir diferencias entre los aportes realizados por la demandante en calidad de contratista y los que se debieron efectuar, la Subred deberá realizar las cotizaciones al respectivo fondo de pensiones de la suma faltante por concepto de aportes a pensión en la cuota parte que le correspondía como entidad empleadora esto es el 12% y al demandante le corresponde aportar el 4%, de existir diferencias en los aportes que se debieron efectuar la demandada deberá trasladar a las entidades de seguridad social a la cual cotiza el demandante.

Para lo anterior, el demandante debe acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en caso de no haberlas realizado o que existieran diferencias en su contra, tendrá la carga de completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

5.7. De la devolución de los pagos realizados por concepto de aportes a Cajas de Compensación.

Considerando lo expuesto en el acápite considerativo frente al carácter de recursos parafiscales que revisten los dineros causados y pagados por concepto de aportes a Cajas de Compensación, y a la luz de lo dispuesto por el Estatuto Tributario en cuanto a la acción de cobro de las obligaciones fiscales, este despacho no puede ordenar la devolución de los valores que la demandante pretende por concepto de aportes a Cajas de Compensación, pues ello desborda la competencia asignada por la ley para el medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral.

5.8. De la devolución de los dineros causados y pagados por concepto de retención en la fuente.

Teniendo en cuenta lo dispuesto por el Honorable Consejo de Estado respecto a la pretensión de devolución de sumas pagadas por concepto de Retención en la Fuente, este despacho no ordenará la devolución de los valores alegados por este concepto ni se pronunciará respecto a su viabilidad toda vez que dicha pretensión desborda los límites impuestos por competencia. En consecuencia, no es procedente ordenar la devolución de la retención en la fuente, al no tratarse de un asunto laboral, sino tributario.

5.9. Del Restablecimiento del derecho.

Conforme a las reglas jurisprudenciales fijadas en la pluricitada sentencia de unificación proferida por la sección segunda del Consejo de Estado⁴²: *“(i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho -y no a título de reparación del daño como lo solicitó el apoderado de la parte demandante,(fuera del texto)- y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el contratista corresponderá al sueldo devengado por los servidores de planta de la entidad”*.

Conforme a lo expuesto, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente (antiguo Hospital de Bosa II Nivel E.S.E.) lo siguiente:

(i) Pagar al señor **WILSON ENRIQUE LÓPEZ MUÑOZ** las correspondientes prestaciones sociales (liquidadas con base en el sueldo devengado por los servidores de planta que ostentan el mismo o similar cargo al que desempeñó el demandante), en proporción al período trabajado en virtud del contrato de prestación de servicios N° AS-560/2010, desde el **1° de octubre de 2010** hasta el **31 de enero de 2013**, salvo sus interrupciones, por cuanto operó la prescripción trienal respecto de los derechos laborales reclamados frente a los demás contratos y con anterioridad a esta misma fecha.

(ii) Para el pago de aportes a seguridad social en pensión se adoptará el criterio establecido en la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 25 de agosto de 2016.

En consecuencia, la entidad demandada deberá tomar, durante el tiempo comprendido entre el **7 de julio de 2004** hasta el **31 de enero de 2013**, salvo sus interrupciones, el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante como ya se indicó, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para efectos de lo anterior, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

(iii) Se declarará que el tiempo laborado por el demandante como Enfermero Jefe bajo la modalidad de contratos y órdenes de prestación de servicios con la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.** (Hospital

⁴² Ibídem.

de Bosa II Nivel E.S.E.), desde el **7 de julio de 2004** hasta el **31 de enero de 2013**, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

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

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

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

De las costas. Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018⁴³, encuentra este Despacho que no se observó ninguna actitud temeraria por parte del extremo activo, aunado a que las actuaciones adelantadas por la accionante son las que normalmente se esperan al interior de un proceso.

Por ello y en razón a las actuaciones realizadas en esta instancia y en aplicación del criterio valorativo ya enunciado, se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada conforme las previsiones del artículo 365 del C.G.P., en la medida en que prosperará parcialmente la excepción de prescripción extintiva invocada por su apoderada, lo que conlleva a que no sea posible reconocer todas las prestaciones sociales solicitadas por la parte demandante.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial, las normas y los supuestos fácticos de la demanda, el despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda deben prosperar en la forma indicada, en cuanto que el acto administrativo demandado es nulo por haberse expedido con desconocimiento de las normas superiores invocadas, desvirtuando así la presunción de legalidad que lo amparaba.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial De Bogotá D.C.** en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

⁴³ Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor **WILSON ENRIQUE LÓPEZ MUÑOZ**, identificado con cédula de ciudadanía N° 79.567.409 y la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.** (Antiguo Hospital de Bosa II Nivel E.S.E.) se configuró una relación laboral de naturaleza pública durante el periodo comprendido entre el **7 de julio de 2004** hasta el **30 de enero de 2013**, fecha en que terminó el último contrato, con ocasión de la ejecución de los contratos de suministro de servicios celebrados y ejecutados, salvo en el lapso de las interrupciones, de acuerdo con las razones expuestas.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se **DECLARA NULO** el **Oficio N° 0174 del 9 de febrero de 2016**, por medio del cual la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.** (Hospital de Bosa II Nivel E.S.E.) le negó al señor **WILSON ENRIQUE LÓPEZ MUÑOZ** el reconocimiento y pago los derechos y acreencias laborales solicitados, de acuerdo con los motivos expuestos en esta providencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.** a que reconozca y pague en forma indexada al señor **WILSON ENRIQUE LÓPEZ MUÑOZ**, identificado con cédula de ciudadanía N° 79.567.409, las prestaciones salariales y sociales y demás emolumentos legales dejados de pagar, equivalentes a los que corresponda al cargo de **ENFERMERO JEFE** de la planta de personal de la entidad o un cargo con funciones equivalentes a las ejercidas por el actor para el periodo comprendido entre el **1° de octubre de 2010** hasta el **31 de enero de 2013**, por las razones indicadas en la parte motiva de este fallo.

CUARTO: De la misma manera se **CONDENA** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.** a que reconozca y pague en forma indexada al señor **WILSON ENRIQUE LÓPEZ MUÑOZ**, para efectos pensionales, el tiempo comprendido entre el **7 de julio de 2004** hasta el **31 de enero de 2013**, teniendo en cuenta para calcular el ingreso base de cotización (IBC) el salario que percibía un empleado de la planta de personal de la entidad que desempeñara las funciones equivalentes a las ejercidas por el actor para la época en que este prestó sus servicios a la entidad demandada, mes a mes, y de existir diferencias entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, realizar las cotizaciones al respectivo fondo de pensiones de la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como entidad empleadora.

Así mismo el demandante debe acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en caso de no haberlas realizado o que existieran diferencias en su contra, tendrá la carga de completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

QUINTO: La entidad condenada debe pagar a la parte demandante los valores correspondientes de que tratan los numerales anteriores, actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula consignada en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: DECLARAR configurada la **PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA** de las acreencias laborales reclamadas por el señor **WILSON ENRIQUE LÓPEZ MUÑOZ**, anteriores al **1º de octubre de 2010**, excepto los aportes destinados a seguridad social en pensión, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

SÉPTIMO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

OCTAVO: Sin condena en costas, por las razones expuestas.

NOVENO: La entidad dará cumplimiento al presente fallo, dentro de los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin necesidad de mandato judicial.

DECIMO: En firme esta Sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). Igualmente expídase a la parte demandante copia íntegra y auténtica de la misma, con constancia de ejecutoria, en los términos del numeral 2, del artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

UNDÉCIMO: Se **REQUIERE** a la entidad condenada que una vez se encuentre en firme esta providencia al momento de cumplir la sentencia y hacer el respectivo pago se le consigne directamente a la cuenta del demandante y **no se realice dicho pago** a través de depósito judicial en la cuenta del juzgado.

DUODÉCIMO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA CECILIA PIZARRO TOLEDO
JUEZ

Hjdg

<p>JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ SECCIÓN SEGUNDA</p> <p>Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art. 201, Ley 1437 de 2011) se notificó las partes la providencia anterior, hoy _____ a las 8:00 a.m. Y se envió mensaje de texto de la notificación por ESTADO O ELECTRÓNICO de providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3 artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.</p> <p style="text-align: center;">_____ Secretaria</p>

Firmado Por:

MARIA CECILIA PIZARRO TOLEDO

JUEZ

**JUEZ - JUZGADO 016 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-
SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

4fcc16ca501048f46e2807d7b41a993f6513f7514e14f745b7b69d0659a56066

Documento generado en 28/01/2021 04:22:33 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>