



**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° 11001-33-35-016-2018-00079-00
Demandante:	JENNY PAOLA TORRES ROBAYO
Demandado:	SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.

Tema: Contrato realidad – Enfermera 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: La señora **JENNY PAOLA TORRES ROBAYO** 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**

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.

SUR OCCIDENTE E.S.E., presentó demanda dentro de la cual solicita la nulidad del acto administrativo contenido en el **oficio N° 727 del 22 de agosto de 2017²**, por medio del cual la entidad demandada negó el reconocimiento y pago de todas las prestaciones laborales y sociales dejadas de percibir tales como: cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios de junio y diciembre, prima de navidad, 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 **2007** al **2018** y en general todas las acreencias laborales.

Asimismo, solicita que se ordene el 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.

Finalmente, que se ordene la devolución del importe de la totalidad de los descuentos realizados por la demandada a la parte actora durante la prestación de los servicios por concepto de retención en la fuente y la indemnización contenida en el artículo 2° de la Ley 244 de 1995, así como el pago de las prestaciones sociales legales, extralegales y cesantías reclamadas hasta cuando se produzca el pago reclamado.

De igual forma, el reconocimiento y pago de las cotizaciones a la Caja de Compensación Familiar CAFAM durante el tiempo que laboró la demandante, el pago de la indemnización que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no afiliar a la demandante el Fondo Nacional del Ahorro, los daños morales, los intereses de mora, si el pago no se hace efectivo en la oportunidad señalada conforme a los dispuesto en el inciso 3° del artículo de la Ley 1437 de 2011.

2.2. Hechos³: Tal como lo señaló en la demanda los hechos son los siguientes:

2.2.1 Manifiesta la demandante que fue vinculada por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. para prestar sus servicios en el cargo de enfermera jefe, de forma personal y subordinada, a través de múltiples contratos de arrendamiento de servicios y cooperativas de trabajo asociado, por lo que la prestación de los servicios era de manera sucesiva, habitual y sin interrupción desde el 11 de septiembre de 2007 hasta el 31 de enero de 2018.

2.2.2 Afirma que devengaba la suma de tres millones doscientos cincuenta mil pesos mensuales moneda corriente (\$3.250.000 m/cte) y que le era consignado en una cuenta bancaria; así mismo sostiene que debía cumplir un horario de trabajo de lunes a

² Ver folios 1 a 39 del expediente electrónico.

³ Ver folios 1 a 39 del expediente electrónico.

domingo, entre 7:00 a.m. a 7:00 p.m., de domingo a domingo y a partir del año 2017 cambió el horario de 7 a.m. a 1 p.m. y dos sábados al mes.

2.2.3. Expresó que las funciones que cumplía en el cargo de enfermera jefe, entre otras, comprendían: recibir turnos, manejo de medicamentos, hacer pedido de los insumos requeridos, asignación de personal a su cargo, preparación de medicamentos, verificar el cumplimiento de actividades asignadas, participar en actividades de capacitación y procesos de inducción y reinducción específica y general relacionadas con el servicio, preparación de pacientes para exámenes especiales.

2.2.4. Argumenta que la accionada le exigía afiliarse como trabajadora independiente al sistema general de seguridad social en salud y pensiones, y previamente a la continuidad laboral debía adquirir una póliza de cumplimiento de responsabilidad civil.

2.2.5. Adujo que cada pago le era descontada una deducción por concepto de retención en la fuente e impuesto I.C.A.; además le fue expedido carnet de trabajo que la identificaba como empleada de la entidad demandada para el HOSPITAL MEISSEN E.S.E, señaló que durante el tiempo que laboró con el hospital no se le reconoció pago de prestaciones sociales.

2.2.6 Manifestó que sus compañeros de trabajo, los cuales cumplían sus mismas funciones, estaban vinculados directamente con la entidad y disfrutaban de todas las prestaciones legales y convencionales.

2.2.7. Agregó que durante el tiempo que laboró no le fueron otorgados las vacaciones como tampoco le fueron compensadas en dinero, así como nunca le reconoció y pagó prestaciones sociales, manifestó, además, que cumplía un horario de trabajo, recibiendo órdenes de sus superiores y realizaba de manera personal la labor encomendada y que no podía delegar sus funciones.

2.2.8 Expresó que su último cargo desempeñado fue el de enfermera jefe, cumpliendo horarios de trabajo, recibiendo órdenes de sus superiores y realizando de manera personal la labor encomendada. Agregó que siempre estuvo a ordenes exclusivas todo el tiempo del hospital.

2.2.7 Preciso que para ausentarse del trabajo debía pedir autorización de su jefe inmediato.

2.2.8 Que a través de memorial del 14 de agosto de 2017 solicitó la reclamación del pago de los salarios y prestaciones sociales en virtud de la relación laboral sostenida con la demandada y está a través del oficio N° 727 del 22 de agosto de 2017 emitió respuesta negativa frente a la petición referida.

2.3. Normas violadas y concepto de violación: Como normas violadas se citan en la demanda los siguientes artículos de la Constitución: 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 125, 126, 209, 277 y 351-1; Ley 6 de 1945, Decreto 2127 de 1945, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1042 de 1978, Decreto 1045 de 1978, Decreto 2400 de 1979, Decreto 3074 de 1968, Decreto 1848 de 1968, 1335 de 1990, Ley 4ª de 1992, Ley 332 de 1996, Ley 1437 de 2011, Ley 1564 de 2012, Ley 100 de 1993, Ley 244 de 1995, Ley 443 de 1998, Ley 909 de 2004, Ley 80 de 1993, Ley 4ª de 1990, Ley 3135 de 1968, Decreto 1250 de 1970, Decreto 2400 de 1968, Ley 6ª de 1945, Decreto 2127 de 1945, Decreto 1950 de 1973, Decreto 1919 de 2002, C.S.T, Ley 1438 de 2008, Decreto 1374 de 2010 y Decreto 3148 de 1968.

Menciona distintas sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre la materia.

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 y sociales dejadas de percibir tales como: cesantía e intereses, primas de navidad, prima de junio, prima de servicios vacaciones, aportes a salud, pensión administradora de riesgos laborales y caja de compensación familiar; así como los valores dejados de percibir por concepto de dotación y en general todas las sumas a título de prestaciones sociales que corresponde a la contraprestación de la labor desempeñada desde el 2007 hasta el 2018, y en general todas las acreencias laborales, además de argumentar el cumplimiento de la ley.

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 la actora se desempeñó como auxiliar de farmacia, la cual debía estar supeditado a horarios y cronogramas que estableciera el hospital.

Solicita igualmente que se tenga en cuenta la sentencia de unificación del Consejo de Estado radicado No. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (NI 0088-15) CES-SUJ2-005-16, el cual se debe aplicar de forma vinculante. En consecuencia, señala que se desvirtúan los presupuestos del contrato de prestación de servicios al configurarse la relación laboral.

2.4. Actuación procesal: La demanda se presentó el 1 de marzo de 2018 y a través de providencia del 9 de mayo de 2018 se admitió la demanda de la referencia por encontrar colmados los requisitos para su procedencia; asimismo, el 19 de noviembre de 2018, fue notificada mediante correo electrónico la parte demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La entidad demandada contestó de manera extemporánea la demanda a pesar de que fue notificada en debida forma de acuerdo con los artículos 197 y 199 de la Ley 1437 de 2011 (fls. 74 y 77-78), como consta en el informe secretarial que reposa a folio 137 del expediente.

Al respecto, advierte el Juzgado que la demanda y su traslado fue notificada el 19 de noviembre de 2018, por lo tanto, los 55 días de traslado de que tratan los artículos 199 y 172 del C.P.A.C.A. y C.G.P. vencieron el día 26 de febrero de 2019 y la entidad demandada radicó el escrito de contestación y de excepciones previas solo hasta el día 28 del mismo mes y año, en consecuencia, lo hizo de manera extemporánea.

Cumplido el término, a través de auto de fecha 21 de agosto de 2020, el Juzgado fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial el día 9 de septiembre de 2020.

A continuación, el Juzgado llevó a cabo la audiencia inicial el 9 de septiembre de 2020, donde se surtieron las etapas procesales de resolución de excepciones previas, se fijó el litigio del caso y se cumplieron las demás etapas que culminaron en el decreto de pruebas documentales, a cuyo efecto, en la misma diligencia se fijó como fecha para la incorporación y practica de las pruebas el día 18 de noviembre de 2020, fecha en que efectivamente se celebró la referida audiencia.

Finalmente, mediante auto del 4 de diciembre de 2020 se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión a las partes y al Ministerio Público, quedando el proceso para dictar sentencia por escrito.

2.5. LA SINOPSIS DE LA RESPUESTA.

2.5.1. Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. Como se explicó en el acápite de actuaciones procesales, la entidad demandada presentó escrito de contestación de la demanda, pero de forma extemporánea, razón por la cual no fue tenida en cuenta por el Despacho.

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

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

Sostuvo que conforme las pruebas recaudadas legalmente dentro del proceso y el precedente jurisprudencial se deben acoger todas las pretensiones de la demanda, por cuanto no existe duda de la prestación personal del servicio de la demandante, además existió un pago mensual como abono por las labores desempeñadas; asimismo, la subordinación se acreditó por las órdenes directas que recibía de sus jefes inmediatos quienes eran los mismos que le daban órdenes a las personas que hacían parte de la planta y que realizaban las mismas funciones que la demandante.

Estima que también quedó demostrada la existencia de cargos de planta que desempeñaban las mismas funciones que la demandante en el tiempo que esta laboró, pero a diferencia de esta, sí contaban con las garantías laborales y económicas plasmadas en la convención colectiva que regía en la entidad.

Arguye que los testimonios fueron coherentes, libres de apremios y claros en afirmar todas las situaciones que se vivieron en torno a la actividad laboral y el vínculo entre el hospital y la demandante, dado que no fueron de oídas sino presenciales y por tanto ratificaron los hechos expuestos por la actora, demostrándose la subordinación laboral como elemento que plenamente se estableció con su dicho. Que todos los testigos laboraron con la demandante en un periodo de tiempo y son ellos quienes pueden dar fe de las circunstancias de tiempo modo y lugar de los hechos debatidos.

Por los argumentos expuestos en la demanda, el recaudo probatorio que reposa en el expediente y el precedente jurisprudencial sobre la materia, solicita que se acojan la totalidad de las pretensiones de la demanda.

2.6.2. La entidad demandada Presentó sus alegatos de conclusión mediante memorial remitido al correo electrónico de este Juzgado en el cual solicitó denegar las pretensiones de la demanda por no configurarse los elementos constitutivos de un contrato de trabajo.

Indicó que de acuerdo con lo manifestado dentro de la audiencia de pruebas, se estableció que no se configuraron los elementos constitutivos de una relación laboral, de acuerdo con los siguientes criterios y elementos facticos, así: la autonomía de la voluntad ésta configurada en tiempos y espacios, es decir, si bien es cierto les asignaban zonas para la realización de las visitas domiciliarias, el tiempo y aplicación de las actividades a realizar, estaban por cuenta de la señora Torres Robayo, quien determinaba como desplegarse en la zona designada, así como se encontraba a su discrecionalidad el momento para la entrega de las metas suscritas contractualmente, es decir, organizaba su tiempo para la presentación y realización de las mismas.

Respecto de la autonomía en la dotación, sostiene que la accionante manifestó no recibir dotación por parte de la entidad, estableciendo otro criterio de autonomía frente a la prestación del servicio.

Sobre la prestación del servicio, indica que la accionante en sus declaraciones manifestó realizar las actividades conforme a lo estipulado en el objeto contractual, para el cumplimiento de las metas a su cargo.

Y sobre la subordinación, expresa que la parte accionante reconoció tener coordinadores de las actividades contratadas a desarrollar.

De otra parte, arguye que en la entidad no existían otras personas que realizaran las labores que desarrollaba el demandante tal como lo afirmó en su declaración. Así las cosas, estima que la autonomía de la voluntad de la actora 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.

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° 727 del 22 de agosto de 2017, 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 entre la entidad demandada y la parte actora entre los años 2007 a 2018.

Como consecuencia de lo anterior y previa declaratoria del contrato realidad, se debe establecer si la actora tiene derecho a que la entidad demandada le pague las diferencias salariales existentes entre los servicios remunerados por prestación de servicios y los salarios legales y convencionales pagados a las Enfermeras Jefe. Así mismo se debe determinar si tiene derecho al pago de las cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios de junio y diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones, compensación en dinero de vacaciones, causadas durante todo el tiempo de prestación de servicios liquidado con la asignación legal asignada al cargo de Enfermera Jefe.

De la misma manera si le asiste el derecho a que se le paguen los porcentajes de cotización correspondientes a los aportes en salud y pensión y riesgos laborales, que le correspondía realizar a la entidad demandada y que debió cancelar al fondo pensional, a la E.P.S. y a la ARL.

Asimismo, la devolución del importe de la totalidad de los descuentos realizados por la demandada a la parte actora durante la prestación de los servicios por concepto de retención en la fuente, el reconocimiento de la indemnización contenida en la ley 244 de 1995, artículo 2º, el pago de las prestaciones sociales legales, extralegales y cesantías reclamadas hasta cuando se produzca el pago de las acreencias que demanda, las cotizaciones a la Caja de Compensación Familiar durante el tiempo que laboró la actora, el pago de la indemnización que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no afiliarse a la demandante al fondo de cesantías, los daños morales, los intereses de mora, si el pago no se hace efectivo en la oportunidad señalada conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo de la Ley 1437 de 2011.

Por último, que se declare que el tiempo laborado por la demandante bajo la modalidad de contratos sucesivos denominados arrendamiento de servicios de carácter privado y de prestación de servicios con la demandada se deben computar para efectos pensionales, ordenando emitir la certificación laboral para el efecto.

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, 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 (empleo 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 Constitucional⁴ y el H. Consejo de Estado⁵, 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 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 realidad⁶.

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 dependiente⁷.

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

⁴ Sentencia C-154/1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara.

⁵ Consejo de Estado, secc. 2ª, sub-secc. "B", sentencia del 25 de marzo de 2010. CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Exp. 1131-09.

⁶ 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.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-154-97, M.P. Hernando Herrera Vergara.

Bustamante⁸, 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 subordinación⁹.

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.

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

⁸ Radicación número: 18001-23-31-000-1998-00027-01(245-03). Actor: Esther Cruz Olaya. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

⁹ Sala Plena del Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados¹⁰.

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 suscrito¹¹.

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*"¹², dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia real dentro de la actividad 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

¹⁰ 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.

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Radicado No. 3074-2005. C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

¹² La carga de la prueba incumbe al actor.

derecho laboral reclamado y, por tanto, no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo¹³.

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 años¹⁴.

Y seguidamente el Consejo de Estado determinó que el plazo razonable en el que se debe petitionar 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 administrados¹⁵.

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 de agosto de 2016¹⁶, específicamente en lo que atañe a los siguientes aspectos: (i) la prescripción de los derechos laborales reclamados¹⁷ y (ii) el ingreso base que ha de tenerse en cuenta para la liquidación de las prestaciones a que haya lugar¹⁸.

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

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13. Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 8 de mayo de 2014. Expediente No. 2725-12. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ Asunto que no había sido delimitado en un fallo de unificación.

propriadamente 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 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 Quintero¹⁹.

Posteriormente, sobre el tema se dijo lo siguiente²⁰:

“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 alguno. En otra decisión, se estimó que la interrupción presentada no podía ser superior a 15 días²¹”.

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.

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección A. Sentencia del 23 de junio de 2016. Expediente: 680012333300020130017401 (0881-14). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

²⁰ 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.

²¹ 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).

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 económicos²²”.

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 1993²³, establece que la dirección general y la obligación de ejercer control y vigilancia de la ejecución del contrato recaerán en las entidades estatales²⁴.

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.

²² Corte Constitucional. Sentencia C-386 del 5 de abril de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell)

²³ Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

²⁴ 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...”

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 2016²⁵:

“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.

Tal y como lo ha sostenido el Honorable Consejo de Estado²⁶, 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.

5. Caso concreto: Antes de abordar el caso bajo estudio, se resolverá como cuestión previa la tacha por imparcialidad presentada por la apoderada de la entidad demandada en la audiencia de pruebas; Resuelto lo anterior, se analizará el problema jurídico, tal como quedó establecido en su respectivo acápite.

²⁵ Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B”, Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de mayo 31 de 2016. Radicado 05001233300020130081301 (36872014)

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 probatoria"*²⁷.

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 de la señora María del Rosario Rojas.

²⁷ 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.

En la audiencia de pruebas la apoderada de la parte demandada sustentó la tacha alegando que la testigo le asiste interés directo por cuanto esta presentó una demanda contra la entidad demandada en similares condiciones a la que aquí se tramita, la cual es de conocimiento del Juzgado 21 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá D.C.

Ahora bien, finalizada la exposición de las razones por las cuales se tachó por imparcialidad el testimonio de la señora María del Rosario Rojas, 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 la testigo adelanta un proceso judicial contra la entidad en similares condiciones a las aquí expuestas, 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, la testigo describió como eran ejecutadas y distribuidas las funciones entre ellos; en otras palabras, quien más que ella, (compañera de trabajo), la legitimada para indicar el modo como eran desarrolladas las labores encomendadas.

De otra parte, el proceso que la testigo adelanta contra la entidad se encuentra para dictar sentencia según lo manifestado en su declaración y no se indicó que la aquí demandante fungiera como 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 Pablo VI de Bosa se halla bajo las mismas formas de ejecución de tales contratos y estar sometido a iguales condiciones de ejecución por cuanto ambas se desempeñaron en la misma dependencia y sus labores eran similares.

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 que la conforman, de acuerdo a los testimonios recaudados y las pruebas documentales que reposan en el expediente.

5.2. De lo acreditado dentro del proceso.

a) Solicitud de acreencias laborales de fecha **17 de agosto de 2017**, 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, folios 2-7 del expediente electrónico.

b) Respuesta a la petición antes indicada, con radicado N° **727 – 36614 del 28 de agosto de 2017**²⁸, por medio de la cual la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad demandada niega el reconocimiento y pago solicitado, por la parte actora, argumentando, en síntesis, que la actora trabajó en la entidad bajo la modalidad de contratista.

c) La señora **Jenny Paola Torres Robayo** suscribió contratos de prestación de servicios con la entidad demandada, y según los certificados que obran a folios 18 a 19 del expediente electrónico y los contratos y sus respectivas prorrogas que obran el expediente se pudo extraer:

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

N° contrato	Fecha de inicio	Fecha de terminación	Actividad
605	31 de agosto de 2009	30 de septiembre de 2009	Auxiliar de Enfermería
1838	1 de julio de 2010	31 de julio de 2010	Auxiliar de Enfermería
673	3 de enero de 2011	28 de febrero de 2011	Auxiliar de Enfermería
1333	31 de octubre de 2011	31 de diciembre de 2011	Auxiliar de Enfermería
402	2 de enero de 2012	31 de diciembre de 2012	Auxiliar de Enfermería
344	2 de enero de 2013	31 de agosto de 2013	Auxiliar de Enfermería
1825	1 de abril de 2014	31 de agosto de 2014	Profesional en Enfermería
2900	1 de septiembre de 2014	30 de septiembre de 2014	Profesional en Enfermería
3670	6 de octubre de 2014	31 de diciembre de 2014	Profesional en Enfermería
1213	2 de enero de 2015	28 de febrero de 2015	Profesional en Enfermería

²⁸ Ver folios 8 a 11 del expediente electrónico.

1680	1 de febrero de 2015	30 de noviembre de 2015	Profesional en Enfermería
2612	19 de noviembre de 2015	31 de diciembre de 2015	Profesional en Enfermería
834	1 de enero de 2016	30 de junio de 2016	Profesional en Enfermería
2083	7 de julio de 2016	30 de septiembre de 2016	Profesional en Enfermería
2-2418	26 de noviembre de 2016	10 de enero de 2017	Profesional en Enfermería
2-2501	11 de enero de 2017	30 de junio de 2017	Profesional en Enfermería
AD CTO 40959	1 de julio de 2017	31 de julio de 2017	Profesional en Enfermería
SO-3275	1 de septiembre de 2017	30 de noviembre de 2017	Profesional en Enfermería

d) De los testimonios rendidos por las señoras **Milena Patricia López Castro** y **María del Rosario Rojas**, así como del interrogatorio surtido por la señora **Jenny Paola Torres Robayo** se extrae que a la demandante le correspondía elaborar seguimiento a las funciones que cumplía para certificar que realizaba las actividades inherentes a los contratos de apoyo administrativo que cumplía como Enfermera Jefe, donde se evidencia que a la señora Torres Robayo se le hacía el respectivo seguimiento y cumplimiento de las funciones descritas en los contratos celebrados con la entidad demandada, donde además se estipulaban las obligaciones a las que estaba sometida 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 y los testimonios recaudados a las señoras **Milena Patricia López Castro** y **María del Rosario Rojas** se extrae que la señora Torres Robayo ingresó a prestar sus servicios como Auxiliar de Enfermería y posteriormente se desempeñó como Enfermera Jefe y sus funciones las desempeñaba de manera personal en las instalaciones del Hospital Pablo VI de Bosa y no podía realizar delegaciones en otros funcionarios o contratistas que prestaran sus servicios en dicha entidad. El interrogatorio rendido por la propia demandante también coincide en este aspecto con las declaraciones brindadas por los testigos.

Asimismo, los testimonios dan cuenta que la actora cumplía distintos horarios de trabajo conforme a la organización de los turnos que realizaba la coordinadora del servicio, siendo en diversas ocasiones de 7 a.m. a 1 p.m., de 1 p.m. a 7 p.m., 7 a.m. a 7 p.m. y viceversa y los fines de semana en alguno de los horarios mencionados, según la organización interna que se le comunicara.

- **De la Remuneración.**

Sobre este aspecto los testimonios y el interrogatorio coincidieron en que la entidad le exigió a la demandante contar con una cuenta de nómina donde consignar 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.

También funge una certificación expedida el 1° de diciembre de 2017 por la Dirección de Contratación de la Subred Integrada de Servicios Sur Occidente E.S.E. que funge a folios 18 a 19 del expediente electrónico, en la que se verifica que la entidad le fijó a la demandante una retribución mensual por sus servicios prestados tanto como Auxiliar de Enfermería como Jefe de Enfermería, los cuales eran cancelados de manera mensual.

En consecuencia, este elemento de la relación no fue discutido por la entidad demandada, razón por la cual se encuentra que no hay lugar a duda que la actora 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 prueba las funciones desarrolladas por la demandante en el **Hospital Pablo VI de Bosa** (hoy Subred Integrada de Servicios Sur Occidente E.S.E.) como *Enfermera Jefe* las cuales cumplió de manera reiterada e ininterrumpida por varios años, sin embargo, el Despacho también pone de presente que los testimonios rendidos por las señoras **Milena Patricia López Castro** y **María del Rosario Rojas** y el interrogatorio de parte de la señora Jenny Paola Torres Robayo contiene elementos que le permiten concluir que durante toda la relación laboral de la demandante con la entidad, efectivamente existió subordinación.

Así, por ejemplo, todas las declaraciones son precisas y contundentes en señalar que existía una coordinadora que respondía al nombre de Amanda Salinas quien figuraba como Coordinadora del “CAMI” e impartía órdenes precisas, actividades a realizar y controlaba que se cumplieran las órdenes dadas a la demanda durante el servicio.

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, manifestó la señora Rojas que existían empleados de planta que realizaban las mismas funciones que la parte demandante, tal es el caso de la señora Rubí Bernal quien se desempeñó como Auxiliar de Enfermería durante el tiempo en que compartió labores con la demandante.

Asimismo, todas las declaraciones coincidieron en que la demandante debía solicitar permisos ante sus superiores para ausentarse de su lugar de trabajo, a cuyo efecto existía un formato proporcionado por el propio hospital, el cual era entregado tres días antes del permiso requerido para el estudio de aprobación por parte de la coordinadora del servicio.

Entonces, al confrontar los testimonios y el interrogatorio recepcionados y que obran como pruebas dentro del expediente, se puede constatar que, en el caso concreto, está plenamente demostrada la subordinación por cuanto la demandante debía:

- (i)** Cumplir turnos que le eran asignados en horario de lunes a viernes de 7 a.m. a 1 p.m., de 1 p.m. a 7 p.m., de 7 a.m. a 7 p.m. y viceversa y los fines de semana en alguno de los horarios señalados, según las necesidades que requiriera el servicio, tiempo en el cual el demandante compartió actividades con la testigo, quien desempeñaba funciones de trabajadora social en el mismo espacio que el demandante y sus actividades se interrelacionaban, por lo que tenían contacto permanente y coordinado en el área de admisiones de pacientes del Hospital.
- (ii)** Durante la ejecución de los turnos contaba con jefes y coordinadores, según 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, según se extrajo de las declaraciones rendidas.
- (iii)** La demandante, en su calidad de Enfermera Jefe no podía ausentarse de su lugar de trabajo sin informar a sus superiores y diligenciar los formatos existentes en la entidad, los cuales debían ser entregados hasta tres días antes

de la fecha de los permisos solicitados, para que el coordinador de turno acomodara al personal que se encontrara en servicio y realizara sus funciones.

- (iv) No contaba con autonomía para el desarrollo de sus labores, pues todo el tiempo recibía órdenes de su jefe, coordinador o superior y estaba sometida todo el tiempo a las directrices internas y protocolos que le imponía la entidad para realizar las actividades que le eran impuestas.
- (v) Igualmente, las testigos y la demandante concuerdan en que la jefe o coordinadora durante parte del tiempo que compartieron espacio y labores era la señora Amanda Salinas.

Como se pudo verificar, el demandante más allá de una relación de coordinación, se encontraba sometida a cumplir las funciones suscritas en los diferentes contratos, entre otras a: “1. Realizar la elaboración de los registros pertinentes en la historia clínica y formatos institucionales de ingresos y egresos de los pacientes del Área de urgencias y hospitalización. 2. Realizar el recibo y entrega de turnos de los pacientes de urgencia y hospitalización. 3. Responder por el mantenimiento y dotación del carro de paro con medicamentos y elementos necesarios y suficientes para la atención del paciente que lo requiera, realizando control en cada turno en el servicio de urgencias verificando el funcionamiento del cardiodesfibrilador y prueba de ventilador mecánico del área de reanimación. 4. Revisar las Historias clínicas de los pacientes que ingresen al Servicio: Orden de Hospitalización, orden de medicamentos, medios de diagnóstico, entre otros. 5. Diligenciar correctamente el formato de atención integral de enfermería además dirigir y optimizar el equipo de Auxiliares de Enfermería en el servicio en las conductas a seguir. 6. Asistir y colaborar con el equipo médico en la realización de procedimientos asistenciales (...)”, según se desprende de los contratos de prestación de servicios que suscribió la demandante con la entidad accionada que reposan a folios 20 a 31 del expediente electrónico.

Ahora bien, verificado el manual específico de funciones competencias laborales aplicable por la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.** mediante el Acuerdo N° 17 de 2017, se observa que en la planta de personal existe el cargo de Enfermera Jefe y que cumple funciones similares a las contratadas por la actora; igualmente cotejado con los testimonios 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 la demandante realizaba labores propias de la organización del personal de auxiliares de enfermería, atención de pacientes, suministro de medicamentos, control de signos vitales, control de historias clínicas, asistencia al personal médico en las actividades que les encargaban y en general las funciones inherentes al cargo que requerían 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 la actora en el hospital eran evaluadas, bajos los ítems de productividad, calidad, conducta laboral, entre otros, aspectos que eran valorados por la supervisora y coordinadora o jefe del momento; con esto, para señalar que todas y cada una de las actividades de la señora Torres Robayo, eran supervisadas por una coordinadora que hacía parte de la entidad.

Tal como se pudo verificar en los contratos suscritos por la demandante y obran en el expediente electrónico y que no fueron objetados por la parte demandada, y para ello era indispensable que la demandante acatara las ordenes y los horarios asignados por el Coordinador del Hospital Pablo VI de Bosa E.S.E., así como estar disponible cuando las funciones propias del servicio lo requirieran y en efecto, estaba plenamente subordinada 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 Pablo VI, existían empleados de planta que **ejercían las mismas funciones que la demandante**, tal como quedo descrito en las pruebas que obran en el plenario y se extrae de las declaraciones recaudadas, por tanto, la demandante en su condición de contratista cumplía las mismas funciones que una *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 varios años, desde el 2009 al 2017, tal como quedó probado con la certificación de contratos expedida por la entidad demandada.

Entonces, el Hospital Pablo VI (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*, cargos que en efecto están creados en la planta de personal de la entidad y que también desempeñaba la demandante en calidad de contratista, lo cual no era procedente por el carácter de permanente de las labores ejercidas, de modo que la 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 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 enfermera jefe de la señora **JENNY PAOLA TORRES ROBAYO** 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 8 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 sepuede 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 a la 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° **727 del 22 de agosto de 2017**, expedido por el jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la **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 la demandante, desde el **11 de septiembre de 2007** hasta el **31 de enero de 2018**, salvo sus interrupciones.

5.3. 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 prestaciones²⁹, 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.

5.4. De la prescripción.

El Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación³⁰ 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 2007 a 2018, 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, la certificación expedida por la entidad demandada que reposa a folios 18 y 19 del expediente electrónico y las afirmaciones que realizó la señora Torres Robayo en el interrogatorio que se le practicó, la parte actora

²⁹ 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.

³⁰ 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.

inició su relación contractual a partir del **31 de agosto de 2009** con el contrato N° **605** y mantuvo su vínculo con el Hospital con sendos contratos de prestación de servicios³¹ que se renovaron hasta el **30 de agosto de 2013**, fecha en que se presentó una interrupción en las contrataciones y luego volvió a ser vinculada a partir del **1° de abril de 2014** hasta el **30 de noviembre de 2017**, 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 la señora **JENNY PAOLA TORRES ROBAYO** presentó reclamación ante la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente – Hospital Pablo VI E.S.E., **el 17 de agosto de 2017**.

En atención a que la vinculación de la actora fue discontinua, ya que existieron 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° 1825 de 2014, que fue celebrado a partir del 1° de abril de 2014, con la advertencia que las prestaciones adeudadas a la actora se deben liquidar **sólo a partir de esa fecha (1° de abril de 2014)** por prescripción trienal, pues la reclamación solo se presentó el **17 de agosto de 2017**, 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 abril de 2014. En virtud de ello, se declarará parcialmente probada de oficio 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 referenciada³²:

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

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, la señora **JENNY PAOLA TORRES ROBAYO**, tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales comunes devengadas por una enfermera jefe de la planta de la entidad únicamente por el periodo comprendido entre el **1° de abril de 2014** hasta el **30 de noviembre de 2017** fecha en que terminó el último contrato³³, según las pruebas documentales que reposan en el expediente y la certificación expedida el 1° de diciembre

³¹ 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.

³² 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.

³³ fls. 25-26 expediente digital.

de 2017 por la Dirección de Contratación de la entidad que reposa a folios 18 y 19 del expediente electrónico, 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 31 de agosto de 2009 hasta el 30 de noviembre de 2017 (periodo de desarrollo de los contratos de prestación de servicios, según lo acreditado en el proceso y la certificación de contratos celebrados que obra a folios 18 a 19 del expediente electrónico), 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 31 de agosto de 2009 hasta el 30 de noviembre de 2017, 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 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 Enfermera 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 a la 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, la 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.

5.5. 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.

5.6. 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.

5.7. De la indemnización por mora en el pago de las cesantías y demás prestaciones sociales.

Se precisa que no hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las cesantías y demás prestaciones sociales, toda vez que en el sector público la misma sólo se encuentra prevista en la Ley 244 de 1995 cuando se incumple el plazo para pagar el auxilio de cesantías, empero en acatamiento de la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando se declara la existencia de una relación laboral, dicha prestación tan solo se reconoce con la sentencia, la cual es constitutiva del derecho, por ende, es a partir de la misma que surgen las prestaciones en cabeza del beneficiario; en tales condiciones no resulta viable el reconocimiento de la sanción deprecada, ha sostenido el Consejo de Estado³⁴.

Bajo el anterior argumento también se negará el reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales y de las cesantías,

³⁴ Consejo de Estado en la sentencia del 27 de noviembre de 2014, expediente No. 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-2013), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

máxime cuando tales indemnizaciones están previstas en normas que regulan las relaciones laborales de trabajadores del sector privado (ley 50/90 y Ley 244/95).

5.8. De la indemnización por concepto de daños morales.

Si bien la demandante pretende que se condene a la entidad al pago de una indemnización por concepto de daños morales, respecto a la referida pretensión es preciso indicar que como quiera que en el transcurso del proceso la demandante no allegó prueba alguna siquiera sumaria que permita al despacho analizar el perjuicio de esta clase que presuntamente se ocasionó, el mismo se declara no probado y en consecuencia no hay lugar a reclamar indemnización alguna por este concepto.

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 Estado³⁵: *“(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 – Hospital Pablo VI E.S.E. lo siguiente:

(i) Pagar a la señora **JENNY PAOLA TORRES ROBAYO** las correspondientes prestaciones sociales (liquidadas con base en el sueldo devengado por los servidores de planta que ostentan el mismo cargo al que desempeñó la demandante), en proporción al período trabajado en virtud del contrato de prestación de servicios N° N° 1825 de 2014, desde el **1° de abril de 2014** hasta el **30 de noviembre de 2017**, 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 **31 de agosto de 2009** hasta el **30 de noviembre de 2017**, 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

³⁵ Ibidem.

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 trabajadora.

(iii) Se declarará que el tiempo laborado por el demandante como Enfermera 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 Pablo VI de Bosa E.S.E.), desde el **31 de agosto de 2009** hasta el **30 de noviembre de 2017**, 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 2018³⁶, 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 prosperó parcialmente la excepción de prescripción extintiva, lo que conlleva a que no sea posible reconocer todas las prestaciones sociales solicitadas por la actora.

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

³⁶ 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)

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,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR que entre la señora **JENNY PAOLA TORRES ROBAYO**, identificado con cédula de ciudadanía N° 1.032.419.350 y la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.** (Antiguo Hospital Pablo VI Bosa E.S.E.) se configuró una relación laboral de naturaleza pública durante el periodo comprendido entre el **31 de agosto de 2009** hasta el **30 de noviembre de 2017**, fecha en que terminó el último contrato, con ocasión de la ejecución de los contratos de suministro de servicios celebrados y ejecutados, salvo en los lapsos de las interrupciones, de acuerdo con las razones expuestas.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se **DECLARA NULO** el oficio N° **727 del 22 de agosto de 2017**, por medio del cual la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.** le negó a la señora **JENNY PAOLA TORRES ROBAYO** 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 a la señora **JENNY PAOLA TORRES ROBAYO**, identificada con cédula de ciudadanía N° 1.032.419.350, las prestaciones salariales y sociales y demás emolumentos legales dejados de pagar, equivalentes a los que corresponda al cargo de **ENFERMERA JEFE** de la planta de personal de la entidad para el periodo comprendido entre el **1° de abril de 2014** hasta el **30 de noviembre de 2017**, 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 a la señora **JENNY PAOLA TORRES ROBAYO**, para efectos pensionales, el tiempo comprendido entre el **31 de agosto de 2009** hasta el **30 de noviembre de 2017**, 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 la actora para la época en que esta 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 la 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 la señora **JENNY PAOLA TORRES ROBAYO**, anteriores al **1° de abril de 2014**, 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

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art. 201, Ley 1437 de 2011) se notificó las partes la providencia anterior, hoy 1 febrero de a las 8:00 a.m. y se envió mens de texto de la notificación por ESTADO O ELECTRÓNICO de la providencia anterior los correos electrónicos suministrado s, conforme al párrafo 3º, artículo 201 de la l 1437 de 2011.

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:

28394088e631dd6oded7c744ea26415e93e669f1cd987f28a8b627d1ccabo6de

Documento generado en 28/01/2021 04:22:17 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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