



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

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Expediente	11001-33-035-025-2019-00557-00
Demandante	MARTHA OFELIA GARCÍA HERNÁNDEZ
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 **MARTHA OFELIA GARCÍA HERNÁNDEZ**, a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad del **oficio OJU-E-4580-2019 del 02 de septiembre de 2019**, 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 03 de agosto de 1998 al 09 de noviembre de 2017**, 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 03 de agosto de 1998 al 09 de noviembre de 2017.

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 \$1.400.000; cumpliendo un horario con turnos rotativos de lunes a viernes de 7:00 a.m a 1:00 p.m, 7:00 p.m a 7:00 a.m y sábados y domingos 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 **20 de agosto 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 OJU-E-4580-2019 del 02 de septiembre de 2019**, 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 30 de enero de 2020, 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 2 de diciembre 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 y se decretaron la pruebas documentales y testimoniales las cuales se practicaron en la audiencia del

26 de enero de 2021, 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 a todos los hechos de la demanda, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la misma.

Sostuvo que frente a las prestaciones sociales de la demandante, los contratos de prestación de servicios de carácter civil suscritos con la misma, en el presente caso se le impone, desvirtuar su naturaleza, con la demostración inequívoca de haberse materializado en este caso, los tres (3) elementos que a juicio de los pronunciamientos jurisprudenciales caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental cuando se comprueba la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual, surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del solicitante en aplicación inicialmente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación.

Indicó que la carga de la prueba le corresponde a la demandante, quien era un contratista como se refleja en los múltiples contratos suscritos entre las partes, si bien la demandante pretende demostrar lo contrario, incurriendo en una imprecisión, ya que infundadamente la demandante pretende desconocer la existencia de la legalidad de la Ley 80 de 1993 en los contratos administrativos celebrados entre las partes, pues el Hospital con relación a los contratos referidos, aplicó todas las condiciones y requisitos establecidos por la normatividad, lo que de suyo lo identifica como un contrato perfectamente válido dentro de su modalidad.

Manifestó que el contrato de prestación de servicios “per se”, no se convierte en contrato laboral por entrañar permanencia, subordinación, ni las sumas canceladas se convierten en salarios, esto debe acreditarse fehacientemente, toda vez que el desarrollo del objeto contratado, por su naturaleza, no puede llevarse a cabo en las circunstancias escogidas por el contratista, sino dentro de las condiciones pactadas y aceptadas por el mismo.

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

- Cédula de ciudadanía del accionante (fl. 45).
- Carné de la accionante (fl. 46)
- Derecho de petición del 20 de agosto de 2019, solicitando el pago de las prestaciones sociales (fl. 47).
- Oficio OJU-E-4580-2019 del 02 de septiembre de 2019, mediante el cual se da respuesta a lo solicitado (fl. 53).

- Formatos cambio de turno y actividades (fl. 67-74 A).
- Certificación de descuento a ARL (fl. 74 B).
- Certificación de prestación de servicios (fl. 75-76).
- Certificación de vinculación (fl. 77).
- Solicitud reserva presupuestal para la orden de de prestación de servicios 98-1477 a favor de la actora (fl. 79).
- Solicitud de afiliación a riesgos profesionales enervada por la actora (fl. 80)
- Citación a reunión general al personal de enfermería (fl. 81).
- Oficios de felicitación por la labor realizada por la actora (fl. 82.83).
- Respuesta a queja por daños en monitor (fl. 84-85).
- Contratos de prestación de servicios suscritos por la actora (fl. 86-200)
- Certificaciones contractuales (fls. 240-404 y 458 – 622 pdf).
- Certificación suscrita por el Director Operativo de la Dirección de Gestión del Talento Humano de la accionada donde relaciona la existencia del cargo Auxiliar Área de la Salud código 412-17 y los salarios que percibe (fl. 670 pdf).
- Manual de funciones y competencias laborales de 2015 (fl. 671 – 1616 pdf)

Igualmente se decretó y practicó el interrogatorio de parte de MARTHA OFELIA GARCÍA HERNÁNDEZ, el cual fue desarrollado se la siguiente manera:

A los interrogantes de la parte accionada indicó:

1. Preguntado: A presentado otra demanda en contra de la accionada

Contesto: No

2. Preguntado: Durante qué tiempo contrató con la accionada.

Contesto: Del 3 de agosto de 1998 al 9 noviembre de 2017.

3. Preguntado: Contrato directamente con el hospital o por tercero o cooperativas.

Contesto: Siempre directamente

4. Preguntado: Quien era el supervisor del contrato

Contesto: al inicio con el dr Liscano

5. Preguntado: Las funciones que ejercía en el hospital Meissen obedecían al objeto del contrato y las obligaciones allí establecidas.

Contesto: si

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

Contesto: pagar salud y pensiones

7. Preguntado: Hubo interrupción, suspensión, incapacidades, en los contratos celebrados

Contesto: No

8. Preguntado: Laboro al mismo tiempo con otra entidad

Contesto: No

9. Preguntado: Tuvo felicitaciones o llamados de atención por escrito

Contesto: Si felicitaciones

10. Preguntado: Las actividades contratadas las podía desarrolladas en otro lado que no fuera en el Hospital Meissen.

Contestó: No

Preguntado: Que actividades desarrollaba usted.

Contesto: Como auxiliar de enfermería, recibo y entrega de turno, revisión de signos vitales, llevar al paciente a rayos X, aseo del paciente, suministro de medicamentos, registro de notas de enfermería, tomar muestra de laboratorio, arreglo de unidad, cambio de posición del paciente.

11. Preguntado: Todas esas actividades estaban determinadas en el contrato.

Contesto: Si

12. Preguntado: Tuvo hijos

Contesto: si

13. Preguntado: Pidió permisos para el momento en que nacieron sus hijos

Contesto: No, ya son grandes

14. Preguntado: En desarrollo del contrato y las obligaciones contractuales la persona que le supervisaba era exclusivamente el supervisor del contrato

Contesto: Había una supervisara y un jefe de servicio que estaban pendientes de lo que uno hacía.

15. Preguntado: Recuerda los objetos y obligaciones contractuales.

Contesto: Si

16. Preguntado: Cuando firmo lo hizo de manera libre y voluntaria.

Contesto: Si

Igualmente se decretó y practicó el testimonio de **MARÍA ISABEL ALONSO CASTRO**, el cual fue desarrollado se la siguiente manera:

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

Preguntado: Tiene algún grado de afinidad o familiaridad con la demandante.

Contesto: No

Preguntado: Porque conoce a la demandante

Contesto: La conocí en el hospital yo era de servicios generales y ella auxiliar de enfermería.

Preguntado: Porque conoce a la demandante García.

Contestó: En el Hospital porque yo trabajaba en servicios generales, había semanas que me tocaba urgencias, otras oficinas, por eso la conozco.

Preguntado: En que época fue.

Contesto: Yo en el 2001 y ella en el 2005

Preguntado: Hasta cuando tiene presente el tiempo que la demandante prestó el servicio.

Contesto: No tengo presente por la unificación de la Subred.

Preguntado: Hasta que fecha tiene presente.

Contestó: hasta el 2016.

Preguntado: Sabe que horarios tenía ella

Contesto: Le tocaba por la noche de 7 a 7

Preguntado: Que otras personas acompañaban a la demandante en sus actividades.

Contesto: Fui compañera de Yolanda, Blanca, Alicia, se de mucha gente pero no recuerdo los nombre porque dure 19 años.

Preguntado: Las funciones que hacia la actora era continua o esporádica

Contesto: Continua

Preguntado: Ella le rendía informe a alguien

Contesto: Si a la coordinadora, era verbal o escrito

Preguntado: Vio si amonestaron a la actora.

Contesto: No

Preguntado: Sabe quiénes son de planta y quienes por contrato

Contesto: Si, planta tiene todas prestaciones, las de contrato no

Preguntado: Que diferencia había entre las actividades que hacia la actora y una de planta.

Contesto: Las actividades eran las mismas, no había diferencia, lo único eran las prebendas, las de planta tenían permisos sindicales y toda clase de permisos.

A los interrogantes del apoderado de la parte actora indicó:

Preguntado: Sabe si la actora podía ingresar y salir a la hora que quisiera

Contesto: No tenía que cumplir con el horario

Preguntado: Sabe si la actora podía delegar la función a otra persona

Contesto: No ella tenía que hacer lo que le dijeran

Preguntado: Sabe si la demandante portaba algún elemento que la identificara como trabajadora

Contesto: si el carné

Preguntado: Sabe si la actora debía llevar los elementos para desarrollar la función

Contesto: No, lo daba el hospital

Preguntado: La actora debía llevar los elementos propios para desarrollar la función o se los daba el hospital.

Contesto: Los daba el hospital, como el tensiómetro y todo eso.

Preguntado: Sabe cómo era el trámite para los permisos

Contesto: Se debía solicitar el permiso a la jefe o coordinadora o encargados del personal y pagar el turno a otra persona.

A los interrogantes del apoderado de la parte accionada indicó:

Preguntado: Ha presentado demanda en contra de la accionada

Contesto: Si

Preguntado: En qué estado esta ese proceso

Contesto: Ya salió

Preguntado: La demandante fue testigo en ese proceso

Contesto: No

Preguntado: Sabe quién era el supervisor del contrato de la actora

Contesto: El doctor Liscano, no tengo más presente, habían varios jefes

Preguntado: Sabe con claridad quienes eran

Contesto: No, porque en cada especialidad había uno y no vi el contrato.

Preguntado: Sabe si las funciones de la actora estaban definidas en los contratos.

Contesto: No porque no vi el contrato.

Preguntado: Que debía hacer la demandante para que le pagaran los honorarios

Contesto: Pagar seguridad social, firmar el contrato

Preguntado: Debía rendir algún informe

Contesto: Debía firmar las actividades

Preguntado: Debía rendir informe de las actividades

Contesto: Si debía hacerlo, firmar el informe de las actividades de lo que hacía

Preguntado: Sabe si hubo interrupción en el contrato de la actora

Contesto: No lo sé

Preguntado: Compartían actividades

Contesto: No ella en su área y yo en la mía

Preguntado: sabe si en el tiempo de vinculación la actora prestó servicios a otra entidad

Contesto: No lo se

Preguntado: Como coincidían los horarios

Contesto: En la noche cuando tenía turno en la noche nos veíamos o nos veíamos cuando ella salía del turno y yo entraba

Preguntado: era esporádica

Contesto: Si

Preguntado: Sabe si la actora presto los servicios por cooperativa

En este momento el apoderado de la accionada tacha a la testigo por sospechoso debido a la amistad.

EL Juez le indica que el litigio de ella ya terminó, adicionalmente le indica que no hay prueba que sustente su dicho.

La norma no prohíbe que entre el testigo y la actora haya amistad

De otro lado el momento procesal es este y no otro para allegar las pruebas que determine la tacha.

Igualmente se decretó y practicó el testimonio de **ALICIA MARTÍNEZ GÓMEZ**, el cual fue desarrollado se la siguiente manera:

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

Preguntado: Porqué conoce a la actora

Contesto: compañeras de trabajo del 2004 al 2011.

Se deja constancia que solo se analizara en ese extremo temporal expuesto

Preguntado: Que hacia la actora

Contesto: Estuvimos en la unidad pediátrica, nuestro jefe inmediato era Julio Cárdenas, también Luz Marina Vargas

Preguntado: Como era la coordinación que ellos hacían

Contesto: Ellos eran los que nos dirigían y a ellos se les entregaba las órdenes cuando hacíamos rotación de servicio

Preguntado: Como eran las actividades que hacia la actora

Contesto: Actividades de enfermería, Registrar notas de enfermería, toma de signo vitales, recibo de paciente, estar al cuidado del paciente, cambio de posiciones

Preguntado: Quien les decía que hacer, o era una persona la que ordenaba

Contesto: Era del contrato y había una persona a cargo de nosotras, la jefe.

Preguntado: Como era la supervisión diaria, todos los días, semanal

Contesto: día por medio.

Preguntado: El trabajo entre usted y la actora era permanente o esporádico

Contestó: Esporádico

Preguntado: Cada cuanto se veía con la actora.

Contesto: 3 veces a la semana

Preguntado: En esos 3 días la veía tiempo completo

Contesto: Si

Preguntado: En que horario

Contestó: De 7 de la noche a 7 de la mañana

Contesto: Tenían uniforme o podían ir vestidas como quisieran

Preguntado: Mandábamos hacer el uniforme con el logotipo del hospital de Meissen.

Preguntado: Donde lo compraban

Contestado: En mundo blanco pero le mandábamos hacer con el logotipo del hospital Meissen

Contesto: Si lo mandábamos hacer con el logotipo del hospital Meissen

Preguntado: Como era el logotipo del Hospital.

Contestó: Hospital Meissen, blanco

Preguntado: Que instrumentos utilizaban para prestar el servicio

Contesto: Termómetro, jeringa, estetoscopio, de acuerdo a lo que requería el paciente

Preguntado: Amonestaron a la actora

Contesto: No

Preguntado: Cada cuanto le pagaban a la actora

Contesto: No pagaban

Preguntado: Que Denia hacer ella para que le pagaran

Contesto: Póliza y seguridad social

A los interrogantes del apoderado de la parte actora indicó:

Preguntado: Sabe si había personal de planta que hiciera las mismas funciones que hacia la actora

Contesto: Si

Preguntado: Sabe nombres

Contesto: No lo recuerdo

Preguntado: Sabe si la actora podía delegar las funciones

Contesto: Cuando se presentaba temas familiares se pasaba al Coordinador para el relevo.

Preguntado: La persona que daba las órdenes eran los mismos para los de planta.

Contesto: Si

Preguntado: Tenían algún distintivo como trabajadoras

Contesto: Si un distintivo

Preguntado: Porque ponían escudo al uniforme

Contesto: Para identificarnos

Preguntado: La actora debía cumplir horario

Contesto: Si

Preguntado: Quien contralaba eso

Contesto: Era el protocolo de 7 a 7 de 7 a 1 o de 1 a 7

Preguntado: Para el personal de planta era lo mismo

Contesto: Si

Preguntado: Había diferencia entre los de planta y los demás

Contesto: No

A los interrogantes del apoderado de la parte accionada indicó:

Preguntado: Ha presentado demanda en contra de la accionada

Contesto: Si

Preguntado: En qué estado está el proceso y en que despacho

Contesto: Juzgado 56

Preguntado: La demandante es testigo en ese proceso

Contestó: si

Procede el apoderado de la accionada a proponer tachar por sospechoso en atención a que está favoreciendo a la demandante y está en entredicho su imparcialidad atendiendo a lo manifestado por esta.

Se corre el traslado a la parte actora quien manifiesta que solo depone sobre lo que le consta y está bajo la gravedad de juramento.

El Juez manifiesta que se resolverá la tacha en la sentencia, con todo se deja sentado la imparcialidad del testigo.

Preguntado: En el tiempo que la actora desarrollo su función que tipo de amistad desarrolló

Contesto: Compañeras trabajo

Preguntado: Hacían reuniones de amistad

Contesto: No

Preguntado: Conoce las actividades contractuales de la actora

Contesto: si, eran de enfermería

Preguntado: Esas funciones correspondían a las relaciones contractuales

Contesto: Si

Preguntado: Que debía hacer la actora para que le pagaran los honorarios

Contesto: Pagar salud y pensión y la póliza de cumplimiento

Preguntado: Quien daba fe que cumplía con las funciones

Contesto: Los jefes inmediatos

Preguntado: Eran los supervisores del contrato

Contesto: No, eran los de piso

Preguntado: Sabe si la actora recibió amonestación o felicitación escrita

Contesto: No se

Preguntado: Sabe si la demandante presentó reclamación de inconformidad por la modalidad de contratación.

Contesto: No

Preguntado: Presto la actora los servicios por cooperativas

Contesto: No

Igualmente se decretó y practicó el testimonio de **JEIMY ANGELICA MORENO PARRA**, el cual fue desarrollado se la siguiente manera:

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

Preguntado: Porqué conoce a la demandante

Contesto: compañeras en el Hospital Meissen

Preguntado: Que periodo

Contesto: Del 2012 al 2019 noviembre

Preguntado: Que relación laboral había

Contesto: Yo era enfermera jefe y ella auxiliar de enfermería

Preguntado: Que interrelación laboral existía ente usted y la demandante

Contesto: Yo era la jefe de servicio de ella

Preguntado: Como era esa jefatura frente a ella

Contesto: Ella debía cumplir ya actividades asignadas del servicio y a las necesidades de los pacientes yo le delegaba funciones

Preguntado: Que quiere decir con actividades asignadas

Contesto: Recibo de turno de pacientes, toma de signos vitales, toma de muestra de laboratorio, consejería en lactancia materna, acompañamiento en exámenes especializados como ecografías o tac

Preguntado: Para hacer esas actividades la actora lo hacía autónomamente o lo hacía con coordinación de alguien

Contesto: Se le asignaban y ella las realizaba

Preguntado: Como era la asignación

Contesto: Ejemplo ella tenía asignados 15 pacientes y de manera autónoma ella sabía que debía tomar los signos vitales, pero en caso de alguna complicación el médico ordenaba laboratorio y yo le delegaba esa función a ella.

Preguntado: Había una bitácora donde ellos plasmaban que hacían para que alguien lo revisara o lo hacían y ya

Contesto: Se consignaba en las historias clínicas de los pacientes, que para el año 2019 estaba sistematizado

Preguntado: Dejo la actora de consignar las actividades

Contesto: No

Preguntado: Le llamo la atención a ella

Contesto: No

Preguntado: Usted era de planta o por contrato

Contesto: Contratación directamente con el hospital

Preguntado: Ante quien rendían cuentas ustedes los de contrato

Contesto: Ante los coordinadores de área

Preguntado: Como eran esos coordinadores de área

Contesto: Habían varios coordinadores que asignaban turnos, pisos y funciones de cada área

Preguntado: Esos Coordinadores eran de planta o contratados

Contesto: Algunos de planta otros contratados

Preguntado: Esas coordinaciones eran permanentes o discontinuas

Contesto: Permanentes, ejemplo la coordinadora de enfermería todos los días pasaba por los pisos, revisando la necesidad de cada uno de los servicios, ante una necesidad nos dirigíamos a la oficina de ellos.

Preguntado: Ellos hacían reuniones periódicas o nunca hacían reuniones

Contestó: Si las hacían pero rara vez nos citaban

Preguntado: Eran obligatorias.

Contestó: cuando pasaban por el piso nos reunían en el solarío, nos hacían bajar a todos.

Preguntado: Sabe si a la actora le tocaba ir a alguna capacitación con el Hospital

Contestó: No lo recuerdo

Preguntado: Había diferencia en la prestación de servicios de los de planta y los de contrato.

Preguntado: Que instrumentos debía utilizar la actora para prestar el servicio.

Contestó: El monitor de signos vitales, termómetros, insumos para muestras de laboratorio el pc

Preguntado: Había diferencia en la prestación del servicio de los vinculados por contrato de prestación de servicios y los de planta.

Contesto: Había mas sobrecarga en las de prestación de servicios

Preguntado: como era esa sobre carga

Contestó: Las enfermeras de planta podían escoger el lugar donde querían laborar, tenían menos pacientes que las de prestación de servicios, se podían negar a la asignación de pacientes.

Preguntado: Vio algún contrato de prestación de la actora

Contesto: No

Preguntado: Había limite en los pacientes atender

Contesto: No

Preguntado: Había limitación para la actora en el número de pacientes atender

Contestó: Los que llegaran en ese momento

Preguntado: En qué área estaban prestando el servicio

Contesto: Ginecología con la actora

Preguntado: A la demandante la trasladaban a otras áreas

Contesto: Si a pediatría y medicina interna

Preguntado: Los de planta también eran designados o podían escoger

Contesto: Podían escoger

Preguntado: La actora pidió cambio de turno

Contesto: Si

Preguntado: como era el trámite

Contestó: se hacia la solicitud y debía tener visto bueno de la coordinadora

Preguntado: La actora tomo vacaciones o descanso

Contesto: No

Preguntado: Como era la indumentaria para la prestación del servicio

Contesto: primero era blanco y luego verde, pero las características eran impuestas

Preguntado: No podían escoger donde comprarlo

Contesto: No, lo hacia el hospital

A los interrogantes del apoderado de la parte actora indicó:

Preguntado: En el área que usted estaba con la demandante había personal que hiciera las mismas funciones que ella

Contesto: Las mismas funciones no pero si tenía personal de planta.

Preguntado: La actora podía manejar su horario

Contesto: No tenía que cumplir horario

Preguntado: Como le remuneraban el trabajo a la actora

Contesto: En dinero con consignación en una cuenta que le hacían abrir en Davivienda

A los interrogantes del apoderado de la parte accionada indicó:

Preguntado: Tiene demanda en contra de la accionada

Contesto: Si

Preguntado: En qué estado está el proceso

Contesto: No se

Preguntado: Es testigo la actora allá en su proceso

Contesto: Si

Procede el apoderado a proponer la tacha pro sospechoso e imparcial izada, asimismo por la posible amistad.

Se corre traslado a la parte actora quien reitera que ella depone sobre lo que le costa.

Se dispone resolverla en la sentencia

Preguntado: Compartió actividades familiares con la actora

Contesto: No la relación fue netamente laboral

Preguntado: Sabe quién era el supervisor de los contratos de la actora

Contesto: Las cuentas de cobro las firmaban los Coordinadores de enfermería

Preguntado: Sabe si las funciones que hacia la actora correspondían a los contratos

Contesto: No sabe, porque no conoce el contrato

Preguntado: Que debía hacer la actora para el pago de honorarios

Contesto: Desarrollar las funciones, cumplir horario, toma de laboratorios, registro de actividades.

Preguntado: Se interrumpió, suspendió el contrato de la actora

Contesto: La vi desde el 2012 al 2019

Preguntado: Presto la actora servicios en otra entidad

Contesto: No

Preguntado: Sabe si la actora recibió llamado de atención o amonestación

Contesto: No

Preguntado: El contrato de la actora era directamente con el hospital o por cooperativa

Contesto: No directamente

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.

El apoderado de la accionada, manifestó que existieron interrupciones en algunas ocasiones entre uno y otro contrato, interrupciones éstas que dejan claro que **no hubo continuidad**, y que por ello no puede predicarse uno de los principales elementos a la hora de equiparar los contratos de prestación de servicios con un contrato laboral, como es la ausencia de solución de continuidad, por ejemplo entre los contratos: 2591 de 1998 y 2964 de 1998 (8 días), 5-681 de 2000 y 5-790 de 2000 (20 días), 571 de 2012 y 1497 de 2012 (5 días), O-024 de 2016 y 1673 de 2016 (17 días) y 1433 de 2017 y 8977 de 2017 (30 días), entre los cuales también existió cambio de objeto.

Consideró que al haberse presentado el derecho de petición por parte de la aquí demandante el 20 de agosto de 2019, se interrumpió la prescripción de los presuntos derechos laborales reclamados de la demandante, hasta el 20 de agosto de 2016, fecha que deberá tenerse en cuenta observando que cada contrato debe ser analizado de manera independiente tal y como se dejó expuesto en el escrito de contestación.

Indicó que a la demandante tampoco le estaba vetado trabajar en otras entidades, pues no se dispuso cosa diferente en ninguno de los contratos que suscribió, como si ocurre con quienes de forma exclusiva deben contratar con solo un empleador, tal y como ocurre con los empleados de planta. Esto supone, de plano que no existe subordinación, lo cual de conformidad con las pruebas recaudadas debe ser valorado con especial cuidado por el Juez del proceso.

Adujo que no obra prueba con la que se constate que se pretendiera disciplinar a la demandante, en lo que tiene que ver con permisos o con ausencias, lo que en nuestro concepto no se logró probar mediante el interrogatorio de parte, se observa que la misma demandante manifestó que nunca se le hizo un llamado de atención por escrito.

Consideró que la accionada ha actuado conforme a los presupuestos legales y al principio de buena fe. Las pretensiones de la demandante carecen de fundamento legal, debido a que, esta conoció expresamente el contenido de los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad, en los cuales se indicó que eran regidos por el Artículo 195 numeral 6° de la Ley 100 de 1993. El desconocer el contenido y las consecuencias de dichos contratos, hasta después de finalizada relación contractual teniendo en cuenta el plazo de ejecución de los mismos, indican que la demandante no está actuando de manera coherente y acorde con los principios que rigen la contratación privada.

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 OCCIDENTE SUR – E.S.E.- y la señora **MARTHA OFELIA GARCÍA HERNÁNDEZ**, 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 03 de agosto de 1998 al 09 de noviembre de 2017**.

2. Cuestión previa – tacha de testigos

En la audiencia de pruebas llevada a cabo el 26 de enero de 2021, el apoderado de la accionada formuló tacha al testimonio rendido por la señora MARÍA ISABEL ALONSO CASTRO, por la presunta amistad que existió entre la actora y la testigo, ALICIA MARTÍNEZ GÓMEZ, por pretender favorecer a la actora con su testimonio pues tiene en curso demanda por los mismos hechos en el Juzgado 56 Administrativo de Bogotá en donde funge la actora como testigo y JEIMY ANGELICA MORENO PARRA, por considerarlo sospechoso, en la medida que tiene en curso demanda por los mismos hechos donde la actora funge como testigo

Al respecto se considera, el artículo 211 del Código General del Proceso, señala:

«[...] Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso [...]

Por su parte, el Consejo de Estado¹ ha señalado que únicamente las partes tienen la carga de advertir al juez sobre las condiciones de los testigos y tacharlos de sospechosos, toda vez que de permitirle al juez esta facultad, se desconocerían los derechos al debido proceso, contradicción de la prueba e igualdad de las partes.

Así mismo, la citada sentencia señaló que el testimonio sospechoso no debe ser desestimado de plano por el juez, por el contrario, debe ser valorado de manera rigurosa a efectos de determinar la credibilidad que aquellas puedan infundir. De lo anterior, se colige lo siguiente:

- La tacha de testimonios debe ser realizada por cualquiera de las partes a través de solicitud motivada cuando consideren que afectan su credibilidad o independencia.
- El testimonio sospechoso no debe ser desestimado per se, por el contrario, debe analizarse de acuerdo con las reglas de la sana crítica y refutar su

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 25 de marzo de 2015, número interno 31662.

dicho, si es del caso, con los demás medios de pruebas.

En ese orden, los testimonios tachados, no obstante, el hecho de haber presentado demandas en contra de la accionada, se muestran contestes con los demás elementos probatorios obrantes en el proceso, sin que se evidencie en ellos un afán de favorecer al demandante, contrario sensu se vislumbró una coherencia entre lo manifestado por estos y lo indicado por la accionante en el interrogatorio de parte, así mismo, se extrae de las declaraciones rendidas que giraron en torno a lo que les consto en punto de actividades, horarios, ordenes, organización del trabajo, requerimientos, funciones entre otras, en otras palabras los relatos redundaron sobre los hechos que conocieron como consecuencia de la vinculación laboral.

En ese orden, no encuentra el Despacho elementos para declarar prosperas las tachas formuladas, razón por la que se niegan.

3. Solución a los problemas jurídicos planteados.

4. 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 contratos², 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

² 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.

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 Constitucional³ 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

³ 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.

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 dicho⁴, 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

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Expediente No. 2008-00344, sentencia del 1º de marzo de 2012.

(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 SUR– E.S.E., **a partir del 03 de agosto de 1998 hasta el 09 de noviembre de 2017**. Revisado el acervo probatorio aportado en la demanda, encuentra demostrado que la demandante prestó sus servicios de la siguiente manera:

CONTRATO Nº.	DESDE	HASTA
1477-98	03-08-98	01-09-98
1655-98	04-09-98	15-04-98
2188-98	16-10-98	25-11-98
2591-98	<u>26-11-98</u>	<u>14-11-98</u>
2964-98	24-12-98	<u>01-01-99</u>
5-053-99	<u>04-01-99</u>	15-02-99
5-121-99	16-02-99	30-03-99
5-241-99	31-03-99	14-05-99
5-345-99	15-05-99	30-06-99
5-427-99	01-07-99	31-08-99
5-516-99	01-09-99	30-09-99
5-632-99	01-10-99	31-10-99
5-727-99	01-11-99	<u>30-01-99</u>
5-819-99	<u>05-12-99</u>	02-01-00
5-031-00	03-02-00	02-02-00
5-129-00	03-02-00	29-02-00
5-225-00	01-03-00	31-03-00
5-326-00	01-04-00	01-05-00
5-426-00	02-05-00	31-07-00
5-538-00	01-08-00	30-09-00
5-681-00	01-10-00	31-10-00
5-790-00	21-11-00	31-12-00
5-021-01	02.01-01	31-01-01
5-127-01	01-02-01	30-04-01
5-234-00	01-05-01	30-06-01
5-363-01	01-07-01	31-08-01
5-539-01	01-09-01	30-09-01
5-599-01	01-10-01	31-10-01
5-715-01	01-11-01	15-12-01
5-842-01	16-12-01	02-01-02
5-22-02	03-01-02	31-01-02
5-148-02	01-02-02	28-02-02
5-269-02	01-03-02	30-04-02
5-392-03	01-05-03	31-08-03
5-655-03	01-09-03	07-10-03

5-708-03	08-10-03	30-12-03
5-018-04	02-01-04	31-03-04
5-168-04	01-04-04	30-06-04
5-366-04	01-07-04	15-10-04
5-551-04	16-10-04	02-01-05
5-115-05	03-01-05	31-03-05
5-225-05	01-04-05	30-06-05
5-534-05	01-07-05	02-01-06
5-014-06	02-01-06	31-03-06
5-296-06	01-04-06	31-07-06
5-525-06	01-08-06	01-01-07
5-068-07	02-01-07	30-03-07
5-269-07	01-04-07	30-06-07
5-487-07	01-07-07	02-01-08
5-018-08	03-01-07	31-03-08
5-351-08	01-04-08	30-06-08
5-514-08	01-07-08	01-01-09
5-019-09	02-01-09	30-03-09
5-366-09	01-04-09	03-01-10
5-116-10	04-01-10	03-01-10
5-019-11	04-01-11	30-03-11
5-399-11	01-04-11	30-06-11
5-713-11	01-07-11	03-01-12
5-033-12	04-01-12	30-04-12
571-12	01-05-12	<u>08-08-12</u>
1497-12	<u>13-08-12</u>	31-10-12
2085-12	01-11-12	10-12-12
2869-12	11-12-12	01-01-13
0-30-13	02-01-13	31-01-13
0-841-13	01-02-13	30-04-13
0-2388-13	01-05-13	31-05-13
0-2654-13	01-06-13	01-07-13
0-3528	02-07-13	29-07-13
0-4401-13	30-07-13	02-09-13
0-5269-13	03-09-13	03-01-14
0-27-14	04-01-13	31-01-14
0-861-14	01-02-14	30-04-14
0-2318-14	01-05-14	30-07-14
02695-1401	01-08-14	31-08-14
0-3483-14	01-09-14	30-09-14
04273-14	01-10-14	30-11-14
0-5103-14	01-12-14	01-01-15
25-15	02-01-15	31-01-15
0811-15	01-02-15	28-02-15
0-1600-15	01-03-15	30-09-15
0-2612-15	01-10-15	03-01-16
0-024-16	04-01-16	31-07-16
1673-16	18-08-16	31-08-16
2962-16	01-09-16	07-01-17
1433-17	08-01-17	31-07-17
8977-17	01-09-17	09-11-17

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. Recibo y entrega de turno del servicio y sus pacientes con la enfermera según las normas de la institución 2. Proporcionar información clara y oportuna al paciente y sus familiares, según su nivel de competencia. 3. Brindar cuidado directo al paciente: toma de signos vitales, hoja neurológica, control de líquidos, aseo de pacientes, canalización de venas, toma de muestras de laboratorio, rotulación de líquidos y mezclas, verificación de permeabilidad de vena 4. Registrar en notas de enfermería todo cambio y procedimiento que se realice en el paciente. 5. Velar que los reportes de laboratorio y demás paraclínicos se encuentren oportunamente en las historias clínicas de todos los pacientes. 6. Aplicar normas de bioseguridad durante la atención de pacientes. 7. Conocer y aplicar las normas de precaución con sangre y líquidos corporales durante la atención a pacientes. 8. Realizar registros de enfermería a todo paciente que ingrese al servicio.9) Adoptar medidas de seguridad para la atención del paciente. 10. Entrega de pacientes a otros servicios según las normas del servicio. 11. Asistir a los pacientes durante su traslado en ambulancia cuando sea necesario.12. Prevenir accidentes durante la atención o traslado del paciente.13. Mantener las dependencias del servicio y sus elementos listos, ordenados y adecuados para la atención de los pacientes. 14. Utilizar racionalmente el material de consumo que sea necesario para cumplir el objeto contractual. 15. Asistir al médico o enfermera en procedimientos especiales. 16. Mantener estricta técnica aséptica durante todos los procedimientos. 17. Administrar dietas, teniendo en cuenta el recurso humano del servicio y las órdenes médicas. 18. Administrar cuidados específicos durante la alimentación y oxigenoterapia según las normas establecidas. 19. Llevar controles estrictos en pacientes preeclámpticas y eclámpticas. 20. Dar educación a la madre en cuidados, puericultura, planificación familiar y durante el post-parto en el hogar. 21. Realizar los controles adecuados e indicados por el medico a toda paciente obstétrica durante el pre y post-parto.22. Verificar la correcta entrega del recién nacido a la familia. 23. Preparar al paciente quirúrgico, según el procedimiento a realizarse (ayuno, retiro de maquillaje, prótesis, etc.).24. Fomentar el auto-cuidado del paciente adulto. 25. Proporcionar cuidados especiales a pacientes de toracotomía, amputados, contaminados, cirugía general, ortopedia, etc.). 26. Realizar los cuidados propios de enfermería, según las normas de la institución y el ejercicio propio de enfermería. 27. Informar al médico y al jefe de enfermería sobre manifestaciones del paciente, acerca de efectos secundarios de medicamentos ingeridos. 28. Dar apoyo a la familia durante la muerte y/o a pacientes en estado Terminal. 29. Verificar funcionamiento adecuado de la incubadora o de equipos requeridos para la atención del paciente. 30. Llevar control estricto de los elementos que se encuentran en el inventario del servicio asignado. 31. Realizar correctamente el aseo de incubadoras, lámparas de fototerapia, calentadores, atriles, pesabebés, etc. 32. Diligenciar adecuadamente toda la papelería que sea de su competencia, tanto en lo asistencial como en lo administrativo (facturación, estadísticas, etc.) 33. Asistir a capacitaciones y reuniones programadas por la subdirección u otra dependencia. 34. Realizar el balance mensual del trabajo desarrollado y hacerla conocer por el jefe del departamento de enfermería. 35. Realizar las demás actividades acorde con el objeto del contrato.

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**.

MARÍA ISABEL ALONSO CASTRO, por la presunta amistad que existió entre la actora y la testigo, ALICIA MARTÍNEZ GÓMEZ, por pretender favorecer a la actora con su testimonio pues tiene en curso demanda por los mismos hechos en el Juzgado 56 Administrativo de Bogotá en donde funge la actora como testigo y JEIMY ANGELICA MORENO PARRA,

Ahora bien, en cuanto al elemento de la **subordinación** se debe indicar que la entidad demandada no desvirtuó los testimonios de MARÍA ISABEL ALONSO CASTRO, ALICIA MARTÍNEZ GÓMEZ y JEIMY ANGELICA MORENO PARRA, y de lo que divisó el Despacho, las testigos percibieron de manera directa la labor de la accionante pues compartieron labores por periodos. La primera del 2001 al 2016, la segunda del 2004 hasta el 2011 y la tercera del 2012 al 2019, 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, control de horarios, la dependencia e instrucciones de jefes inmediatos como Julio Cárdenas y Luz Marina Vargas, labores como Aseo paciente, canalización del paciente, suministro de medicamento, 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, al punto de que una de las declarantes ejerció tal rol, diferentes médicos que efectuaban el turno a los pacientes y de las directivas de la institución hospitalaria, así mismo, la utilización de uniformes con logos de la accionada, la no limitación en la atención del número de pacientes que llegaran, 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 de

Meissen, 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** 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 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.**⁵

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.

⁵ 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 2012⁶, 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 por casi 20 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.”*⁷

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*

⁶ mediante la cual H. Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 50 de la ley 1438 de 2011

⁷ Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-2013). C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE.

*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**⁸.*

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 estén⁹.”

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 cumplimiento¹⁰, de un lado y por otro, quien pretenda el reconocimiento de la

⁸ “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. (...)”

⁹ 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; (...)”:

¹⁰ “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.”

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 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 1969¹¹. 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 resolutoria. 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 03 de agosto de 1998 al 31 de octubre de 2000, fecha en la cual hubo interrupción en el vínculo, luego del 21 de noviembre de 2000 al 31 de julio de 2016, fecha en la cual hubo interrupción, luego del 18 de agosto de 2016 al 09 de noviembre de 2017, fecha de finalización de la relación laboral.

Como se observa en la prestación del servicio se observan sendas interrupciones, la primera del 01 de noviembre de 2000 al 20 de noviembre de 2000 y la segunda del 01 de agosto de 2016 al 17 de agosto 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

¹¹ 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, en el *sub examine* se debe indicar que existen interrupciones que no superar el citado periodo razón por la que se debe entender que no operó la solución de continuidad.

De otro lado, las interrupciones que se analizan que datan del 01 de noviembre de 2000 al 20 de noviembre de 2000 y del 01 de agosto de 2016 al 17 de agosto de 2016, superaron los 15 días como por manera que se debe entender que existió solución de continuidad y por tanto habrá lugar a determinar si se aplica el fenómeno prescriptivo.

Sumado a lo expuesto, es claro que la actora envió reclamación administrativa hasta el **03 de septiembre de 2019**, con la cual se debe concluir que se interrumpió la prescripción respecto del segundo periodo, esto es **del 01 de agosto de 2016 al 17 de agosto de 2016**.

Con todo, el reconocimiento se debe hacer efectivo desde el **03 de septiembre de 2016**, por aplicación de la prescripción trienal, aclarando en todo caso, que el periodo no laborado entre el **01 de agosto de 2016 al 17 de agosto de 2016** se debe excluir del reconocimiento en atención a que no hubo prestación del servicio.

Lo anterior, por cuanto 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 03 de agosto de 1998 hasta el 09 de noviembre de 2017.

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 2° 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 parágrafo 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 Estado¹², al acudir al principio de **reparación integral del daño**, oportunidad en la que dijo:

“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 63¹³ 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

¹² 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.

¹³ 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.”

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 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 Proceso¹⁴, 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,

¹⁴ “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.”

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 03 de septiembre 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.

TERCERO.- Declarar que entre la actora **MARTHA OFELIA GARCÍA HERNÁNDEZ**, identificada con la C.C. 24.756.860 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 03 de agosto de 1998 hasta el 09 de noviembre de 2017**. Acorde con lo expuesto.

CUARTO.- Declarar la nulidad del **oficio OJU-E-4580-2019 del 02 de septiembre de 2019**, 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 **03 de septiembre 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 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 03 de septiembre de 2016 hasta el 09 de noviembre de 2017**, 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 agosto de 2016 al 17 de agosto 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 03 de septiembre de 2016 hasta el 09 de noviembre de 2017, 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 agosto de 2016 al 17 de agosto de 2016**. Acorde con lo expuesto.

c). Efectuada la precitada liquidación, la accionada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el **03 de agosto de 1998 hasta el 09 de noviembre de 2017**, 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 deberá excluir los siguientes tiempos 01 de noviembre de 2000 al 20 de noviembre de 2000 y del 01 de agosto de 2016 al 17 de agosto de 2016. Acorde con lo expuesto.

d). Declarar que el tiempo laborado por la actora durante el lapso probado del contrato realidad, **03 de agosto de 1998 hasta el 09 de noviembre de 2017**, 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:

2601d501812ac02fb9507b849f6a8958c05c8077dba1863ae825b68e6d733d91

Documento generado en 17/03/2021 04:49:13 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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