



**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., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2018-0276-00
Demandante:	MARIO ALBERTO GÓMEZ RIVERA
Demandado:	SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

Tema: *Contrato realidad – Auxiliar Administrativo de Autorizaciones.*

1. ASUNTO A DECIDIR

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

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones: El señor **MARIO ALBERTO GÓMEZ RIVERA** por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dirigido contra la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, presentó demanda dentro de la cual solicita la nulidad del acto administrativo contenido en el **oficio OJU-E-1249-2018 radicado bajo el N°**

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.

201803510101011 del 8 de mayo de 2018², por medio del cual la entidad demandada negó el reconocimiento y pago de las todas las prestaciones laborales y sociales dejadas de percibir tales como: cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios de junio y diciembre, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de antigüedad, quinquenios, prima de vacaciones, compensación en dinero de vacaciones, subsidio de alimentación y subsidio de transporte y en general todas las sumas a título de prestaciones sociales, que corresponde a la contraprestación de la labor desempeñada desde el año **2013** al **2015** y en general todas las acreencias laborales.

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

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

2.2.1 Manifiesta el demandante que la Subred de servicios de Salud Sur E.S.E. – Hospital de Tunjuelito E.S.E. la ha venido contratando mediante contratos de prestación de servicios, los cuales han sido objeto de adiciones y prorrogas en el cargo de técnico de autorizaciones entre el 15 de octubre de 2013 hasta el 30 de abril de 2015.

2.2.2 Señaló que como contraprestación del servicio recibió en su último contrato una remuneración de un millón doscientos treinta y seis mil pesos (\$1.236.000.00) pesos; y que durante la prestación del servicio se le exigió que fuera de manera personal, pacto de tipo contractual, sometido a horario habitual de lunes a viernes de 8 a.m. a 5 p.m. y laborar dos sábados durante cada mes.

2.2.3 Igualmente, expresó que le pagaba por los servicios prestados de manera mensual, previa exigencia de contar con las afiliaciones al sistema de seguridad social. Expresó que durante su trabajo estuvo sometido a subordinación, toda vez que debía cumplir reglamentos, funciones predeterminadas, parámetros, portar carné, fue objeto de llamados de atención, felicitaciones verbales, debía solicitar autorización de sus jefes inmediatos para ausentarse de su lugar de trabajo, en otros aspectos.

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

2.2.5. Alegó que, con escrito del 23 de abril de 2018, presentó petición ante la entidad demandada, solicitado la declaratoria de la existencia de una relación laboral, así como

² Ver folios 8 a 15 del expediente.

el correspondiente pago de todas las prestaciones laborales y sociales; la cual fue contestada por el Hospital con el oficio OJU-E-1249-2018 bajo el radicado No. 2018035101001011 del 8 de mayo de 2018, en donde la entidad le niega la solicitud, considerando que no se configuran los elementos de un contrato de trabajo.

2.3. Normas violadas y concepto de violación: Como normas violadas se citan en la demanda los siguientes artículos de la Constitución: 1, 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 2013 hasta el 2015, 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 17 de julio de 2018³ y a través de providencia del 9 de agosto de 2018⁴ se admitió la demanda de la referencia por encontrar colmados los requisitos para su procedencia; asimismo, el 29 de noviembre de 2018⁵, fue notificada mediante correo electrónico la parte demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

La parte demandada contestó en tiempo la demanda y propuso excepciones mediante memorial visible a folios 59 a 83 del expediente.

Cumplido lo anterior, 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 5 de noviembre de 2020, fecha en que efectivamente se celebró la referida audiencia. En la misma fecha fueron escuchados los alegatos de conclusión de las partes, 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 E.S.E. La Subred Integrada de Servicios de Salud E.S.E., por conducto de apoderada judicial, contestó en término la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la misma aduciendo que no se encuentran respaldadas en la realidad de los hechos, ni se estructuran los presupuestos legales para su prosperidad.

En síntesis, estima que la vinculación de la accionante se hizo bajo los requisitos establecidos en la Ley 80 de 1993, en un contrato de prestación de servicios que en efecto no configuran los elementos de una relación laboral; por considerar que la contratista celebró contratos de prestación de servicios con la entidad contratante, por periodos cortos bajo el principio de la buena fe, por tal razón no existe una relación laboral como lo pretende hacer ver la parte actora. En su defensa, la entidad

3 Fl. 48.

4 Fl. 50.

5 Fls. 53-58.

demandada propone las excepciones de prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia de la obligación y del derecho, pago, ausencia de vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con la actora no era de naturaleza laboral, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes.

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

2.6. Alegatos de conclusión.

2.6.1. La parte demandante: Presentó sus alegatos de conclusión de manera oral en la audiencia realizada el 5 de noviembre de 2020 en la cual ratificó los hechos y pretensiones planteados en la demanda.

En síntesis, solicita al despacho que acceda a las pretensiones de la demanda dando aplicación al principio constitucional que habla de la primacía de la realidad sobre las formas teniendo en cuenta que quedó probado que el demandante trabajo en el Hospital de Tunjuelito desde el año 2013 hasta 2015, de manera continua, como quedó probado en los contratos aportados al plenario. Añadió que la prestación del servicio no se dio con autonomía técnica ni financiera, lo que quiere decir que el servicio requería de los conocimientos intelectuales del actor para el buen y adecuado desempeño de sus funciones como técnico de autorizaciones.

Expresó que el demandante debía cumplir con el horario y parámetros estipulados por la entidad, lo que generó dependencia y subordinación con el hospital hoy transformado en Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.; debía asistir a capacitaciones, recibía insumos de la entidad para desempeñar sus labores. Además, recibía el pago salario de manera regular, aunado al hecho que existía personal de planta que realizaba las mismas funciones que el demandante, como se pudo probar de la testigo que compareció a la diligencia, es decir, las labores de personal de auxiliares administrativos los cuales estaban sometidos a la planeación y procedimientos que definiera la entidad en materia de dispensación de medicamentos e insumos médicos.

Sobre la tacha de parcialidad propuesta contra la testigo Diana Paola Peña Sánchez, estima que no esta llamada a prosperar como quiera que el proceso que ella adelantó ya culminó y no le asiste ningún interés en las resultados del presente asunto. Acota que el hecho que personas que han fungido como contratistas y que se han desempeñado junto

con los demandantes los hace ideales para describir la forma en que realizaban las labores y demostrar la configuración de los elementos de la relación laboral.

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

2.6.2. La parte demandada: Presentó sus alegatos de conclusión de manera oral en la audiencia de incorporación de pruebas realizada el 5 de noviembre de 2020 en la cual ratificó los hechos y argumentos de defensa planteados en la contestación de la demanda.

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

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

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

Respecto del testimonio de la señora Diana Paola Peña Sánchez expresó que todo lo que manifestó no le constaba nada de lo relacionado, sino que simplemente compartían espacio geográfico para realizar las labores que le correspondían a cada uno. Por lo expuesto presentó tacha por parcialidad respecto de la mencionada testigo.

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 OJU-E-1249-2018 radicado bajo el N° 201835101001011 del 8 de mayo de 2018, 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 2013 a 2015.

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

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.

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 Constitucional⁶ y el H. Consejo de Estado⁷, 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 realidad⁸.

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

⁶ Sentencia C-154/1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara.

⁷ Consejo de Estado, secc. 2ª, sub-secc. "B", sentencia del 25 de marzo de 2010. CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Exp. 1131-09.

⁸ 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.

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 dependiente⁹.

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 Bustamante¹⁰, 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 subordinación¹¹.

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.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-154-97, M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁰ Radicación número: 18001-23-31-000-1998-00027-01(245-03). Actor: Esther Cruz Olaya. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

¹¹ Sala Plena del Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

Entonces, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados¹².

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 suscrito¹³.

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*"¹⁴, 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.

¹² 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.

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Radicado No. 3074-2005. C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

¹⁴ La carga de la prueba incumbe al actor.

En cuanto a la prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora la sección segunda del Consejo de Estado concluyó sobre su no operancia, en tanto se consideró que su exigibilidad era literalmente imposible con anterioridad a la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo; vale decir, que es a partir del fallo que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y, por tanto, no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo¹⁵.

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 años¹⁶.

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 2016¹⁷, específicamente en lo que atañe a los siguientes aspectos: (i) la prescripción de los derechos laborales reclamados¹⁸ y (ii) el ingreso base que ha de tenerse en cuenta para la liquidación de las prestaciones a que haya lugar¹⁹.

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

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

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

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

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13. Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ Asunto que no había sido delimitado en un fallo de unificación.

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 Quintero²⁰.

Posteriormente, sobre el tema se dijo lo siguiente²¹:

²⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección A. Sentencia del 23 de junio de 2016. Expediente: 680012333300020130017401 (0881-14). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

²¹ 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.

“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 trascurrido 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 días²²”.

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

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

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

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

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

“La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el

²² 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).

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 económicos²³”.

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 1993²⁴, establece que la dirección general y la obligación de ejercer control y vigilancia de la ejecución del contrato recaerán en las entidades estatales²⁵.

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

“Se ha sostenido que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

Igualmente, agregó que:

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

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

Igualmente lo reiteró en sentencia de 31 de mayo de 2016²⁶:

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-386 del 5 de abril de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell)

²⁴ Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

²⁵ 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...”

²⁶ Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B”, Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.

“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 Estado²⁷, 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 el apoderado de la parte demandada en la audiencia de pruebas; Resuelto lo anterior, se analizará el problema jurídico, tal como quedaron establecidos en su respectivo acápite.

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

Son fundamentos de la tacha, **i)** la inhabilidad del testigo, las relaciones afectivas o comerciales, **ii)** la preparación previa al interrogatorio, **iii)** la conducta del testigo

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de mayo 31 de 2016. Radicado 05001233300020130081301 (36872014)

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"*²⁸.

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 el apoderado de la entidad demandada frente al testigo de la señora Diana Paola Peña Sánchez.

En la audiencia de pruebas el apoderado de la parte demandada sustentó la tacha alegando que la testigo le asiste interés directo por cuanto fue compañero de trabajo del señor Mario Alberto Gómez Rivera y que es evidente que mantenían una relación de amistad. Adicionalmente, informó al despacho que la testigo también fungió como demandante dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral en contra de la misma entidad con similares hechos y pretensiones a las aquí suscitadas.

²⁸ 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.

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

Además, el testigo describió como eran ejecutadas y distribuidas las funciones entre ellos; en otras palabras, quien más que ella, (compañera de trabajo), la legitimada para indicar el modo como eran desarrolladas las labores encomendadas.

De otra parte, el proceso que la testigo adelantó contra la entidad ya culminó, según lo informó en su declaración y el mismo fue favorable a sus pretensiones y el aquí demandante no fue testigo en ese proceso, razón por la cual no es evidente el supuesto interés en las resultados del litigio que aquí se estudia. En conclusión, el juzgado no encontró contradicción en la declaración rendida por la testigo el día de la audiencia de pruebas.

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

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

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

5.2. De lo acreditado dentro del proceso.

a) Solicitud de acreencias laborales de fecha **23 de abril de 2018**, radicada ante la entidad demandada, por medio de la cual la parte actora solicitó el pagó y

reconocimiento de todas las acreencias laborales derivadas de una relación laboral, folio 5-8 del expediente digital.

b) Respuesta a la petición antes indicada, con radicado **OJU-E-1249-2018 radicado bajo el N° 201803510101011 del 8 de mayo de 2018²⁹**, 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, visible a folios 9 a 24 del expediente digital, argumentando, en síntesis, que el actor trabajó en la entidad bajo la modalidad de contratista.

c) El señor **MARIO ALBERTO GÓMEZ RIVERA** suscribió contratos de prestación de servicios con la entidad demandada, y según el certificado que obra a folios 25-26 del expediente digital y los contratos y sus respectivas prorrogas que obran el expediente se puso 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:

N° contrato	Vigencia	Objeto	Unidad de servicio	Fecha de inicio	Fecha de terminación	Duración
5304	2013	Técnico de autorizaciones	Tunjuelito	15 de octubre de 2013	31 de octubre de 2013	16 días
5961	2013	Técnico de autorizaciones	Tunjuelito	20 de noviembre de 2013	30 de noviembre de 2013	10 días
6644	2013	Técnico de autorizaciones	Tunjuelito	2 de diciembre de 2013	31 de diciembre de 2013	29 días
649	2014	Técnico de autorizaciones	Tunjuelito	2 de enero de 2014	31 de enero de 2014	29 días
1358	2014	Técnico de autorizaciones	Tunjuelito	3 de febrero de 2014	28 de febrero de 2014	25 días
2171	2014	Técnico de autorizaciones	Tunjuelito	3 de marzo de 2014	30 de junio de 2014	3 meses y 27 días
4006	2014	Técnico de autorizaciones	Tunjuelito	1° de julio de 2014	31 de julio de 2014	1 mes

²⁹ Ver folios 8 a 15 del expediente.

4722	2014	Técnico de autorizaciones	Tunjuelito	1° de agosto de 2014	30 de agosto de 2014	1 mes
5460	2014	Técnico de autorizaciones	Tunjuelito	1° de septiembre de 2014	30 de septiembre de 2014	1 mes
6186	2014	Técnico de autorizaciones	Tunjuelito	1° de octubre de 2014	30 de octubre de 2014	1 mes
6878	2014	Técnico de autorizaciones	Tunjuelito	4 de noviembre de 2014	30 de noviembre de 2014	26 días
7600	2014	Técnico de autorizaciones	Tunjuelito	1° de diciembre de 2014	30 de diciembre de 2014	1 mes
634	2015	Técnico de autorizaciones	Tunjuelito	2 de enero de 2015	30 de enero de 2015	28 días
1342	2015	Técnico de autorizaciones	Tunjuelito	2 de febrero de 2015	31 de marzo de 2015	1 mes y 28 días
2108	2015	Técnico de autorizaciones	Tunjuelito	1° de abril de 2015	30 de junio de 2015	3 meses

Los anteriores contratos y sus prorrogas figuran como parte de los expedientes administrativos aportados por la entidad y que describen la necesidad de realizar la contratación, así como la documentación inherente a estos.

d) El testimonio rendido por la señora Diana Paola Peña Sánchez y el interrogatorio surtido por el señor Mario Alberto Gómez Rivera dan cuenta que al demandante le elaboraban certificaciones de cumplimiento de los contratos de apoyo administrativo que cumplía como Técnico de Autorizaciones, donde se evidencia que al señor **GÓMEZ RIVERA** 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 sometido y las que efectivamente acreditaba cumplir durante la vigencia de los contratos de prestación de servicios celebrados.

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

Del Testimonio de la señora **Diana Paola Peña Sánchez**, se extrae que el señor Mario Gómez Rivera prestó sus servicios de manera personal los cuales eran indelegables puesto que era él quien tenía los códigos de ingreso y claves requeridas para el ingreso al sistema que este manejaba.

- **De la Remuneración.**

Del testimonio de la señora **Diana Paola Peña Sánchez** se extrae lo siguiente:

Que al demandante le realizaban los pagos de sus honorarios mensualmente por parte de la entidad demandada a una cuenta del banco Bancolombia, una vez realizaba el pago de lo correspondiente a las planillas de seguridad social; elemento de la relación que no fue discutido por la entidad demandada, razón por la cual se encuentra que no hay lugar a duda que el actor percibía como contraprestación de sus servicios unos honorarios pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios como Técnico de Autorizaciones en el Hospital, lo que permite concluir la concurrencia del segundo elemento del contrato de trabajo, es decir, la remuneración.

También figura en el expediente una certificación expedida el 18 de enero de 2019 que funge a folios 108 a 110 del expediente digital, en la que se verifica que la entidad le fijó al demandante una retribución mensual por sus servicios prestados como **Técnico de Autorizaciones**, así:

No. de ORDEN O CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIO	DESDE	HASTA	OBJETO/PERFIL	VALOR TOTAL CONTRATO	Unidad de servicio
5304	15 de octubre de 2013	31 de octubre de 2013	Técnico de autorizaciones	\$659.200	Tunjuelito
5961	20 de noviembre de 2013	30 de noviembre de 2013	Técnico de autorizaciones	\$1.236.000	Tunjuelito
6644	2 de diciembre de 2013	31 de diciembre de 2013	Técnico de autorizaciones	\$1.236.000	Tunjuelito
649	2 de enero de 2014	31 de enero de 2014	Técnico de autorizaciones	\$1.236.000	Tunjuelito
1358	3 de febrero de 2014	28 de febrero de 2014	Técnico de autorizaciones	\$1.236.000	Tunjuelito
2171	3 de marzo de 2014	30 de junio de 2014	Técnico de autorizaciones	\$4.944.000	Tunjuelito
4006	1° de julio de 2014	31 de julio de 2014	Técnico de autorizaciones	\$1.236.000	Tunjuelito
4722	1° de agosto de 2014	30 de agosto de 2014	Técnico de autorizaciones	\$1.236.000	Tunjuelito
5460	1° de septiembre de 2014	30 de septiembre de 2014	Técnico de autorizaciones	\$1.236.000	Tunjuelito

6186	1° de octubre de 2014	30 de octubre de 2014	Técnico de autorizaciones	\$1.236.000	Tunjuelito
6878	4 de noviembre de 2014	30 de noviembre de 2014	Técnico de autorizaciones	\$1.236.000	Tunjuelito
7600	1° de diciembre de 2014	30 de diciembre de 2014	Técnico de autorizaciones	\$1.236.000	Tunjuelito
634	2 de enero de 2015	30 de enero de 2015	Técnico de autorizaciones	\$1.236.000	Tunjuelito
1342	2 de febrero de 2015	31 de marzo de 2015	Técnico de autorizaciones	\$2.472.000	Tunjuelito
2108	1° de abril de 2015	30 de junio de 2015	Técnico de autorizaciones	\$3.750.000	Tunjuelito

Del interrogatorio surtido por el señor **Mario Alberto Gómez Rivera**, sobre este tópico se destaca que tenía que cumplir el horario que era a las 7 de la mañana a 5:00 de la tarde, tenía que visitar los pacientes por ser el técnico autorizador, y debía presentar informes de lo que yo hacía diariamente.

- **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 DE TUNJUELITO E.S.E.** (hoy Subred Integrada de Servicios Sur E.S.E.) como *Técnico de Autorizaciones* las cuales cumplió de manera reiterada e ininterrumpida por varios años.

Pero para tal efecto, se citarán los extractos de la audiencia de pruebas, con el fin de determinar este elemento:

Del testimonio de la señora **Diana Paola Peña Sánchez**, se extrae:

Preguntado: ¿sírvase indicarle al despacho si tiene usted conocimiento de que el accionante recibiera ordenes al interior de la entidad demandada? **Contestó:** si doctor, la allá tenía una jefe que se llamaba la doctora Mónica Rueda entonces nosotros compartíamos oficina, éramos compañeros y nos tenían en el mismo espacio en la unidad materno infantil del Carmen y si el siempre recibía ordenes, ósea para todo tenía sus jefes, tenía que estarse comunicando, tenía que el horario notificarse a qué horas llegaba, de hecho pues no se podía hacer un proceso administrativo si él no estaba presente digamos para autorizar un paciente o algo de algún servicio entonces él siempre estaba pendiente ahí de todos esos procesos desde que entrábamos hasta que salíamos y ya recibía el turno otra persona. **Preguntado:** ¿de acuerdo con su respuesta anterior, indíqueme a este despacho si tiene conocimiento del horario que desempeñaba el accionante? **Contestó:** si doctor nosotros entrábamos de 7 de la mañana a 5 de la tarde de lunes a viernes y ellos adicional tenían sábados que trabajaban. **Preguntado:** ¿sírvase indicarle a este despacho quien suministraba las herramientas para desempeñar su actividad? **Contestó:** el hospital siempre le ponía en el escritorio un computador, le traían papelería, le tenían un teléfono para que lo llamaran directamente, él tenía su propia extensión y allí en el hospital si se dañaba algo lo informaba y venían los técnicos del hospital y lo arreglaban todas las cosas. **Preguntado:** ¿sabe usted si el demandante se podía ausentar voluntariamente dentro de su jornada de trabajo o si por el contrario solicitar autorización de permiso? **Contestó:** si doctor eso tocaba con permiso y si uno se enfermaba más de los días que eran le descontaban esos días y si él le tocaba o le tocaba estar, recuerdo muchas veces recuerdo que estaba así como enfermito y todo y sin embargo pues tenía que estar ahí, nosotros compartíamos la oficina entonces estábamos haciendo ronda por cualquier parte del hospital y él le llegaba un paciente o algo hacer cualquier proceso administrativo y yo lo llamaba el me llamaba pero estábamos dentro del mismo hospital porque digamos tocaba hacer entrevista a los pacientes y pues preguntar su seguridad social (...). **Preguntado:** ¿indíqueme a este despacho si usted tiene conocimiento de que el accionante hubiera recibido capacitaciones por parte de la entidad demandada? **Contestó:** si a ellos lo citaban claro, a ellos les tenían que dar como los lineamientos de cómo eran los procesos, los convenios, digamos con las EPS, los contratos que había que era lo que él tenía que autorizar, cuáles eran los cambios que había en todo lo del modelo del POS y todo eso. **Preguntado:** ¿cómo coincidían sus horarios de manera precisa por favor? **Contestó:** nosotros teníamos un cartel en la puerta que decía horario de atención, entonces todo el público sabía que nosotros teníamos que estar en la oficina pues en esa hora, solo nos ausentábamos para ir al baño o como le digo, si tenía que ir uno hasta la cama del paciente porque el paciente no podía ir hasta nosotros, íbamos a la cama y le preguntábamos la información y nos devolvíamos otra vez. **Preguntado:** ¿qué cargo desempeñaba el señor Mario Alberto Gómez? **Contestó:** él era como Auxiliar Administrativo ósea el hacía toda la parte administrativa, hacía autorizaciones, hacía remisiones, llamaba a las EPS para que le autorizaran servicios, ósea era como todo lo que tenía que ver con los técnicos administrativos. **Preguntado:** ¿usted considera que el señor Mario podía realizar sus actividades en otro lugar que no fueran las instalaciones de la Subred Sur Integrada de Servicios? **Contestó:** no doctor, no señor. **Preguntado:** ¿ósea sus obligaciones, su objeto contractual le correspondía desarrollarlo en la entidad? **Contestó:** Si doctor, por lo que le daban el computador siempre, el contacto era con los pacientes siempre que estaban hospitalizados o necesitaban algún servicio, entonces no lo podía hacer desde ningún otro lugar. **Preguntado:** ¿manifiésteme al despacho si usted en alguna ocasión vio que el jefe inmediato le indico la manera en que debía realizar su labor o por el contrario era una coordinación que había entre ellos para desarrollar el objeto contractual? **Contestó:** si su señoría a él le daban órdenes y le decían que tenía que hacer, el horario que tenía que cumplir y las actividades (...) todo el tiempo recibía órdenes. **Preguntado:** ¿usted

*considera que el señor Mario podía realizar sus actividades en otro lugar que no fueran las instalaciones de la Subred Sur Integrada de Servicios? **Contestó:** no doctor, no señor. Preguntado: ¿ósea sus obligaciones, su objeto contractual le correspondía desarrollarlo en la entidad? **Contestó:** Si doctor, por lo que le daban el computador siempre, el contacto era con los pacientes siempre que estaban hospitalizados o necesitaban algún servicio, entonces no lo podía hacer desde ningún otro lugar. **Preguntado:** ¿manifiéstele al despacho si usted en alguna ocasión vio que el jefe inmediato le indico la manera en que debía realizar su labor o por el contrario era una coordinación que había entre ellos para desarrollar el objeto contractual? **Contestó:** si su señoría a él le daban órdenes y le decían que tenía que hacer, el horario que tenía que cumplir y las actividades (...) todo el tiempo recibía órdenes.*

Al valorar el interrogatorio de parte del señor **Mario Alberto Gómez Rivera**, se observa que el mismo es coincidente con la testigo en el sentido de quien era su jefe inmediato, la forma en que debía pedir los permisos para ausentarse del cargo etc, es así como el demandante señaló:

*“**Preguntado:** ¿Como se llamaba su supervisor? **Contestó:** la doctora Mónica Rueda. **Preguntado:** ¿cuándo usted se iba a ausentar de su puesto de trabajo o no iba a asistir en un día que le correspondía asistir usted que tenía que hacer? **Contestó:** pedir permiso a mi jefe inmediato a la doctora Mónica Rueda, no podía abandonar el sitio sin decir nada, tenía que pedir permiso. **Preguntado:** ¿cómo hacia la solicitud? **Contestó:** le mandaba un correo a la doctora Mónica Rueda informándole que si me daba permiso porque tenía x o y cosa que hacer. **Preguntado:** ¿cuál era la función que usted desempeñaba en el hospital? **Contestó:** cuando la gente llegaba entraba por urgencias, entraban por admisión y yo tenía que verificar que la persona estuviera afiliada a una seguridad social, los documentos y que todo estuviera en orden, comunicarme con la EPS y verificar que realmente la persona estuviera afiliada, hacer el trámite correspondiente, pedir la autorización a lo que se le fuera a hacer a la persona, si era una urgencia pues que autorizaran la urgencia, si era hospitalización, si de pronto había una cirugía o si habían procedimientos diferentes.*

Así mismo se puedo constatar que, en el caso concreto, está plenamente demostrada la subordinación por cuanto el demandante debía:

- (i)** Cumplir turnos que le eran asignados en horario de lunes a viernes de 7 a.m. a 5 p.m. y los días sábados, alternados con algunos domingos inclusive, 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.

- (iii)** El demandante, en su calidad de técnico de autorizaciones no podía ausentarse de su lugar de trabajo sin informar a sus superiores, toda vez que era la única persona que realizaba su labor durante sus turnos de trabajo y si se ausentaba debía informar esa situación para que alguna persona que hiciera parte del personal del hospital realizara sus funciones.
- (iv)** No tenía autonomía en el desarrollo de sus labores, pues todo el tiempo recibía órdenes de su jefe, coordinador o superior y estaba sometido todo el tiempo a las directrices internas y protocolos que le imponía la entidad.
- (v)** La señora Diana Paola Peña Sánchez señaló que, aunque ella se desempeñaba en un área distinta a la de la demandante (trabajadora social), su trabajo se complementaba con el de este en el sentido que la verificación del estado de afiliación al Sistema General De Seguridad Social y servicios que requerían los pacientes que acudían al hospital debían ser coordinados entre ambos.
- (vi)** Igualmente, la testigo y la demandante concuerdan en que la jefe o coordinadora era la señora Mónica Rueda.

Como se pudo verificar, el demandante más allá de una relación de coordinación se encontraba sometido a cumplir las funciones suscritas en los diferentes contratos entre ellas:

“1- La verificación del paciente en SGSSS. 2- El diligenciamiento de anexo 2.3. 3.- El envío de anexo dos a las entidades responsables de pago (3 veces durante 2 horas con intervalos de media hora cada envío). 4- El seguimiento de generación de autorización y reporte a ente territorial al cual corresponda el paciente. 5- El seguimiento a conducta médica para solicitud de nueva autorización o ampliación de la misma. 6- Diligenciamiento del anexo tres si se requiere la interconsulta o manejo por parte de otra Unidad de atención del hospital o la hospitalización del paciente. 7- Solicitar ante las aseguradoras las autorizaciones de servicios. 8- Verificar en conjunto con Facturación que las autorizaciones de servicios estén anexas en las facturas. 9- Entregar anexos y autorizaciones de servicios a los facturadores para que sean anexas a las facturas para cobro. 10- las demás que sean requeridas en el área (...)”

Lo anterior se desprende de cada uno de los contratos de prestación de servicios que suscribió el demandante con la entidad accionada.

Ahora bien, verificado el manual específico de funciones competencias laborales adoptado por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. mediante el Acuerdo N° 001 de enero 2020, se observa que en la planta de personal existe el cargo de Auxiliar Área Salud Código 412, Grado 08 que se encuentra adscrito, entre otras, a las Oficinas de Servicio de Información – TIC, Dirección de Servicios Complementarios y Subgerencia Corporativa – Dirección Financiera de la entidad y cuya labor principal es

“(...) Colaborar con la identificación de los usuarios, admisión de pacientes, suministro de información y orientación, manejo de archivos de historias clínicas, diligenciamiento, consolidación, control, codificación de formularios, cálculo de indicadores estadísticos a través de la implementación de estrategias y actividades (...)” o la de *“(...) Realizar actividades de información en salud para mejorar la atención, orientación y satisfacción de las necesidades y expectativas del usuario (...)”, dentro las cuales se encuentran funciones específicas, tales como: “(...) Atender oportunamente a los usuarios y suministrarle la información necesaria sobre los servicios y horarios de atención (...) verificar la documentación requerida de los usuarios de acuerdo al régimen y la entidad a la cual se encuentren afiliados (...) Entregar a facturación la documentación correspondiente a los usuarios de los servicios (...)”*

igualmente cotejado con el testimonio y el interrogatorio de parte recepcionados el día de la audiencia de pruebas, se desprende que, si bien, no se describieron de maneras exacta las funciones como están establecidas en los diferentes contratos y el manual de funciones citado, si fueron claras en señalar que el demandante realizaba labores propias de la autorización de los servicios que requerían los pacientes y usuarios de la entidad, así como funciones inherentes a esta actividad, entre las que se destaca el reporte de costos al área de facturación y a las aseguradoras de los servicios que utilizaban los usuarios.

No obstante, como las pruebas se deben valorar en sus conjunto, de las documentales, las cuales se reseñaron en el acápite probatorio, se pudo establecer con exactitud que cada una de las labores desempeñadas por el actor en el hospital eran evaluadas, bajos los ítems de productividad, calidad, conducta laboral, entre otros, 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 del señor Gómez Rivera, eran supervisadas por una coordinadora.

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

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

En este orden de ideas, también quedó probado que en el Hospital de Tunjuelito E.S.E. existía cargos de auxiliar de salud y administrativos que se encargaban de la autorización

y documentación de servicios que requerían los pacientes que ingresaban a los diferentes servicios y que el mismo eran permanentes dado que la autorización de servicios y verificaciones de las situaciones particulares de los usuarios ante el Sistema General de Seguridad Social en Salud no podía detenerse al ser elementos indispensables en las actividades desarrolladas por el Hospital y estos eran coordinados por un superior, por tanto, el demandante en su condición de contratista cumplía las mismas funciones que un auxiliar administrativo o de salud que estuviera destinado al área de autorizaciones de la 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 de la demandante no fue para suplir actividades transitorias, sino que la misma perduró durante más de un (01) año, desde el 2013 al 2015, tal como quedó probado con los contratos celebrados entre el actor y la entidad demandada.

Entonces, el Hospital de Tunjuelito E.S.E. (Hoy Subred Integrada de Servicios de Salud 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 auxiliares administrativos destinados al área de autorizaciones, cargos que en efecto están creados en la planta de personal de la entidad y que también desempeñaba el demandante en calidad de contratista, lo cual no era procedente por el carácter de permanente de las labores ejercidas, de modo que 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 parte demandante se encontraba en las mismas condiciones de los empleados de planta, en tanto desempeñaba personalmente la labor, en un cargo que revestía la característica de permanente, aspectos que demuestran que el actor estaba sujeto a subordinación y dependencia.

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

Para esta Judicatura es claro que la continuidad en la prestación de los servicios de autorizaciones del señor MARIO ALBERTO GÓMEZ RIVERA le brinda un carácter de permanente, de lo que se puede colegir que sus servicios como *técnico de*

autorizaciones, 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 1 año.

Además, es importante traer a colación, lo señalado por nuestro Tribunal de cierre en lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 2 de marzo de 2017, radicado 52001-23-31-000-2010-00505-02(4066-14), M.P Gabriel Valbuena Hernández, que respecto de a la labor de auxiliares administrativos, señaló: “(...) *Los citados medios probatorios dan cuenta que la demandante desempeñó sus funciones en un horario determinado y en la sede de la entidad demandada, elementos que por sí solos no son suficientes para demostrar el aspecto sustancial de la subordinación continuada, pero por la naturaleza de funciones que desempeñaba como auxiliar (...), funciones claramente operativas y que se ejecutaban de manera continua, funciones que adicionalmente no requerían un conocimiento especializado propio de los contratos de prestación de servicios, llevan a la Sala a vislumbrar que se está en presencia de una relación laboral, (...) De lo expuesto en el presente acápite se desprende que la actora logró probar que la relación contractual entablada (...) se enmarcó en un contrato de trabajo (...)*”.

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° **oficio OJU-E-1249-2018 radicado bajo el N° 201803510101011 del 8 de mayo de 2018**³⁰, expedido por la jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., en cuanto negó la existencia de una relación laboral entre ese establecimiento público y el demandante, desde el **15 de octubre de 2013** hasta el **30 de junio de 2015**, salvo sus interrupciones.

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

³⁰ Ver folios 8 a 15 del expediente.

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 prestaciones³¹, 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 Unificación³² 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.

Según lo probado en el proceso la parte actora inició su relación contractual a partir del **15 de octubre de 2013** con el contrato N° 5304 y mantuvo su vínculo con el Hospital con sendos contratos de prestación de servicios³³ que se renovaron hasta el **30 de junio de 2015**, por lo tanto de acuerdo con la sentencia de unificación antes transcrita se debe analizar el vínculo y si operó o no el fenómeno de la prescripción, teniendo en cuenta que el señor **MARIO ALBERTO GÓMEZ RIVERA** presentó reclamación ante la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur – Hospital de Tunjuelito E.S.E., **el 23 de abril de 2018**.

En atención a que la vinculación del actor fue discontinua, ya que existieron interrupciones entre uno y otro contrato³⁴, 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° 5961 de 2013, que fue celebrado con fecha 20 de noviembre de 2013, con la advertencia que las prestaciones adeudadas a la actora se deben liquidar **sólo a partir del 20 de noviembre de 2013** por prescripción trienal, pues la reclamación solo se presentó el **23 de abril de 2018 de 2018**, esto es, por fuera de los 3 años

³¹ 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.

³² 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.

³³ 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 si 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.

³⁴ Entre la finalización del contrato N° 5304 de 2013 y el inicio del 5961 de 2013 existió una interrupción de 20 días.

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 20 de noviembre de 2013. En virtud de ello, se declarará parcialmente probada la excepción denominada “**PRESCRIPCIÓN**”, formulada por el apoderado de la entidad demandada.

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 referenciada³⁵:

“(…) 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, el señor **MARIO ALBERTO GÓMEZ RIVERA**, tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales comunes devengadas por un auxiliar administrativo de autorizaciones de la planta de la entidad o el cargo al cual se asemejen las funciones que desempeñaba únicamente por el periodo comprendido entre el **20 de noviembre de 2013 hasta el 30 de junio de 2015** fecha en que terminó el último contrato³⁶, dada la prescripción trienal a la que se hizo referencia.

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 **15 de octubre de 2013** hasta el **30 de junio de 2015** (periodo de desarrollo de los contratos de prestación de servicios, fls. 25-26 expediente digital), 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 15 de octubre de 2013

³⁵ 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.

³⁶ fls. 25-26 expediente digital.

al 30 de junio de 2015, 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 auxiliar administrativo de autorizaciones o el cargo que se asemeje a las funciones desempeñadas por el demandante, por lo tanto, el IBC deberá calcularse con el salario percibido por el cargo citado o uno de similar categoría o denominación.

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

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. Del Restablecimiento del derecho.

Conforme a las reglas jurisprudenciales fijadas en la pluricitada sentencia de unificación proferida por la sección segunda del Consejo de Estado³⁷: *“(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 – Hospital de Tunjuelito E.S.E. lo siguiente:

(i) Pagar al señor **MARIO ALBERTO GÓMEZ RIVERA** las correspondientes prestaciones sociales (liquidadas con base en el sueldo devengado por los servidores de planta que ostentan el mismo o similar cargo al que desempeñó el demandante), en proporción al período trabajado **en virtud del contrato de prestación de servicios N° 5961 de 2013, desde el 20 de noviembre de 2013 hasta el 30 de junio de 2015**, 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 20 de noviembre de 2013 hasta el 30 de junio de 2015, salvo sus interrupciones, el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante como ya se indicó, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

³⁷ *Ibidem.*

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

(iii) Se declarará que el tiempo laborado por el demandante como auxiliar administrativo de autorizaciones bajo la modalidad de contratos y órdenes de prestación de servicios con la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. (Hospital Vista Hermosa E.S.E.), desde el 15 de octubre de 2013 hasta el 30 de junio de 2015, 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 2018³⁸, 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 invocada por su apoderado, 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 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

³⁸ 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)

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 el señor **MARIO ALBERTO GÓMEZ RIVERA**, identificado con cédula de ciudadanía N° 79.212.222 y la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** (Antiguo Hospital de Tunjuelito E.S.E.) se configuró una relación laboral de naturaleza pública durante el periodo comprendido entre el **20 de noviembre de 2013** hasta el **30 de junio de 2015**, fecha en que terminó el último contrato, con ocasión de la ejecución de los contratos de suministro de servicios celebrados y ejecutados, salvo en el lapso de las interrupciones, de acuerdo con las razones expuestas.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se **DECLARA NULO** el **OJU-E-1249-2018 radicado bajo el N° 201835101001011 del 8 de mayo de 2018**, por medio del cual la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** le negó al señor **MARIO ALBERTO GÓMEZ RIVERA** 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 E.S.E.** a que reconozca y pague en forma indexada al señor **MARIO ALBERTO GÓMEZ RIVERA**, identificado con cédula de ciudadanía N° 79.212.222, las prestaciones salariales y sociales y demás emolumentos legales dejados de pagar, equivalentes a los que corresponda al cargo de **AUXILIAR ADMINISTRATIVO DE AUTORIZACIONES** de la planta de personal de la entidad o un cargo con funciones equivalentes a las ejercidas por el actor para el periodo comprendido entre el **20 de noviembre de 2013** hasta el **30 de junio de 2015**, 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 E.S.E.** a que reconozca y pague en forma indexada a la señora **MARIO ALBERTO GÓMEZ RIVERA**, para efectos pensionales, el tiempo comprendido entre el **15 de octubre de 2013** hasta el **30 de junio de 2015**, teniendo en cuenta para calcular el ingreso base de cotización (IBC) el salario que percibía un empleado de la planta de personal de la entidad que desempeñara las funciones equivalentes a las ejercidas por el actor para la época en que 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 el demandante debe acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en caso de no haberlas realizado o que existieran diferencias en su contra, tendrá la carga de completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

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

SEXTO: DECLARAR configurada la **PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA** de las acreencias laborales reclamadas por el señor **MARIO ALBERTO GÓMEZ RIVERA**, anteriores al **20 de noviembre de 2013**, 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 14 de enero de 2021 a las 8:00 a.m. Y se envió mensaje de texto de la notificación de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3º, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.

Firmado Por:

Secretaria

MARIA CECILIA PIZARRO TOLEDO

JUEZ

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

85c866bf7d877f2ab230a709968f533ca50799e6c10709f5c60990d43741f906

Documento generado en 18/12/2020 10:47:20 a.m.

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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