



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

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Expediente	11001-33-035-025-2019-00039-00
Demandante	MÓNICA PATRICIA OTÁLORA RAMÍREZ
Demandada	SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR 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.

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho, la señora **MÓNICA PATRICIA OTÁLORA RAMÍREZ**, a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad del **oficio OJU-E- 2094-2018 de 30 de julio de 2018**, mediante el cual la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., le negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales, que afirma se causaron **entre el 08 de mayo de 2008 al 31 de julio de 2018**, 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 los salarios legales y convencionales, una indemnización por el valor equivalente al auxilio a la cesantía, los intereses a la cesantía causados, primas de servicios de junio y diciembre; primas de navidad, vacaciones, la compensación en dinero de las vacaciones causadas y no disfrutadas; los porcentajes de cotización a salud y a pensión, de la totalidad del importe de descuentos realizados al Hospital por concepto de retención en la fuente; indemnización extralegal por despido injusto, indemnización de la Ley 244 de 1995, artículo 2º en razón a un día de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías; al pago retroactivo a la Caja de Compensación Familiar; a la indemnización establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no afiliación al Fondo Nacional del Ahorro ni haber efectuado las consignaciones de las cesantías; al pago de 100 SMLMV por concepto de daños

morales; que se declare y eleve a la categoría de empleado público a la actora; que se declare que el tiempo laborado bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios se debe computar para efectos pensionales, ordenando emitir la certificación laboral para tal efecto; que se ordene compulsar copias de la sentencia ante el Ministerio de Trabajo para que imponga la multa establecida en el Artículo 63 de la Ley 1429 de 2010; 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 SUR E.S.E., entre el 19 de septiembre de 2006 al 23 de mayo de 2018.

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 \$1.465.560; cumpliendo un horario de domingo a domingo de 7:00 a.m a 7:00 p.m; 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, al igual que felicitaciones verbales por su ejecución; 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 **18 de julio de 2018**, peticionó 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 **OJU-E-2094-2018 del 30 de julio de 2018**, acto demandado.

b. Normas violadas y concepto de la violación

Invocó como **normas violadas** las siguientes:

Constitucionales: Artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 125, 126, 209, 277 y 351-1.

Legales: Decretos 3074 de 1968; 3135 de 1968 artículo 8; 1848 de 1968 artículo 51; 1045 de 1968 artículo 25; 01 de 1984; 1335 de 1992; 2400 de 1968 artículos 26, 40 y 61; 1950 de 1973 artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242; 1919 de 2002; Código Sustantivo del Trabajo artículos 23 y 24.; Leyes 4 de 1992; 332 de 1996; 1437 de 2011; 1564 de 2012; 100 de 1993 artículos 15, 17, 18, 20, 22, 23, 128, 157, 161, 195 y 204; Leyes 443 de 1998; 909 de 2004; 80 de 1993 artículo 32; 50 de 1990 artículo 99; 4ª de 1990 artículo 8; sentencias de la H. Corte Constitucional C-555 de 1994; SU-400 de 1996; C-154 de 1997; C-901 de 2011, entre otras y del

Consejo de Estado del 25 de enero de 2001, exp. 1654-2000, 15 de junio de 2007, exp. 3130-04, entre otras.

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 ENFERMERÍA; portando carné, 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.

Que el Hospital para no contratar directamente al personal, utilizó la fachada de “Contratos de Arrendamiento” y de Prestación de Servicios para vincularla irregularmente, cuando en realidad la trabajadora estuvo todo el tiempo recibiendo órdenes, y cuando la intermediación laboral está prohibida por expresa disposición del CST y sólo en un caso temporal y momentáneo es permitida, para cubrir vacantes, licencias o incapacidades o para ayudar a un aumento de producción o temporada, el cual no podrá ser superior a 6 meses prorrogables máximo hasta por 6 meses más.

Consideró que la entidad demandada realizó todas las acciones indebidas para no contratar como era debido a la demandante y así no cancelarle las prestaciones sociales y con las pruebas allegadas al proceso se demuestra la mala fe patronal razón por la que se debe acceder a las pretensiones.

Indicó que al ejecutar la actora un contrato de prestación de servicios como auxiliar de enfermería realizando actividades dentro de las hospital instalaciones del hospital, cumpliendo agendas previamente elaboradas por el empleador, no se puede entender que la actora pueda delegar sus actividades a un tercero de su elección o ejecutar la labor en un horario determinado a su arbitrio.

Como sustento de sus argumentos trajo a colación la sentencia C-901 de 2011, C-171 de 2012, C-154 de 1997 y del Consejo de Estado del 17 de octubre de 2017, del 15 de junio de 2011 radicado 25000232500020070039501, entre otras.

III. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió mediante auto del 15 de febrero 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 28 de noviembre de 2019, 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 y se decretaron las pruebas documentales y testimoniales las cuales se practicaron en la audiencia del 20 de noviembre 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 entre la demandante y el demandado no existió relación laboral, la demandante no prestó sus servicios a la entidad como lo interpreta la actora, pues esta actuó con plena autonomía y con conocimiento de no estar sometida a los elementos jurídicos de la subordinación.

Consideró que la demandante se vinculó al hospital mediante varios contratos de prestación de servicios autónomos e independientes entre si legalmente y pagados a la contratista. Además prestaba so oferta como contratista independiente y se dio a conocer y actuó como contratista, por ello no es dable tratar de confundir a la autoridad judicial sobre las formalidades del contrato que vinculó a las partes, haciéndolo parecer al contrato laboral.

Sostuvo que no es posible ningún reconocimiento de ninguna acreencia laboral ni indemnización, toda vez que la relación contractual no implicaba reconocimiento de una relación laboral, debido a ello no se puede traer el concepto de los contratos laborales como el despido, pues la cesación de la relación se dio por la terminación del contrato de prestación de servicios debido al cumplimiento del tiempo pactado.

Manifestó que el caso en estudio carece de fundamentos facticos y jurídicos que lleven al convencimiento de la existencia de un contrato realidad toda vez que no está acreditada la subordinación, por el contrario está demostrado que el contratista fue vinculado por medio de contratos de prestación de servicios, utilizando para ello sus propios medios y de manera independiente y sin subordinación alguna.

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

- Cédula de ciudadanía de la actora (fl. 49).
- Petición del 18 de julio de 2018, mediante la cual solicito el pago de prestaciones sociales y la existencia de la relación laboral (fl.51).
- Oficio OJU-E-2094-2018 del 30 de julio de 2018, mediante el cual la accionada negó lo solicitado (fl. 57).
- Certificación suscrita por la Directora de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., respecto de los contratos suscritos por la actora y la entidad en los años 2016 a 2018 (fl. 68).
- Certificación suscrita por la Gerente Administrativa de la Cooperativa de Trabajo Asociado donde se indica que la actora laboró en el Hospital Tunal desde el 8 de mayo de 2018 al 16 de febrero de 2009.

- Certificaciones suscritas por la Coordinadora del Área de Contratación del Hospital Tunal III Nivel desde el 22 de agosto de 2009 (fl. 75 a 76).
- Certificación suscrita por el Representante Legal de la Fundación de la Mano Contigo en la que indica que la actora laboró para el Hospital Tunal en la unidad Neonatal como auxiliar de enfermería desde el 01 de abril de 2015 al 30 de abril de 2016 (fl. 77).
- Certificación suscrita por Talento Humano del Hospital Tunal en la que indica que la actora laboró como auxiliar de enfermería del 08 de mayo de 2008 al 17 de agosto de 2009 (fl. 79).
- Certificaciones de aportes a seguridad social del 2012 al 2016 (fl. 81).
- Extractos cuenta de ahorros de pago de salario (fl. 91- 116)
- Contrato de prestación de servicios No. 866 de 2009 suscrito por las partes, adiciones y otros si al mismo (fl. 121 -129).
- Contrato de prestación de servicios 302 de 2010 suscrito por las partes y adiciones (fl. 129-138).
- Contrato de prestación de servicios 108 de 2011 suscrito por las partes y adiciones (fl. 142-151).
- Contrato de prestación de servicios 364 de 2012 suscrito por las partes y adiciones (fl. 152-154).
- Contratos suscritos por las partes (fl. 244).
- Copia del manual de funciones y competencias laborales de la planta de personal de la accionada vigente para los años 2008-2018 (fl. 245-252).
- Manual de funciones y competencias laborales de la planta de personal vigente para los años 2015-2018, para el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA.(fl. 245-252).
- Manual de funciones para el cargo de enfermería (fl. 249).

Igualmente se decretó y practicó el interrogatorio de parte de MÓNICA PATRICIA OTÁLORA RAMÍREZ, el cual fue desarrollado de la siguiente manera:

A los interrogantes de la parte accionada indicó:

1. Preguntado: Ha presentado otra demanda contra la subred sur.

Contesto: no

2. Preguntado: Durante qué tiempo contrato con la subred sur y en que hospitales.

Contesto: Estuve 10 años en el Hospital el Tunal, desde el 2008 al 2018.

3. Preguntado: Manifieste si contrató de manera directa con el Hospital o en algún momento por intermedio de Cooperativas.

Contesto: Cuando inicié fueron Cooperativas, después de un tiempo ya empezó otra vez con el Hospital, fueron 2 cooperativas en sí, una que se llamaba Coopintrasalud y la otra Empresarial.

4. Preguntado: Quien era su contratante cuando inicio su relación contractual con el Tunal.

Contesto: La Cooperativa Coointrasalud, pero para el Hospital, quedaba dentro del hospital la sede.

5. Preguntado: Quienes eran los supervisores de los contratos de prestación de servicios.

Contesto: No tengo conocimiento.

6. Preguntado: Las actividades que desempeñaba como auxiliar de enfermería para el 2018 -2018, eran las relacionadas en los contratos de prestación de servicios.

Contesto: Si

7. Preguntado: Que debía hacer para que le pagaran los honorarios.

Contesto: Debía pasar una cuenta de cobro cada mes donde certificara que había pagado salud y pensión.

8. Preguntado: Durante 2008 a 2018 existió alguna interrupción.

Contesto: No.

9. Preguntado: Algún descanso, vacaciones.

Contesto: No, trabajé de seguido.

10. Preguntado: Durante 2008 a 2018 estuvo vinculada a otra entidad público o privada o presto sus servicios a otra entidad.

Contesto: En el 2018 si, pero el resto de tiempo no, solo fue Tunal.

11. Preguntado: Durante el 2008 al 2018, tuvo algún llamado de atención, alguna felicitación.

Contesto: No ninguna de las 2.

12. Preguntado: Durante el 2008 al 2018 había alguna forma de controlar su horario de trabajo.

Contesto: Si, llegaban jefes en el horario de la noche que era mi turno y verificaban la llegada temprano y que hubieren llegado todas.

13. Preguntado: Como era esa verificación, a través de qué.

Contesto: Una planilla, ellos la diligenciaban y les pedían a los jefes presentes que certificaran quienes habían llegado temprano y que hubieren llegado todas.

14. Preguntado: Durante su vinculación 2008-2018, en que consistían sus actividades.

Contesto: Llegaba al servicio de neonatos y la jefe me indicaba que pacientes me correspondían, mis servicios eran darle tetero a los bebes, cambio de pañal, canalización, recibir ingresos, hacer papeleo para las salidas, iniciar oxígenos, asistir a los jefes y doctores en procedimientos y llenar registros de enfermería.

15. Preguntado: Quien era su jefe

Contesto: En el transcurso de los 10 años tuve varias, la jefe de enfermería que estaba de turno.

16. Preguntado: Esa Jefe era su supervisora.

Contesto: Si, pero también estaba la jefe de departamento mío, mi jefe más directa era la que estaba de turno.

17. Preguntado: Porque en la pregunta 4 manifestó que no conocía sus supervisores.

Contesto: Me indicó supervisor de contrato, no la entendí así.

18. Preguntado: Durante el 2008 al 2018, por parte del Hospital hoy Subred Sur, recibió algún llamado de atención, amonestación o proceso sancionatorio.

Contesto: No.

Igualmente se decretó y practicó el testimonio de **SARA JENNI LÓPEZ GARCÍA, el cual fue desarrollado se la siguiente manera:**

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

Preguntado: Tiene parentesco con la actora

Contesto: No

Preguntado: Tiene algún problema jurídico con la accionada.

Preguntado: Tiene demanda por los mismos hechos

Contesto: Con la Subred Integrada sí señor.

Si, pero aún no tiene sentencia.

Preguntado: Que clase de problema jurídico.

Contestó: Por prestación de servicios.

Preguntado: De qué épocas.

Contestó: Del 2011 al 2018.

Preguntado: Desde cuando se vinculó y como

Contesto: Del 2011 al 2018.

Preguntado: Ya tiene sentencia.

Contestó: No

Se deja constancia de la parcialidad del testigo.

Preguntado: Desde cuándo, porque y en que circunstancia conoce a la demandante.

Contesto: Entre a trabajar en el Tunal en el 2011 y ahí ingreso la actora al mismo servicio en circunstancias laborales la conocí a ella.

Preguntado: Que circunstancias laborales

Contestó: La atención a los pacientes, manejo de los pacientes, en la unidad.

Preguntado: Como fue contratada la accionante y para qué cargo.

Contesto: Auxiliar de enfermería.

Preguntado: La conoció en el 2011, ella entro ese día o había entrado antes.

Contestó: Había entrado antes de que yo ingresara allá.

Preguntado: En que parte de la clínica u hospital desarrollaban la actividad.

Contestó: En la UCI neonatal.

Preguntado: Que actividad se hace en la UCI neonatal.

Contestó: Se canaliza, curaciones, cuidados básicos del paciente, toma de signos vitales.

Preguntado: Eso lo hacía la actora.

Contestó: Si.

Preguntado: La actividad la hacía libre o por orden de alguien.

Contesto: Por orden de la jefe de servicio quien hacia la coordinación.

Preguntado: La coordinación era diaria, permanente, continua.

Contestó: Era diaria.

Preguntado: Ejemplarice esa coordinación

Contesto: la jefe de servicio nos asignaba las tareas y estaba pendiente de que cada una hiciera lo que tenía que hacer.

Preguntado: En algún momento Mónica podía hacer alguna actividad por fuera de las indicaciones.

Contesto: No, siempre seguía las indicaciones de la jefe.

Preguntado: vio que la actora hiciera la actividad por fuera de esas indicaciones.

Contestó: No.

Preguntado: Sabe cómo era la remuneración de la actora.

Contesto: teníamos el mismo contrato por prestación de servicios y sueldo.

Preguntado: Como era el pago.

Contesto: Era mensual mes vencido.

Preguntado: Para pagar poder Mónica obtener el pago tenía que presentar alguna documentación.

Contesto: Si tenían que presentar las planillas de pago a seguridad social.

Preguntado: Como era el horario que prestaba el servicio la actora.

Contesto: Nos rotaban de horario, ella estaba en el turno de la tarde de 1 a 7 y el horario del día era de 7 a 1 de la tarde y la noche de 7 a 7 de la mañana.

Preguntó: Siempre estuvo presente en la prestación del servicio de la actora o eran diferenciales sus horarios.

Contestó: Estuve con ella presente y en el horario.
Preguntado: Mónica interrumpió el contrato en algún momento.
Contestó: No, siempre estuvo contratada.
Preguntado: Nunca tomaron un descanso a cuenta y riesgo.
Contestó: No.
Preguntado: como controlaban el turno.
Contestó: Si, la jefe era las que hacían el control de llegada.
Pregunto: Como era ese control.
Contestó: La jefe estaba pendiente que llegáramos a las 7 de la mañana.
Preguntado: Mónica llegaba tarde.
Contestó: No
Preguntado: Le llamaron la atención a la actora.
Contestó: No.
Preguntado: Les daban dotación.
Contestó: No, nosotros lo comprábamos.
Preguntado: Lo pagaban con su propio dinero.
Contestó: Si.
Preguntado: Debía tener alguna cualidad ese uniforme impuesta por el hospital.
Contestó: tenía que ser blanco.
Preguntado: Que otros elementos utilizaban para prestar el servicio.
Contestó: Tapabocas, batas, guantes, todos los instrumentos para el manejo del paciente.
Preguntado: Quien daba esos elementos.
Contestó: El hospital daba tapabocas, guantes y batas.
Preguntado: Había algún programa especial para el registro de actividades
Contestó: si, había un programa para hacer las historias clínicas.
Preguntado: Quien daba el pc
Contestó: El hospital.

A los interrogantes del apoderado de la parte actora indicó:

Preguntado: Podía la demandante encomendar funciones elegida por ella misma.
Contestó: No.
Preguntado: Sabe del procedimiento en el caso de que la actora necesitara permiso.
Contestó: Si, debía avisar con 5 días de anticipación y buscar un remplazo para el turno.
Preguntado:
Contestó:
Preguntado: Debía la actora portar algún documento que la identificara como funcionaria del Hospital.
Contestó: Si el carné
Preguntado: Cual era el horario específico de la demandante.
Contestó: Era por turnos, de 7 de la mañana a 1 de la tarde, de 1 de la tarde a 7 de la noche y de 7 de la noche a 7 de la mañana.
Preguntado: La demandante debía asistir a capacitaciones o reuniones.
Contestó: Si, eran obligatorias.
Preguntado: Sabe quién era la persona encargada de pagarle el salario a la actora.
Contestó: No.

A los interrogantes del apoderado de la parte accionada indicó:

Preguntado: La demandante laboró para otra entidad del 2011-2018.

Contestó: No.

Preguntado: Conoce el nombre de los supervisores de los contratos de la accionante.

Contestó: Aura María Vélez,

Preguntado: En que unidad prestó usted los servicios del 2011 al 2018.

Contestó: En la UCI neonatal.

Preguntado: Las actividades realizadas por la actora correspondían a las pactadas en el objeto del contrato.

Contestó: Si.

Igualmente se decretó y practicó el testimonio de **SANDRA LILIANA GALEANO, el cual fue desarrollado se la siguiente manera:**

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

Preguntado: Tiene demanda contra la accionada.

Contesto: Si estoy en proceso.

Preguntado: Que esta buscando con esa demanda.

Contestó: Que me reconozcan el tiempo trabajado pro el tipo de contrato.

Preguntado: De que épocas está demandando.

Contesto: Del 2013 al 2018.

Preguntado: Conoce a la demandante.

Contesto: Si desde que ingrese al Hospital el Tunal.

Se deja constancia de la parcialidad del testigo.

Preguntado: En que parte estaba la actora cuando usted ingreso al Hospital.

Contesto: En la unidad neonatal del hospital el Tunal

Preguntado: Desde que fecha conoce a la actora.

Contesto: Desde que entre a trabajar.

Preguntado: Hubo algún momento que tuvieron jornadas diferenciales.

Contestó: Ya al finalizar mi vinculación.

Preguntado: Que época fue esa.

Contestó: A principios de 2017.

Preguntado: Que actividad realizaba la actora en neonatos

Contesto: Estaba pendiente de los signos vitales, de la parte crítica de los bebes y bienestar de él, toma de laboratorio, hacíamos los procedimientos en conjunto.

Preguntado: Había otras auxiliares aparte de la actora

Contesto: Si habían 7 auxiliares por cada jornada.

Preguntado: Esas personas estaban todas por prestación de servicio o de otra vinculación.

Contesto: Los de planta estaban por la mañana, en la jornada de la actora todos eran por prestación de servicio.

Preguntado: Aclare eso.

Contesto: En la jornada noche todos eran por prestación de servicios y en la jornada diurna si tenían algunas de planta.

Preguntado: Mónica le rendía cuentas a alguien.

Contesto: Al jefe inmediato de turno y a la coordinadora.

Preguntado: Había directrices previas para la prestación del servicio.

Contesto: Debía tener unas capacitaciones especiales.

Preguntado: En cuanto al horario había alguna bitácora o alguien estaba pendiente.

Contestó: Se hacía con la jefe inmediata se hacia la entrega de turno, paciente por paciente para la entrega de turno.

Preguntado: Ese procedimiento era continuo o no siempre.

Contestó: Se hacía siempre.

Preguntado: amonestaron a la actora.

Contestó: No.

Preguntado: Llamaban la actora para turnos diferentes.

Contestó: No, la llamaban a capacitaciones.

Preguntado: Eran constantes las capacitaciones o esporádicas.

Contestó: Esporádicas.

Preguntado: Cuantas sabe que le dieron

Contestó: fueron muchas

Preguntado: quien las daba.

Contestó: del hospital y de empresas.

Preguntado: Le consta de los contratos que firmaba la actora.

Contestó: si

Pregunto: le consta si en el contrato le indicaban el numero de neonatos a atender.

Contestó: No, no determinaban el número.

A los interrogantes del apoderado de la parte actora indicó:

Preguntado: Manifieste si la actora debía utilizar algún elemento que la identificara como funcionaria de la entidad

Contestó: Si, el carné.

Preguntado: Sabe si la actora adquiría elementos para prestar el servicio.

Contestó: En jeringas y cosas para el paciente si las daba el hospital.

A los interrogantes del apoderado de la parte accionada indicó:

Preguntado: Cuantas horas debía laborar el actor por cada jornada.

Contestó: 12 horas por cada jornada nocturna.

Preguntado: A qué horas iniciaba esa jornada nocturna.

Contestó: La jornada de Mónica iniciaba desde las 19:00 horas, hasta las 7 de la mañana del siguiente día.

Preguntado: La actora tenía otros contratos con otras entidades.

Contestó: No siempre laboró para la entidad.

Preguntado: Las funciones siempre eran las mismas.

Contestó: Dependía de la complejidad del paciente.

Preguntado: Eran las mismas pactadas en el contrato.

Contestó: Si.

Preguntado: Sabe si la actora tuvo amonestación o llamados de atención.

Contestó: No.

Preguntó: La demandante sabía las condiciones del contrato.

Contestó: Si

3. Alegatos de conclusión - parte demandante.

El apoderado de la parte actora, manifestó que conforme a las pruebas recaudadas legalmente dentro del proceso y el precedente jurisprudencial se deben acoger todas las pretensiones de la demanda, por cuanto no existe duda de la prestación personal del servicio en forma personal del demandante y con un pago mensual de una suma de dinero como abono a pago de nómina, la subordinación de tipo laboral al recibir órdenes directas de sus jefes inmediatos quienes eran los mismos que le daban órdenes a las de planta que hacían las misma funciones que la demandante, la rotación en turnos mensuales supervisados por sus superiores que le daban órdenes directas.

Manifestó, que también se probó la existencia de cargos de planta que desempeñaban las mismas funciones que la demandante en el tiempo que esta laboro pero que estos sí tenían todas las garantías laborales y económicas plasmadas en la convención colectiva.

Consideró que los testimonios fueron coherentes libres de apremios y claros en afirmar toda la situación que se vivieron en torno a la actividad laboral y su vínculo entre el hospital y la demandante ya que no fueron de oídas sino presenciales de los hechos expuestos por la actora demostrándose la subordinación laboral elemento que plenamente se estableció con su dicho. Carga de la prueba cumplida ya que todos los testigos laboraron con la demandante en un periodo de tiempo y es que son ellos quienes pueden darle al despacho las circunstancias de tiempo modo y lugar de los hechos debatidos.

Como sustento de sus alegaciones citó la sentencia C-171 de 2012, y del Consejo de Estado del cuatro (4) de marzo de dos mil diez (2010) dentro del radicado 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08).

4. Alegatos de conclusión - parte demandada.

La apoderada de la accionada, solicitó despachar desfavorablemente las pretensiones de la demandante, por cuanto, como se encuentra probado, la misma suscribió sendos contratos de prestaciones de servicios, sin continuidad entre algunos de ellos, en los cuales repito, se han pactado de forma expresa su objeto, obligaciones, actividades, plazo, condiciones de pago y demás aspectos de orden contractual.

Sostuvo que el legislador autoriza la celebración de este tipo de contratos cuando determinada actividad, relacionada con la administración o funcionamiento de la entidad, no pueda realizarse con personal de planta y esa es la situación que se ha presentado en el presente caso, tal y como se dejó expreso en las CONSIDERACIONES de los contratos celebrado, para el caso de los auxiliares de servicios generales, informadora y orientadora al indicar que *“El hospital requiere el apoyo del recurso humano para el desarrollo de actividades administrativas, teniendo en cuenta que en la planta de personal no existe el personal suficiente para atender las actividades descritas en la Cláusula Segunda del presente contrato.”*

Indicó que para el caso concreto, la demandante coordinaba con su supervisor el pronto y efectivo cumplimiento del objeto contractual, tal como quedó pactado en el acuerdo de voluntades. Resulta apenas obvio y lógico que, si los espacios para la prestación del servicio son concertados, los supervisores del contrato puedan coordinar su efectivo cumplimiento.

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 SUR – E.S.E.- y la señora **MÓNICA PATRICIA OTÁLORA RAMÍREZ**, 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 el 08 de mayo de 2008 al 31 de julio de 2018**.

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 obliguen 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 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:

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.

“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 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,

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.

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.

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**

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

*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 SUR – E.S.E., **a partir del 08 de mayo de 2008 hasta el 31 de julio de 2018**. Revisado el acervo probatorio aportado en la demanda, encuentra demostrado que la demandante prestó sus servicios de la siguiente manera:

CONTRATO Nº.	DESDE	HASTA
866-2009	22-08-2009	28/02/2010
302-2010	01/03/2010	31/01/2011
108-2011	01/02/2011	31/01/2012
364-2012	01/02/2012	31/12/2012
329-2013	01/01/2013	31/08/2013
1792-2013	08/10/2013	07/01/2014
418-2014	08/01/2014	31/03/2015
21	01-05-2016	31/07/2016
899-16	01-08-2016	31-08-2016
4265-16	01-09-2016	07-01-2017
2578	08-01-2017	31-08-2017
9300	01-09-2017	31-12-2017
3049	01-01-2018	31-05-2018
8151	01-06-2018	31-07-2018

Ahora bien, es necesario aclarar que si bien es cierto obran certificaciones expedidas por Cooperativas de Trabajo Asociado donde la actora estuvo vinculada la actora, aquellas se limitan a certificar un tiempo de servicio a la accionada sin determinar el contrato a través del cual se vinculó, generando contradicciones en el tiempo certificado. En ese orden, en la medida que la pretensión sea la de desvirtuar los contratos de prestación de servicios mediante los cuales prestó o se vinculó la actora a la accionada, se hace imperativo que se especifique en las certificaciones el número del contrato por medio del cual la actora prestó el servicio, razón por la, cual el Despacho se limita a verificar solamente los contratos y certificaciones que relacionen el contrato por el cual se vinculó.

De otro lado, se pudo verificar que el objeto principal consistió en “la prestación de servicios profesionales como APOYO A LA GESTIÓN ASISTENCIAL y AUXILIAR DE ENFERMERÍA.

En desarrollo de los mismos ejecutó las siguientes actividades: “1) *Realizar el recibo y la entrega de turno paciente por paciente indicando los cuidados y actividades pendientes, teniendo precaución de no lesionar con dicha información la intimidad del paciente* 2). *Informar oportunamente a la enfermera profesional y/o médico sobre los cambios ocurridos sobre la situación clínica del paciente.* 3) *Responder por el aseo dentro del servicio y ambiente físico del paciente durante toda la estadía del mismo en el servicio.* 4) *trasladar al paciente a otro servicio*

según las necesidades y hacer entrega verbal del paciente a los auxiliares de enfermería que lo reciban en el servicio. 5) Realizar oportunamente los monitoreos que requiera el paciente de acuerdo a instrucción médica o de enfermera jefe. 6) arreglar los cadáveres de los pacientes fallecidos de acuerdo a los procesos normas establecidos en el servicio y traslado a la morgue. 7) Colaborar con el entrenamiento e inducción de todo el personal de auxiliares nuevos en el servicio. 8) Responder por la conservación del stock de elementos médicos, quirúrgicos y equipos de acuerdo a los sistemas establecidos tales como inventarios y entrega del servicio. 9) Asistir a las reuniones programadas por el coordinador del servicio. 10. Aplicar los principios de bioseguridad y asepsia en la ejecución de cualquier procedimiento relacionado con la atención del paciente crítico, 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 los testimonios de **SARA JENNI LÓPEZ GARCÍA** y **SANDRA LILIANA GALEANO**, y de lo que divisó el Despacho, los testigos percibieron de manera directa la labor de la accionante pues compartieron labores por periodos. La primera del 2011 al 2018 y la segunda del 2013 al 2018, amén de haberse conocido con ocasión de ese trabajo y haber compartido labores y compañerismo por el tiempo relacionado, por tanto, los aspectos de modo, tiempo y lugar respecto de la labor ejercida por la accionante expuestos por los testigos, dan claridad a este fallador sobre los hechos toda vez que depusieron 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**.

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 Tunal, 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 permanente, continua, necesaria e indispensable**, para desarrollar su objeto social, entre otras, por las entidades denominadas empresas sociales del Estado, dado que dicha actividad, se repite, 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 TUNAL III 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.

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**.

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 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

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

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

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 superior⁷.”*

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 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 petitionado 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

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. (...)”

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

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:

“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**

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.”

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.

(...)

- **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 22 de agosto de 2009 al 31 de agosto de 2013, fecha en la cual hubo interrupción en el vínculo, luego del 8 de octubre de 2013 al 31 de marzo de 2015, fecha en la cual hubo interrupción, luego del 01 de mayo de 2016 al 31 de julio de 2018.

Como se observa en la prestación del servicio se observan sendas interrupciones, la primera del 01 de septiembre de 2013 al 07 de octubre de 2013 y la segunda del 01 de abril de 2015 al 30 de abril de 2016.

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

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 emanen 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”.

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 superó los 15 días como se anotó, se debe entender que existió solución de continuidad y por tanto habrá lugar a determinar si se aplica el fenómeno prescriptivo.

Ahora, es claro que medio solución de continuidad entre las partes, respecto de los periodos comprendidos entre el **01 de septiembre de 2013 al 07 de octubre de 2013** y **del 01 de abril de 2015 al 30 de abril de 2016**. De otro lado también es claro que la actora envió reclamación administrativa hasta el **18 de julio de 2018**, con la cual se debe concluir que se interrumpió la prescripción respecto del segundo periodo, esto es **del 01 de abril de 2015 al 30 de abril de 2016**, luego el reconocimiento se debe hacer efectivo desde el **07 de enero de 2014**, fecha de iniciación de la relación laboral luego de la primera interrupción, la cual no alcanzo a ser objeto de interrupción, aclarando en todo caso, que el periodo no laborado 01 de abril de 2015 al 30 de abril de 2016 se debe excluir del reconocimiento en atención a que no hubo prestación del servicio.

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.

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”.

En este orden de ideas, la accionada deberá proceder a reconocer los aportes a pensión durante el tiempo comprendido entre el 22 de agosto de 2009 al 31 de agosto de 2013, del 8 de octubre de 2013 al 31 de marzo de 2015 y del 01 de mayo de 2016 al 31 de julio de 2018.

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 las siguientes pretensiones.

No se accederá a la devolución indexada de la totalidad del importe de descuentos realizados al Hospital por concepto de **retención en la fuente** por cuanto al respecto el H. Consejo de Estado ha indicado que el medio de control judicial de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, no es la vía judicial natural.

Tampoco se ordenará la indemnización establecida en el artículo 2º de la Ley 244 de 1995, por cuanto el H. Consejo de Estado en sentencia del 27 de noviembre de 2014, radicado interno 3222-2013 ya citada, indicó:

“Se precisa que no hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales, toda vez que en el sector público la misma sólo se encuentra prevista en la Ley 244 de 1995 cuando se incumple el plazo para pagar el auxilio de cesantías y en el presente caso, dicha prestación tan solo vino a reconocerse mediante la presente sentencia, la cual es constitutiva del derecho y por ende, es a partir de la misma que surgen las prestaciones en cabeza del beneficiario, en tales condiciones, no resulta viable el reconocimiento de la sanción deprecada.”

Por las mismas razones precitadas, **se negará el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto** porque ninguna prueba acusa un despido sino una terminación contractual por vencimiento de término del contrato, sin evidencia de alguna causal de terminación injusta. Igual suerte tienen **los intereses a las cesantías** causados durante el referido lapso a que se refiere el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, **y la sanción de un día de salario por cada día de mora establecida en el numeral 3º del mismo artículo que es equivalente a la establecida por la Ley 244 de 1995**. Aunado a lo anterior, dado que este supuesto no fue acreditado y máxime cuando no se alegó, acreditó o indicó a qué régimen de cesantías debió corresponder la vinculación de la actora, si anualizado o retroactivo, y este aspecto (del régimen aplicable) no fue objeto de reclamación administrativa.

Se niega la indemnización prevista en el párrafo 1 del artículo 29 de la Ley 789 de 2002 en atención a que la norma está dirigida a una relación laboral por contrato de trabajo donde como consecuencia de esta el empleador no demuestra a la terminación el pago de los últimos tres meses de cotizaciones a seguridad social y parafiscalidad, aspecto que no está llamado a prosperar en el presente caso en atención a que las declaraciones efectuadas en el presente derecho son constitutivas del derecho para la actora, razón por la que no se puede tener como configurados los supuestos de la norma invocada.

Se negará el reconocimiento de la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por cuanto al respecto el Consejo de Estado en sentencia del **seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016)**, dentro del proceso **41001-23-33-000-2012-00041-00(3308-13)**, indicó

“En ese sentido, la sanción se causa cuando existe mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los trabajadores, es decir, que tal derecho prestacional no está en discusión. Dicho de otra manera, el aludido auxilio no es objeto de controversia por existir certeza sobre su causación y por ende, reconocimiento y pago, circunstancia que no se registra en asuntos como el aquí debatido, en el que, precisamente, el demandante pretende le sea reconocida bajo la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de una verdadera relación laboral, por lo que es a partir de la presente sentencia que le surge al actor el derecho prestacional a las cesantías.”

Respecto de la pretensión de **pago de 100 SMLMV por concepto de daños morales será negada igualmente**, no solo por cuanto no fue acreditada probatoriamente su causación en el proceso, sino además por cuanto considera el Despacho que lo ordenado en la presente sentencia a título de restablecimiento del derecho, conlleva también implícitamente tal finalidad. Así lo ha comprendido la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda Subsección “B” del H. Consejo de Estado¹¹, al acudir al principio de **reparación integral del daño**, oportunidad en la que dijo:

¹¹ Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil dieciséis (2016), proceso 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14) Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE.

“Los efectos de la declaratoria de la nulidad de los actos administrativos particulares, en las acciones de restablecimiento del derecho al tenor del artículo 85 del C.C.A, comprende, no sólo el restablecimiento del derecho, entendido este como el efecto de volver las cosas al estado anterior, **sino también la reparación del daño**, en los casos en que no es posible volver las cosas al estado anterior, siendo la reparación integral del daño, la única manera de compensar a la víctima por la lesión originada en un acto ilegal.”

Por último, no se compulsan las copias de la sentencia ante el Ministerio de Trabajo para que imponga la multa establecida en el Artículo 63¹² de la Ley 1429 de 2010, como lo pide la actora, pues ello implicaría arrogarse las competencias de inspección y vigilancia que la ley le atribuye al Ministerio de la Protección Social, máxime que tal aspecto debe tener su propia regulación administrativa en la que la Constitución también garantiza el debido proceso. Lo anterior, sin perjuicio que la parte actora lo haga a su libre albedrío.

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.

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

¹² El mencionado artículo establece: “El Ministerio de la Protección Social a través de las Direcciones Territoriales, impondrá multas hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las instituciones públicas y/o empresas privadas que no cumplan con las disposiciones descritas. Serán objeto de disolución y liquidación las Precooperativas y Cooperativas que incurran en falta al incumplir lo establecido en la presente ley. El Servidor Público que contrate con Cooperativas de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral para el desarrollo de actividades misionales permanentes incurrirá en falta grave.”

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 07 de enero de 2014**. 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.”

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

TERCERO.- Declarar que entre la actora **MÓNICA PATRICIA OTÁLORA RAMÍREZ**, identificada con la C.C. 41.763.230 y, la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, existió un contrato realidad de naturaleza **laboral**, durante el lapso comprendido **entre el 22 de agosto 2009 al 31 de julio 2018**. Acorde con lo expuesto.

CUARTO.- Declarar la nulidad del **oficio OJU-E- 2094-2018 de 30 de julio de 2018**, expedido por la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR 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 petitionó el **18 de julio de 2018**. 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 SUR 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 07 de enero de 2014 hasta el 31 de julio 2018**, 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, excluyendo del reconocimiento el periodo comprendido entre del 01 de abril de 2015 al 30 de abril de 2016. 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 enero de 2014 hasta el 31 de julio 2018, respecto de los cuales la accionada calculará su base de acuerdo a los honorarios pactados** que devengaba el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA, excluyendo del reconocimiento el periodo comprendido entre del 01 de abril de 2015 al 30 de abril de 2016. Acorde con lo expuesto.

c). Efectuada la precitada liquidación, la accionada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el **22 de agosto 2009 al 31 de julio 2018**, 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. Con todo, del reconocimiento la accionada se deberán excluir los siguientes tiempos 01 de septiembre de 2013 al 07 de octubre de 2013 y del 01 de abril de 2015 al 30 de abril de 2016. Acorde con lo expuesto.

d). Declarar que el tiempo laborado por la actora durante el lapso probado del contrato realidad, **22 de agosto 2009 al 31 de julio 2018**, con excepción de las siguientes interrupciones 01 de septiembre de 2013 al 07 de octubre de 2013 y del 01 de abril de 2015 al 30 de abril de 2016, 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: 7b2cabbebed94212b122dff255241864ca6b984c9aa22b73cba65aadae696178

Expediente: 2019-00039

Actores: MÓNICA PATRICIA OTÁLORA RAMÍREZ

Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

Documento generado en 24/01/2021 06:39:11 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>