



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020)

Expediente	11001-33-035-025-2019-00418-00
Demandante	LUZ MARINA FAJARDO GALLEGO
Demandada	SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E
Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Contrato Realidad-

I. OBJETO.

De conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Decreto 806 de 2020 y no avizorando causal que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir la **SENTENCIA** que en derecho corresponda, conforme con lo siguiente:

II. LA DEMANDA.

NULIDAD: En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho, la señora **LUZ MARINA FAJARDO GALLEGO**, a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad del acto administrativo oficio 20191100086461 del 26 de marzo de 2019, mediante el cual la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E., le negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales, que afirma se causaron **entre el 31 de mayo de 2011 al 31 de julio de 2019**, lapso durante el cual considera se configuró una relación laboral que devino en un contrato realidad.

A título de **restablecimiento del derecho** solicitó el pago de las diferencias salariales entre los servicios remunerados por prestación de servicios y factores de salarios legales devengados por los auxiliares de enfermería de planta, el valor equivalente al auxilio a la cesantía, los intereses a la cesantía causados, primas de servicios de junio y diciembre; bonificación por servicios, primas de navidad, antigüedad, vacaciones, quinquenio, la compensación en dinero de las vacaciones causadas y no disfrutadas; subsidio de alimentos,, subsidio de transporte, los porcentajes de cotización a salud y a pensión, al cumplimiento de la sentencia y condenar en costas a la entidad demandada.

1. Fundamentos fácticos:

1. La demandante, en su condición de AUXILIAR DE ENFERMERÍA celebró contratos de arrendamiento de servicios y de prestación de servicios sucesivos, habituales y sin interrupción con la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E., entre el 31 de mayo de 2011 al 31 de julio de 2019.

2. Que la demandante ejecutó la prestación en forma personal, constante e ininterrumpida, bajo subordinación y dependencia, recibiendo por ello un pago en forma mensual, devengando como último salario mensual la suma de \$1.480.000; cumpliendo un horario de trabajo con turnos de 12 horas por 36 de descanso incluyendo domingos y festivos; cumpliendo una serie de funciones que le fueron asignadas como AUXILIAR DE ENFERMERÍA, labores que eran supervisadas y realizadas bajo la coordinación de Jefes Inmediatos que le hacían llamados de atención con relación al trabajo, y que realizaban los funcionarios de planta, sin poder ausentarse ni delegar las funciones, únicamente efectuar cambios de turno previa autorización, lo cual implica que aunque desde el punto de vista formal se suscribió un contrato de prestación de servicios, en realidad lo que existió fue una relación de carácter laboral; no le reconocieron prestaciones sociales ni acreencias laborales.

3. Que el **27 de febrero de 2019**, petitionó ante el ente demandado el reconocimiento y pago de todas las acreencias laborales a que cree tener derecho, petición resuelta en forma negativa mediante Oficio 20191100086461 del 26 de marzo de 2019, acto demandado.

b. Normas violadas y concepto de la violación

Invocó como **normas violadas** las siguientes:

Constitucionales: Artículos , 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 125, 126, 209, 277 y 351

Legales:

Ley 6 de 1945
Ley 4 de 1992.
Ley 332 de 1996
Ley 1437 de 2011
Ley 100 de 1993
Ley 244 de 1995
Ley 443 de 1998
Ley 909 de 2004
Ley 80 de 1993
Ley 4 de 1990
Decreto 1045 de 1968
Decreto 1042 de 1978
Decreto 2400 de 1979
Decreto 3135 de 1968

Entre otros

Concepto de violación:

Afirma que el Hospital demandado pretende desconocer la relación laboral que existió con la demandante, sin ninguna justificación, pese a que se constituyeron todos los elementos de un contrato realidad, por cuanto la actora laboró durante el lapso indicado en forma directa, constante e ininterrumpida en el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERIA; sin poder delegar las funciones que le fueron asignadas por la entidad; que durante su permanencia en la entidad se encontraba subordinada y cumplía órdenes de sus superiores

Sostuvo que durante años la accionante estuvo sometida a un trato discriminatorio, pues mientras que sus compañeros de trabajo disfrutaban de vacaciones, recibían bonificaciones, subsidios, primas, y mejor salario la demandante nunca se le reconoció nada de estos beneficios.

Consideró que en el caso no se puede hablar de independencia del contratista si se tiene en cuenta que la demandante prestó sus servicios por 8 años de manera presencial. Personal, constante e ininterrumpida, la actividad ejercida no era de carácter temporal, laboró en el mismo cargo – auxiliar de enfermería-, el cargo existe en la planta de personal, prestó los servicios sin autonomía, cumpliendo un horario de trabajo, acatando el reglamento interno de trabajo.

Citó como sustento de sus argumentos la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, CE-SUJ2NO. 5 DE 2016, sentencia de la Corte Constitucional C-614 de 2009, C -171 de 2012, C-094 de 2003, entre otras.

III. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió mediante auto del 20 de noviembre de 2019, se notificó en debida forma a la parte demandada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público: La audiencia inicial se realizó el 08 de septiembre de 2020, en la que se decidió que la excepción de prescripción, por ser de mérito, sería resuelta a la hora de proferir esta sentencia; se fijó el litigio; se decretaron y practicaron las pruebas documentales y testimoniales en audiencia de pruebas del 06 de octubre de 2020, en la que a su vez, se corrió traslado para alegar de conclusión y se indicó que el fallo sería proferido dentro de los 20 días siguientes a vencerse el término para alegar.

1. Contestación de la demanda.

En tiempo.

Luego de referirse uno a uno a todos los hechos de la demanda, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la misma, para lo cual afirma que teniendo en cuenta la importancia del servicio que prestan las Empresas Sociales del Estado, es posible que se presenten situaciones fácticas que ocasionen gran cúmulo de actividades a desarrollar, que naturalmente deben suplirse mediante contrato de

prestación de servicios, en tanto el personal de planta dela Entidad resulta insuficiente para cumplir con la gestión encomendada. Luego, el Hospital goza de total autonomía administrativa, presupuestal y financiera por lo cual celebra los contratos que considere pertinentes en aras del cumplimiento de su misión como E.S.E.

Sostuvo que la celebración de contratos de prestación de servicios no implica necesariamente discriminación alguna sobre un profesional respecto a una persona que es titular de un cargo de carrera administrativa, dado que es la ley quien ha facultado a las Entidades Públicas para suscribirlos, siguiendo unos parámetros preestablecidos.

2. Pruebas obrantes en el expediente. Fueron relacionadas como aportadas con la demanda las siguientes pruebas relevantes:

- Petición del 27 de febrero de 2019, mediante la cual solicito el pago de prestaciones sociales y la existencia de la relación laboral (fl.33).
- Oficio 20191100086461 del 26 de marzo de 2019, mediante el cual la accionada negó lo solicitado (fl. 38).
- Certificación suscrita por la Directora de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., respecto de los contratos suscritos por la actora y la entidad en los años 2012 a 2019 (fl. 43).
- Contrato de prestación de servicios PS 1584 2019, suscrito por las partes (fl. 44).
- Certificación suscrita por el Secretario Técnico Operativo de presupuesto de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E. en la cual se determina las ejecuciones presupuestales de los años 2012 a 2019 (fl. 46-47).
- Certificado de factores percibidos por el cargo de auxiliar de enfermería (fl. 48).
- Manual de funciones del cargo auxiliar de enfermería (fl. 49).
- Certificado de ingresos y retenciones de la actora de los años 2012 a 2017 (fl. 52).

Igualmente se decretó y practicó el interrogatorio de parte de LUZ MARINA FAJARDO GALLEGO, el cual fue desarrollado se la siguiente manera:

A los interrogantes del Despacho, Luego de los generales de ley indicó:

Preguntado: Empezó a trabajar en el 2012

Contesto: Si

Preguntado: En qué momento sabía que la contratación debía cambiar de prestación a de planta.

Contesto: Al final me di cuenta que tenía los derechos de los de planta.

Preguntado: Conoció otras personas que demandaron por lo mismo.

Contesto: De otros hospitales sí.

Preguntó: Eran autónomos.

Contestó: No siempre había un Jefe.

Preguntado: Que hacen esos jefes.

Contestó: Eran administrativos.

Preguntado: Que profesión tiene.

Contestó: Es una enfermera.

Preguntado: Cuantos jefes pasaron con usted

Contestó: 3.

Preguntado: Cuánto tiempo lleva de auxiliar.

Contestó: 10 años.

Preguntado:Cuál era su función.

Contestó: Nos dedicábamos al paciente los turnos.

Preguntado: Lo hacían con un protocolo por orden.

Contestó: por protocolo que lo dio el hospital al inicio.

Preguntado: Como se cambian los turnos.

Contestó: Se concertaba con los compañeros y se llevaba a que lo autorizara el jefe.

A los interrogantes del apoderado de la parte accionada indicó:

Preguntado: Desde que fecha está vinculada

Contesto: Desde el 1 de mayo de 2012

Preguntado: Que tipo de contrato firmó.

Contesto: Prestación de servicios.

Preguntado: Quien le auditaba las funciones.

Contesto: Mi jefe inmediato Sandra Pinto y Joaquín Ávila.

Preguntado: Que cargo tenían ellos.

Contesto: Sandra era mi jefe de turno y Joaquín mi jefe quienes supervisaban el trabajo.

Preguntado: De quien recibía felicitaciones.

Contesto: De pacientes y de la Subred.

Preguntado: En que espacios de su horario tomaba alimentos o pausa activa.

Contesto: No había pausas activas.

Preguntado: Que horario cumplía y cuando descansaba.

Contesto: Turnos de 7 a 7 de la mañana y por temporadas mucha carga en la que me tocaba sola.

Preguntado: Como era la relación con las otras personas que cumplían la misma función.

Contesto: Muy buena.

Preguntado: Las funciones las conoció desde que firmó el contrato.

Contesto: si

Preguntado: Laboró de manera simultánea con otra entidad de salud.

Contesto: No, solo con la Subred Centro Oriente.

Preguntado: Se vio obligada a firmar un contrato.

Contesto: No de manera voluntaria.

Preguntado: Quien le auditaba los turnos.

Contesto: Mi jefe Joaquín Ávila.

Preguntado: La requería por llegadas tarde.

Contesto: No llegue tarde nunca.

Preguntado: Le rendía informe a alguien más.

Contesto: A los Coordinadores.

Preguntado: De qué forma hacia los pagos a seguridad social.

Contesto: Siempre lo dejaba disponible en el sueldo anterior.

Preguntado: Estaba como funciones pagar la seguridad social.

Contesto: Si estaba el contrato.

Preguntado: Como se excusaba para un permiso.

Contesto: Con autorización del Jefe.

Preguntado: Se ausento por alguna diligencia personal.

Contesto: No nunca lo hice, solo por cambios de turno.

Preguntado: Se presentó a convocatoria de la entidad para acceder como funcionaria de planta.

Contestó: Si

Igualmente se decretó y practicó el testimonio de **MYRIAM STELLA CASTELLANOS BEJARANO**, el cual fue desarrollado de la siguiente manera:

A los interrogantes del Despacho, Luego de los generales de ley indicó:

Preguntado: Tiene Afinidad con la demandante.

Contesto: Compañeras.

Preguntado: A demandado por los mismos hechos.

Contesto: Si, demande a la Subred, hace tres años en el 2017.

Preguntado: Cuándo le pidió al Hospital que le reconociera otro derecho.

Contesto: En el año 2017.

Preguntado: Quien es el apoderado de esa causa.

Contesto: El doctor Andrés Felipe Lobo.

Preguntado: Cuantos compañeros fueron a demandar al tiempo.

Contesto: yo fui sola.

Preguntado: Usted le comentó a la actora de la demandante de su demanda.

Contesto: Si hace 3 años.

A los interrogantes del apoderado de la parte actora indicó:

Preguntado: Como le efectuaban el pago a la demandante.

Contesto: mensualmente.

Preguntado: La demandante recibía órdenes.

Contesto: Si verbales o escritas.

Preguntado: Recibían capacitaciones.

Contesto: sí.

Preguntado: Esas capacitaciones se las hacían en conjunto con las personas de planta.

Contesto: si

Preguntado: Quien le daba los insumos

Contesto: Los Jefes.

Preguntado: Había personal de planta que hacia las mismas funciones

Contesto: Si Claudia Velásquez, Eliana Borda

Preguntado: La accionante pedía ausentarse de manera voluntaria.

Contesto: No tocaba con permisos.

Preguntado: La accionante reemplazo a personal de planta de la entidad.

Contesto: Si, con autorización.

Preguntado: La actora podía prestar la actividad donde quisiera o en las instalaciones de la entidad.

Contesto: En el hospital.

A los interrogantes del apoderado de la parte accionada indicó:

Preguntado: En que fecha conoció a la actora.

Contesto: Hace 7 años en el 2013.

Preguntado: Que funciones cumplía usted en la entidad.

Contesto: Todo lo relacionado con la enfermería.

Preguntado: Tiene conocimiento si la actora prestó sus servicios en otra entidad.

Contesto: No solamente al Hospital.

Preguntado: La actora se ausento en algún momento.

Contesto: No se ausentó.

Preguntado: En algún momento no se le prorrogó el contrato.

Contesto: No siempre fue continuo.

Preguntado: En qué momento descansaban.

Contesto: En el turno no había descanso, solo después de la jornada.

Preguntado: La actora la obligaron a firmar.

Contesto: No solo que a ella le toco prestar por un mes sola el servicio.

Preguntado: Quien le auditaba los turnos.

Contesto: El coordinador.

Preguntado: Como se llama.

Contesto: Diana Borda.

Preguntado: La actora se presentó en alguna convocatoria.

Contestó: sí.

3. Alegatos de conclusión - parte demandante.

El apoderado de la parte actora, se ratifica en los argumentos expuestos en la demanda. Adicionalmente indicó que la existencia en planta del mismo cargo del actor no está corroborada sólo por los testigos, sino por el manual específico de funciones de la entidad, anexo al presente proceso, donde se establecen incluso las funciones que desarrolla dicho cargo y que son asignadas al personal de planta.

Que el porte obligatorio de carné, el cumplimiento de un horario de trabajo (turnos), la responsabilidad sobre las herramientas entregadas por la demandada al demandante, son obligaciones que se evidencia en los mismos contratos de prestación de servicios suscritos y anexos al expediente.

El cumplimiento de órdenes y protocolos es apenas obvio en desempeño del cargo de auxiliar de enfermería, sería insólito pensar en que existe un solo auxiliar de enfermería en cualquier institución de salud en el país, que obre de manera autónoma e independiente, sin sujeción a los lineamientos impartidos por una institución, sin seguimiento de instrucciones médicas o procedimentales y sin recibir las herramientas, equipos e insumos para trabajar.

Consideró que el auxiliar de enfermería comporta la base de la pirámide laboral en cualquier hospital o clínica, siempre deben seguir órdenes e instrucciones de los

jefes de enfermería, los médicos tratantes o los coordinadores del servicio, un paciente jamás es atendido, valorado y tratado por concepto unilateral y a orden exclusiva de un auxiliar de enfermería, sentido en el cual, cobran completa validez las aseveraciones de las declaraciones.

Indicó que los fundamentos y pretensiones de la demanda han quedado plenamente sustentados en juicio, que es importante recordar que el artículo 53 de la constitución Política da prelación a la realidad sobre las formas, así, la prestación de servicios en el presente asunto no es más que un rótulo, pues en realidad, la demandante fue contratada para que con sus servicios cumpliera la función administrativa de la entidad, cual es la prestación del servicio de salud en el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA, cargo y funciones que inexorablemente hacen parte de la misión de la parte pasiva. Adicionalmente, al revisarse el acervo probatorio, particularmente el manual específico de funciones del cargo denominado AUXILIAR DE ENFERMERÍA, se evidencia que las funciones ejercidas por mi mandante resultan ser iguales a las ejercidas por un empleado público, los cuales gozan de salarios, prestaciones y acreencias laborales

Que los elementos constitutivos de la relación subordinada están más que probados en el presente asunto, ciertamente, es INACEPTABLE que la demandada se sirva vincular personal por prestación de servicios, para desarrollar la función pública para la cual fue creada la entidad, cual es la prestación del servicio de salud

4. Alegatos de conclusión - parte demandada.

La apoderada de la accionada, se ratificó en los argumentos de la contestación de la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Solicitó se absuelva a la entidad, y en consecuencia, se tenga por probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, especialmente la de la Ausencia de relación laboral, teniendo en cuenta que no se lograron demostrar a cabalidad los elementos constitutivos de un contrato de trabajo, especialmente el de la subordinación. Luego, los elementos materiales probatorios no fueron suficientes para dar por demostrado dicho elemento, que lo reiteraremos más adelante, toda vez que la existencia de una supervisión contractual, o la mera existencia de un presunto horario de trabajo no son elementos de suyos demostrativos del ingrediente de subordinación.

Consideró que la suscripción de este tipo de contratos debe obedecer no solo a la necesidad de la administración, sino también a la imposibilidad de satisfacer esa necesidad con el personal que labora en la entidad pública respectiva; ahora bien, considerando que resulta algo complejo estar modificando las plantas de personal de las entidades según la variación diaria de la necesidad, se ha optado por permitir que las entidades públicas suscriban este tipo de contratos para garantizar la atención del servicio conforme a los requerimientos diarios que este demanda, sin que esto llegue a vulnerar las prerrogativas constitucionales.

Manifestó que no se probó que la Demandante le fueren impartidas órdenes operativas o misiones de trabajo en las que se especificara las instrucciones

particulares sobre la labor a desarrollar; dentro del plenario no obran pruebas documentales ni testimoniales que permitan afirmar de plano que dependía de un superior jerárquico, que recibía órdenes continuas y realmente de subordinación.

Indicó que no se probó dentro del proceso que la Demandante le fueren impartidas órdenes o instrucciones en el desarrollo y ejecución de los contratos de prestación de servicios suscritos la Empresa Social del Estado, pues éstos eran ejecutados con plena autonomía e independencia por el aquí Demandante.

Adujo que no hay prueba alguna aportada por la Demandante que demuestre subordinación alguna; aquí no hay lugar a un supuesto contrato realidad que alega la parte actora, toda vez que nunca existió subordinación

El señor Agente del Ministerio Público guardó silencio.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Problema jurídico.

El litigio gira, principalmente, en torno a establecer si hay lugar a la declaratoria de existencia de un **CONTRATO REALIDAD DE NATURALEZA LABORAL** entre la SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE – E.S.E.- y la señora **LUZ MARINA FAJARDO GALLEGO**, en consecuencia, si tiene derecho a que se le reconozca y pague en forma indexada los salarios y prestaciones sociales y demás emolumentos a que haya lugar, que pudieron causarse durante su relación contractual con la demandada, que afirma, sucedió **entre 31 de mayo de 2011 al 31 de julio de 2019**.

2. Solución a los problemas jurídicos planteados.

3. Régimen legal aplicable.

Para resolver los precitados problemas jurídicos principales y secundarios, se tendrá en cuenta que el régimen aplicable y lo dispuesto por el H. Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación precitada, CE - SUJ2 No 5 de 2016 23001 23 33 000 2013 00 260 01 (0088-2015).

Los artículos 122 y 125 de la Constitución Política, disponen:

“ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en 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. (...)”

ARTICULO 125. 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 su parte el artículo 1º de la Ley 909 de 2004 señala que de acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos: de carrera, de libre nombramiento y remoción, de periodo fijo, y

empleos temporales. Adicionalmente, los trabajadores oficiales se vinculan con el Estado a través de contratos de trabajo.

Adicionalmente los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo prevén que:

“ARTICULO 22. DEFINICIÓN.

1. Contrato de trabajo es 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.

2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.

ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. Subrogado por el art. 1, Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliquen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”

De otra parte, en relación con los contratos de prestación de servicios, su definición está contenida en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

*“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales **cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados**. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”*

Luego la vinculación con el Estado puede darse, en principio, en virtud de una relación legal y reglamentaria para los empleados públicos; los trabajadores oficiales se vinculan mediante contrato de trabajo y, los contratistas lo hacen a través del contrato estatal de prestación de servicios.

En relación con los contratos de prestación de servicios la Corte Constitucional ha establecido parámetros que permiten determinar ese tipo de contratos¹, señalando

¹ Sala Plena de la Corte Constitucional, Expediente No. D-1430, Sentencia C- 154 del 196 de marzo de 1997, M.P: Dr. Hernando Herrera Vergara.

que (i) esa modalidad no puede comprender el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente; (ii) la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato y; (iii) no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste **quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado** y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

En la misma providencia la Corte se ocupó de matizar el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en materia laboral, de la siguiente forma:

“El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal. De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del “contratista convertido en trabajador” en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.”

En providencia posterior la Corte Constitucional² determinó los criterios que permiten establecer o diferenciar lo que constituye una actividad permanente, al precisar que:

*“(…) la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) **al criterio funcional**, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”; (ii) **al criterio de igualdad**, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”; (iii) **al criterio temporal o de habitualidad**, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”; (iv) **al criterio de excepcionalidad**, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”; y (v) **al criterio de continuidad**, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar*

² Sala Plena de la Corte Constitucional, Expediente No. D-8666, Sentencia C-171 del 7 de marzo de 2012, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.”

De lo anterior resulta claro que si bien el ordenamiento legal permite celebrar contratos de prestación de servicios profesionales de apoyo a la gestión de las entidades públicas, esta modalidad de contratación no debe servir de cortina para disfrazar una auténtica relación de carácter laboral, pues de ser así, surgen, en forma inmediata, los derechos para el contratista de acceder al reconocimiento y pago de los derechos y prerrogativas propios de una relación laboral, especialmente en aquellos casos en los cuales se trata de atender actividades consustanciales al giro ordinario u objeto social del ente contratante; es decir para suplir necesidades administrativas permanentes, necesarias e indispensables para la consecución de sus fines. Obsérvese que respecto de la evasión de la vinculación legal pertinente, el Consejo de Estado ha dicho³, que “Debe advertirse, que las diferentes situaciones administrativas y necesidades del servicio, no pueden convertirse en evasión para vincular precaria e ilegalmente personal para el desempeño permanente de funciones públicas en este caso el servicio de salud”.

Ahora bien, el H. Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación precitada, CE - SUJ2 No 5 de 2016 23001 23 33 000 2013 00 260 01 (0088-2015), en relación con el tema bajo estudio concluyó:

“3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta 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.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Expediente No. 2008-00344, sentencia del 1º de marzo de 2012.

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 CPACA).

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.**"

Así mismo, es relevante para el particular traer a colación lo indicado respecto de la interrupción en la ejecución entre uno y otro, así:

"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. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios."

También es relevante traer a colación la sentencia del siete (7) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), radicación número: 66001-23-33-000-2013-00088-01(0115-14), que en cuanto a la prescripción en este tipo de controversias indicó:

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

Caso concreto

Acorde con la anterior línea jurisprudencial, para el caso concreto, la actora afirma haber iniciado sus labores contractuales con la SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE – E.S.E.-, **a partir del 31 de mayo de 2011 hasta el 31 de julio de 2019**, y revisado el acervo probatorio aportado en la demanda, encuentra demostrado que la demandante prestó sus servicios de la siguiente manera:

CONTRATO N°.	DESDE	HASTA
634-2012	07-06-2012	31/07/2012
922-2012	01/08/2012	13/11/2012
1097-2012	17/11/2012	31/01/2012
170-2013	01/02/2013	31/03/2013
808-2013	01/04/2013	30/04/2013
1050-2013	01/05/2013	30/11/2013
2435-2013	04/12/2013	31/01/2014
237-2014	01/02/2014	30/06/2014
1789-2015	01/07/2014	30/09/2014
3008-2015	01/10/2014	30/11/2014
4201-2015	01/12/2014	20/01/2015
625-2015	21/01/2015	31/05/2015
2185-2015	01/06/2015	18/08/2015
2675-2015	01/09/2015	30/11/2015
4115-2015	01/12/2015	31/12/2015
602-2016	01/01/2016	09/01/2017
PS 029 62017	10/01/2017	09/01/2018
PS 0637 2018	10/01/2018	31/01/2018
PS 1584 2019	01/02/2019	31/07/2019

De otro lado, se pudo verificar que el objeto principal consistió en “la prestación de servicios profesionales como TÉCNICO EN AUXILIAR DE ENFERMERÍA PARA LA EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES ASISTENCIALES EN LOS PROCESOS DE GESTIÓN HOSPITALARIA, URGENCIAS Y QUIRURGICOS CONFORME LAS NECESIDADES DE LA SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E..

En desarrollo de los mismos ejecutó las siguientes actividades: “1) Recibir y entregar turno de acuerdo a los protocolos de la entidad 2) Controlar los signos vitales de cada uno de los pacientes asignados con periodicidad requerida según orden médica y de la enfermera, informando al médico y enfermera las alteraciones encontradas y registrándolos en la historia clínica digital. 3) orientar y preparar los pacientes para exámenes diagnósticos de acuerdo con los protocolos de manejo y tecnología requerida. 4) Realizar actividades propias del cuidado de enfermería previendo acciones inseguras en la prestación del servicio de salud. 5) Notificar inmediatamente las acciones inseguras ocurridas a sus pacientes al médico de turno, jefe inmediato y en el aplicativo dispuesto para ello. 6) Informar a la enfermera jefe de servicio y médico tratante sobre el estado clínico de los pacientes en forma oportuna y adecuada. 7) Revisar la historia clínica de los pacientes asignados conociendo su evolución diaria, tratamiento para realizar el plan de cuidado de enfermería integral del paciente. 8) Mantener limpio y ordenado la unidad de los pacientes asignados durante el turno. 9) Realizar registros clínicos en forma oportuna, diligenciando las casillas correctamente y dando cumplimiento a la Resolución 1995/1999. 10) Cumplir las normas institucionales de bioseguridad, vigilancia epidemiológica, gestión ambiental, salud ocupacional y demás políticas institucionales. 11) Responder por los inventarios, conservación y uso adecuado de los equipos, elementos e insumos al igual que el cuidado de la infraestructura y 7o área donde se encuentre desarrollando la actividad. 12) Mantener organizadas las historias clínicas de conformidad con el manual de historias clínicas vigente para la entidad” entre otras.

Ahora bien, hasta este punto se puede indicar que la actora suscribió sendos contratos con la accionada para desempeñarse como auxiliar de enfermería y como consecuencia de estos obtuvo una remuneración, con lo cual se puede concluir que hay claridad respecto de los elementos de **remuneración y prestación personal del servicio**.

Ahora bien, en cuanto al elemento de la **subordinación** se debe indicar que la entidad demandada no desvirtuó el testimonio de **MYRIAM STELLA CASTELLANOS BEJARANO**, y de lo que divisó el Despacho, la testigo percibió de manera directa la labor de la accionante pues compartió labores por periodos, amén de haberse conocido con ocasión de ese trabajo y haber compartido labores y compañerismo por 7 años, por tanto, los aspectos de modo, tiempo y lugar respecto de la labor ejercida por la accionante expuestos por la testigo, dan claridad a este fallador sobre los hechos toda vez que depuso sobre cumplimiento de turnos en los horarios impuestos por la accionada, la dependencia e

instrucciones de jefes inmediatos,, capacitaciones, que cumplía las mismas funciones que desarrollaban las auxiliares de enfermería de planta, que había una subordinación rígida debido a que debía acatar las órdenes de la jefe de enfermeras, diferentes médicos que efectuaban el turno a los pacientes y de las directivas de la institución hospitalaria, así mismo, la obligatoriedad en la prestación del servicio y los procedimientos para obtener un permiso, entre otras, sumado a que guardan coherencia con lo manifestado por la actora en el interrogatorio de parte agotado en la audiencia de pruebas, en aspectos como el cumplimiento del horario, la constante recepción de órdenes, los jefes inmediatos, las particularidades en las funciones desarrolladas, el pago de los honorarios y una que cobra mayor relevancia; la existencia de personal de planta ejecutando idénticas funciones, inclusive, de reemplazos por parte de la actora frente a permisos o ausencias de este personal.

De otro lado, al revisar la normativa que define la naturaleza de las E.S.E. se puede verificar que las funciones desempeñadas por la contratista, en su condición de AUXILIAR DE ENFERMERÍA, sin lugar a dudas corresponden a la **misión y objeto** social de la entidad demandada, como se desprende de las funciones relacionadas en los contratos, las cuales quedaron expuestas en precedencia.

En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 1º del Acuerdo No. 17 del 10 de diciembre de 1997, proferido por el Consejo de Bogotá D.C., el Hospital San Cristóbal, se define como una Empresa Social del Estado, entendida como una categoría especial de entidad pública descentralizada del orden Distrital, dotada de Personería Jurídica, Patrimonio Propio y Autonomía Administrativa, adscrita a la Secretaría Distrital de Salud y sometida al régimen jurídico previsto en el capítulo III, artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993.

Y el artículo 5º del mismo ordenamiento, señala que su objeto social es la prestación de servicios de salud, entendido como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud. En consecuencia, en desarrollo de este objeto, adelantará acciones y servicios de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación de la salud, los cuales deberá dirigir prioritariamente a la población pobre y vulnerable, independiente de si está afiliada o no al Régimen Subsidiado de la Seguridad Social.

El artículo 49 de la Constitución Política, prevé que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Luego atendiendo la regulación aludida anteriormente, es claro que la prestación del servicio de salud **es una actividad, continua, permanente, necesaria, indispensable y**, prestada entre otras entidades, por las empresas sociales del Estado, dado que dicha actividad constituye su objeto social primordial.

Descendiendo al caso en particular, salta a la vista que los servicios de auxiliar de enfermería prestados por la actora al HOSPITAL MEISSEN II NIVEL E.S.E.; lejos de ser labores esporádicas, son de la esencia o del giro ordinario de las instituciones hospitalarias, y comúnmente son acometidas por los empleados de planta de tales entidades, por lo que contrario a lo argüido por el apoderado de la demandada, desdibuja el elemento de la no subordinación que caracteriza a los contratos de prestación de servicios, esto es, ***desvirtúa la razón de ser del numeral 3º de la Ley 80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal.***⁴

Que el precedente judicial de la H. Corte Constitucional; del H. Consejo de Estado en materia de “contrato realidad” es unánime y coincidente al considerar que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales o fomentar procesos de deslaborización, procederemos a determinar si en el presente asunto la administración en el área de medicina utilizó dicho contrato para ocultar, o simular una verdadera relación laboral.

De otra parte, no sobra indicar que en el presente caso los condicionamientos impuestos en la sentencia C-171 de 2012⁵, no resultan acatados con el proceder de la entidad, dejando en evidencia que no se trató del cumplimiento de unas funciones transitorias o ***contingentes***, pues las funciones de AUXILIAR DE ENFERMERÍA es propia del HOSPITAL demandado, máxime cuando para el caso no es razonable hablar de una actividad temporal de más 11 años, como lo advirtió la H. Corte Constitucional en sentencia C- 401 de 1998 en la que si bien se refirió al personal supernumerario, indicó que *“La relación laboral a la que se refiere la norma impugnada, esto es la que celebra la Administración con las personas que vincula como supernumerarias, reviste un carácter eminentemente temporal. Si dicho elemento no está presente de hecho, es decir si la realidad demostrable indica que la relación establecida entre el servidor supernumerario y la Administración no es temporal sino permanente, el juez competente que juzgue el caso particular tendrá facultad para derivar las consecuencias que en materia prestacional deben reconocerse.”*

Obsérvese que frente a ello, el H. Consejo de Estado, aunque en materia de Ley 50 de 1990 también ha indicado que *“Es claro que la Ley 50 de 1990 en su artículo 71 permite la contratación con empresas de servicios temporales, pero bajo los precisos límites del artículo 77 ibídem, motivo por el cual, al igual que lo ha expresado la Sala en los casos en que ha aplicado el principio de la primacía de la realidad para reconocer la existencia del contrato realidad, no resulta viable acudir a la contratación de empresas de servicios temporales cuando se trate del desarrollo de actividades permanentes o propias del objeto de la entidad, pues de*

⁴ Ver Sentencia H. Consejo de Estado, 4 de febrero de 2016, radicación número: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14), **ARENAS MONSALVE**.

⁵ mediante la cual H. Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 50 de la ley 1438 de 2011

ser así, se estarían desconociendo principios constitucionales que rigen la función pública.”⁶

Así las cosas, el Juzgado encuentra demostrados los tres elementos que son de la esencia del contrato de trabajo, por cuanto las actividades desempeñadas por la demandante implicaron una prestación personal de carácter permanente, bajo continuada subordinación y dependencia, y una remuneración a cambio de la prestación de dichas funciones y por contera, queda desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo acusado, siendo procedente aplicar el principio de la primacía de la realidad sobre las formas contenido en el artículo 53 Superior, y sin que sea necesario el análisis de otras pruebas aportadas.

De la excepción de prescripción de los derechos salariales y prestacionales.

Previamente se ha de considerar que teniendo en cuenta que para el caso no es posible darle a la actora el carácter de empleada pública, pues en este aspecto el Despacho hace suyo el argumento expuesto en la sentencia de unificación ya referida cuando frente al particular indicó: *“Pese a hallarse probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), destaca la Sala **que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior**”*⁷.

Se debe en consecuencia indicar que el ingreso sobre el cual se deben calcular las prestaciones dejadas de percibir por la accionante, quien fue vinculada por contrato de prestación de servicios corresponderá a los honorarios pactados, y no de reconocimiento de derechos salariales, lo anterior teniendo en cuenta lo dispuesto sobre este punto por la pluricitada sentencia de unificación que refirió:

“Ahora bien, en lo que atañe al ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el docente vinculado por contrato de prestación de servicios, cabe anotar que este corresponderá a los honorarios pactados, ya que no es dable tener en cuenta, en este caso, el empleo de planta, pues los docentes oficiales se encuentran inscritos en el escalafón nacional

⁶ Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-2013). C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE.

⁷ “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en 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. Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas. Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público. (...)”

docente que implica remuneraciones diferenciadas según el grado en el que estén⁸.”

Acogido el anterior criterio unificador, se tiene que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, **no prescriben, no están sujetos al fenómeno de la caducidad de la acción, como tampoco al agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial y, en todo caso el juez debe pronunciarse sobre este aspecto, así no haya sido peticionado en sede administrativa, ni pretendido en sede judicial.**

En armonía con la precitada Sentencia de Unificación, no sucede lo mismo, respecto de los demás derechos salariales y prestacionales, los cuales se entiende, no escapan a las precitadas instituciones procesales, que dicho sea de paso, al estar contenidas en normas procesales, son de orden público y de obligatorio cumplimiento⁹, de un lado y por otro, quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, **deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual**, tal como se concluyó por nuestro órgano de cierre en la primera regla jurisprudencial decantada en la Unificación.

En segundo lugar, hará de tenerse en cuenta a efectos del reconocimiento lo referido por la Unificación del Consejo de Estado en punto de las interrupciones en la relación laboral cuando indicó:

*“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. Por consiguiente, **le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular**, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios.”*

Y así mismo, como se anunció en el ítem de jurisprudencia aplicable se dará aplicación a la sentencia del siete (7) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), radicación número: 66001-23-33-000-2013-00088-01(0115-14), que en cuanto a la prescripción en este tipo de controversias indicó:

⁸ Decreto 2277 de 1979, “por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”, artículo 36: “Derechos de los educadores. Los educadores al servicio oficial gozarán de los siguientes derechos: (...) b. Percibir oportunamente la remuneración asignada para el respectivo cargo y grado del escalafón; (...)”:

⁹ “ARTÍCULO 13. OBSERVANCIA DE NORMAS PROCESALES. Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.

Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda. Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas.”

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

Precisado lo anterior, como en el evento de acreditarse la existencia del contrato realidad, **se deberá declarar la prescripción de los demás factores salariales y prestacionales que se ordenen reconocer en la sentencia**, por cuanto no se debe olvidar que acorde con lo establecido en el inciso 2º del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en el numeral 2º del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, la reclamación administrativa interrumpe la prescripción, **pero solo por un lapso igual, y no se observa que esta disposición haya establecido alguna excepción o un trato diferencial en eventos de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (art. 53 superior) como el caso que nos ocupa, precisamente porque ello implicaría un trato desigual injustificado proscrito por la constitución en el artículo 13 ibídem.**

Raciocinio que no es caprichoso de este operador, sino que guarda relación entre otras cosas, con lo considerado por el Consejo de Estado en sentencia del 12 de septiembre de 2018, dentro de expediente 730012333000201218302, donde se entró a explicar las diferentes tesis que rodean la prescripción y la escogencia de la llamada a operar en temas laborales, allí manifestó:

- **Tesis intermedia:** en materia laboral aplica la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969¹⁰. De conformidad con estas normas, la prescripción de acciones que emanan de derechos laborales tiene un término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho. Eso significa que, formulada una reclamación que exija el pago de una prestación periódica, se interrumpe la prescripción y entonces el trabajador tiene derecho al reconocimiento de sus prestaciones desde tres años atrás a partir de la fecha de la solicitud que él haga; y desde ahí hacia adelante. En otros términos, las sumas adeudadas desde hace 4 o 5 o más años se pierden.

¹⁰ Artículo 41. Decreto 3135 de 1968: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

Artículo 102. Decreto 1848 de 1969: “Prescripción de acciones. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.

(...)

- **De la tesis intermedia:** esta tesis se acoge aquí, para lo cual se dispondrá lo pertinente en la parte resolutive. La explícita base legal (criterio formal) y la moderación de la proporción de una solución intermedia (criterio material) hacen que ésta sea la tesis más razonable. Por tanto la prescripción se interrumpe con la solicitud de reliquidación y opera hasta tres años hacia atrás, contados a partir de ese momento.

Descendiendo al caso bajo estudio, de los contratos celebrados por las partes se observa que la relación laboral se llevó a cabo del 07 de junio de 2012 al 31 de julio de 2019, así mismo se observa una interrupción de 11 días en la prestación del servicio que data del **19 de agosto de 2015 al 30 de agosto de 2015**.

En este punto, luce oportuno reconocer que el órgano de cierre de esta jurisdicción en la mentada sentencia de unificación no refirió un término en días específico para determinar la existencia de la interrupción en estas controversias, sino que simplemente hizo alusión a un “lapso de interrupción”, denominación que deja al considerando subjetivo del operador jurídico el espacio temporal de las mismas y en consecuencia determinar si hay lugar o no declarar una interrupción.

Atendiendo esta situación, este Despacho considera adecuado hacer uso de la denominada “**solución de continuidad**” establecida en el artículo 10 del Decreto 1045 de 1978, la cual fue dotada de un término de 15 días para efectos de su configuración de la siguiente manera:

“Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad.”

En ese orden, como en el *sub examine* la interrupción que se analiza no superó los 15 días como se anotó, se debe entender que no existió solución de continuidad y por tanto, no habrá lugar a determinar si se aplica el fenómeno prescriptivo expuesto en la sentencia de unificación en cuanto a interrupciones, sino la aplicable a todos los derechos laborales, esto es tres años atrás a partir de la solicitud que se efectuó en procurar del reconocimiento que aquí se debate.

Acorde con lo expuesto, para el caso concreto atendiendo a lo probado, se tiene que la demandante laboró de forma continua para la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente desde el 07 de junio de 2012 al 31 de julio de 2019, y si bien medio una interrupción de 11 días aquella no tiene la virtud de configurar la solución de continuidad, luego se debe tener como prestación de servicio los extremos ya referidos.

Ahora bien, como se afirmó en precedencia la institución de la prescripción no escapa a este tipo de controversia y en esa medida para este fallador es imperativa la aplicación en presente caso, entre otras cosas, porque si se rememora en ordenamiento jurídico colombiano esta figura, en materia laboral, se ha aplicado indistintamente la controversia, inclusive a los regímenes especiales como lo

constituye el de la fuerza pública, donde *mutatis mutandis* para el caso del IPC respecto de las asignaciones de retiro o el 20% reclamado por los soldados que ingresaron como voluntarios se aplica el término prescriptivo establecido en los decretos 1211, 1212, 1213 o el 2728 de 1968, esto para significar que la prescripción es una figura creada para aplicarse de manera general y por tanto llamada a afectar todas las controversias en materia laboral, aunado a que, sin estos funcionarios haber dejado la milicia y demandar a su empleador, la Máxima Corporación Judicial Límite en lo Contencioso Administrativo ha aplicado la prescripción de derechos.

En ese orden, como la relación laboral se extendió hasta el **31 de julio de 2019** y la reclamación administrativa se elevó el **27 de febrero de 2019**, con la cual se debe concluir que operó el fenómeno de la prescripción extintiva, por tanto todo, los derechos laborales que se hubieren causado en favor de la demandante con anterioridad al 27 de febrero de 2016 se encuentran prescritos¹¹, salvo el derecho al reconocimiento del tiempo servido con efectos pensionales.

Prescripción aportes a pensión

No obstante la declaratoria de prescripción, como se señaló con antelación, lo procedente es acoger el criterio adoptado por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación, según el cual, se deben reconocer los aportes a seguridad social (pensión), en caso que llegare a declararse la prescripción del derecho, como quiera que dichos aportes tienen el carácter de imprescriptibles, y por lo tanto se hace necesario en este punto efectuar un pronunciamiento sobre tales aportes a seguridad social, los cuales, según la sentencia de unificación, deben efectuarse en los siguientes términos:

“En atención a que los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, que es imprescriptible, tal como se explicó en precedencia, **la accionada deberá tomar** (durante el tiempo comprendido entre el 1° de julio de 1986 y el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones) **el ingreso base de cotización** (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, **y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.** Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora”.

¹¹ Idéntica consideración le acaece a las cesantías como prestación unitaria, la cual también se ve afectada por el fenómeno de la prescripción. En ese orden, las sumas causadas por este concepto con anterioridad al 07 de mayo de 2015 se encuentran prescritas.

En este orden de ideas, la accionada deberá proceder a reconocer los aportes a pensión **(durante el tiempo comprendido entre el 07 de junio de 2012 al 31 de julio de 2019¹²**.

En consecuencia, la accionada deberá tomar el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, de existir diferencia a favor deberá ser devuelta a la demandante.

De la negación de la siguiente pretensión.

Se negará la compensación en dinero de las vacaciones, por cuanto los supuestos fácticos para su reconocimiento no se estructuran en el “sub judice”, y la actora no acreditó que al personal de planta le fuera negado su disfrute oportuno por razones del servicio, en los lapsos establecidos por la ley.

De los efectos de la presente sentencia.

Al respecto, se acoge el criterio indicado en la Sentencia de Unificación que dispuso:

*“Resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, **para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta**, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial.”* Se resalta.

Observamos, que lo que quiso decir el órgano de cierre en la unificación en cuanto a los efectos, **debe ser comprendido en forma sistémica con la institución del fenómeno prescriptivo**, en tanto que los efectos de la sentencia en materia de contrato realidad, conlleva a la eliminación del mundo jurídico del acto administrativo negatorio de las pretensiones y, por contera, es a partir de dicho desaparecimiento que los derechos afectados, vuelven a su estado inicial. Lo contrario, conllevaría no solo a desacatar las normas procesales en materia de prescripción -que son de orden público y de obligatorio cumplimiento-, sino además a la creación de un tercer régimen procesal y prestacional con la consecuente vulneración de los principios y derechos a la igualdad.

¹² En este aspecto el reconocimiento se efectúa hasta la fecha en que se demostró la terminación del vínculo en el proceso, debido al carácter imprescriptible de los aportes a pensión, reconocido inclusive por la sentencia de unificación que sustenta la decisión, situación que no constituye decisión extrapetita.

Las sumas resultantes a favor de la actora, por el reconocimiento y pago **de las diferencias** de los salarios y prestaciones acá ordenadas, deberán pagarse debidamente indexados, en aplicación a la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto **de las diferencias** mencionadas desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente para cada periodo en que haya causado el derecho o el pago de más por parte de la demandante, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos. La fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada esta sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Lo anterior, sin perjuicio de que los Entes de Previsión Social en Salud y Pensión respectivos, a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, puedan exigir por virtud de esta providencia y en el término prescriptivo, los aportes a que consideren tener derecho.

COSTAS

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso¹³, no hay lugar a la condena en costas, porque se trató de una condena parcial y no se demostró su causación. Lo anterior acorde con el Artículo 2º, Parágrafo 4º del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO.- DECLARAR la prescripción de los demás factores salariales y prestacionales incluyendo las cesantías que se ordenan reconocer en esta sentencia, diferentes a los aportes pensionales, **que se hayan causado, con anterioridad al 27 de febrero de 2016**. Acorde con lo expuesto.

SEGUNDO.- Declarar, que no operó la excepción de **prescripción**, respecto de los aportes para pensión efectuados por la actora. Acorde con lo expuesto.

¹³ “Artículo 365. Condena en costas.

En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

TERCERO.- Declarar que entre la actora LUZ MARINA FAJARDO GALLEGU, identificada con la C.C. 41.763.230 y, **la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E., existió un contrato realidad de naturaleza laboral**, durante el lapso comprendido **entre el 07 de junio de 2012 al 31 de julio de 2019**. Acorde con lo expuesto.

CUARTO.- Declarar la nulidad del Oficio 20191100086461 del 26 de marzo de 2019, expedido por la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E.**, en cuanto le negó a la actora el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y, por contera, el pago de los salarios y prestaciones sociales que peticionó el **27 de febrero de 2019**. Acorde con lo expuesto.

QUINTO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a **título de restablecimiento del derecho**, se ordena a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E.**, lo siguiente:

a). Que reconozca, liquide y pague a la actora, debidamente indexados y de **sus propios recursos, el auxilio de cesantías** que se hayan causado por el periodo comprendido entre, **entre el 27 de febrero de 2016 hasta el 27 de febrero de 2019**, para lo cual la accionada tomará en cuenta que el ingreso sobre el cual se deben calcular las prestaciones dejadas de percibir por la accionante serán los honorarios pactados que devengaba el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA. Acorde con lo expuesto.

b). Que reconozca, liquide y pague a la actora, debidamente indexados y de **sus propios recursos**, mes a mes, debidamente indexadas **las diferencias que arroje la liquidación de la prestaciones sociales, entre el 07 de junio de 2012 al 31 de julio de 2019, respecto de los cuales la accionada calculará su base de acuerdo a los honorarios pactados** que devengaba el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA. Acorde con lo expuesto.

c). Efectuada la precitada liquidación, la accionada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el **07 de junio de 2012 al 31 de julio de 2019**, el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora. De existir diferencia a favor de la demandante deberá ser devuelta a aquella.

d). Declarar que el tiempo laborado por la actora durante el lapso probado del contrato realidad, **07 de junio de 2012 al 31 de julio de 2019**, en el que fue vinculada como contratista y en su condición de AUXILIAR DE ENFERMERÍA, se debe computar para efectos pensionales, acorde con la Sentencia de Unificación.

SEXTO.- Ordenar a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., dar aplicación a lo preceptuado en el inciso 3 del artículo 192 y el inciso 4 del

artículo 195 del C.P.A.C.A. Lo anterior, so pena de incurrir en las sanciones establecidas en el inciso séptimo del artículo 192 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO.- Negar las demás suplicas de la demanda. Acorde con lo expuesto.

OCTAVO.- Sin condena en costas a la parte vencida.

NOVENO.- En firme esta sentencia, **liquídense** los gastos procesales; **devuélvase** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, y **archívese** el expediente dejando las constancias del caso.

DÉCIMO.- La presente providencia se notifica a las partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en concordancia con el artículo 291 del Código General del Proceso (CGP).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

ANTONIO JOSÉ REYES MEDINA
Juez

mas

Firmado Por:

ANTONIO JOSE REYES MEDINA

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 025 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

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:

21652e58dd37ac53f1ca43b2a7ca08ea8f9871fbe4de7ba139bac25331579a91

Documento generado en 29/10/2020 08:02:29 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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