

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO CUARENTA Y SIETE ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., trece (13) de mayo de 2020.

Clase de Proceso : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

Demandante : **ERIKA ROCÍO TINJACÁ CAÑÓN**
C.C. No. 1.033.707.899 de Bogotá

Demandado : **HOSPITAL EL TUNAL III Nivel- hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**

Radicación : **Nº 11001334204720180005800**

Asunto : **Contrato Realidad**

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Cuarenta y Siete Administrativo del Circuito de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

SENTENCIA

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA:

1.1.1 ASUNTO A DECIDIR Y COMPETENCIA

Con fundamento en los artículos 187 y 189 del CPACA, procede el Despacho a decidir en primera instancia, el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho regulada por el artículo 138 ibídem, promovida por la señora **ERIKA ROCÍO TINJACÁ CAÑÓN** actuando a través de apoderado especial, contra el **HOSPITAL EL TUNAL III Nivel -hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**

La parte demandante solicita las siguientes:

1.1.2 PRETENSIONES¹

“PRIMERA: Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la comunicación **OJU-E-1547-2017** de fecha **15 de agosto de 2017**, y notificado el día **17 de agosto de 2017**, suscrito por la Doctora **GLORIA EMPERATRIZ BARRERO CARRETERO**, Jefe Oficina Asesora Jurídica de la **“SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.”**, por medio del cual se **NEGÓ** el pago de las acreencias laborales derivadas de la existencia de un contrato de trabajo realidad que existió entre el **HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL HOY “SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.”** y la señora **ERIKA ROCÍO TINJACÁ CAÑÓN** durante el periodo comprendido del día **1 DE ENERO DE 2014 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017.**

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad precedente singularizada y **previa declaratoria de la existencia del contrato de trabajo realidad se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E** a pagarle a mi representada **ERIKA ROCÍO TINJACÁ CAÑÓN**, a título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** los siguientes conceptos:

- a) A título de reparación del daño, las diferencias salariales existentes entre los servicios remunerados por prestación de servicios y salarios legales y convencionales pagados en la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E** a los **JEFES DE ENFERMERÍA** desde el **DÍA 01 DE ENERO DE 2014 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017** sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4° art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- b) Que pague a título de indemnización el valor equivalente al auxilio de las **Cesantías** causadas durante todo el tiempo de prestación de servicios liquidado con la asignación legal asignada al cargo de **ENFERMERA JEFE** de la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E**, entre el día **1 DE ENERO DE 2014 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017,** sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4° art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- c) Los **intereses a la Cesantías** causadas sobre los saldos que arroje la liquidación del auxilio a las cesantías año por año conforme al literal anterior.
- d) Que pague a título de indemnización el valor equivalente a las **Primas de carácter legal de SERVICIOS** de junio y diciembre de cada año causadas desde el día **1 DE ENERO DE 2014 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017,** sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4° art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- e) Las **Primas de carácter Extralegal de Navidad** de cada año, causadas desde el día **01 DE ENERO DE 2014 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017** sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4° art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- f) Las **Primas de carácter Extralegal de Vacaciones** de cada año causadas desde el día **01 DE ENERO DE 2014 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017** sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4° art. 187 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- g) La **compensación en dinero de las vacaciones** causadas que no fueron otorgadas ni disfrutadas en tiempo ni compensadas en dinero, sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4° art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- h) A título de reparación del daño los porcentajes de cotización correspondientes a los aportes en **SALUD** y **PENSIÓN** que le correspondía realizar a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E** y que debió cancelar al Fondo Pensional y a la **E.P.S.**, desde el **1 DE ENERO DE 2014 HASTA EL 30**

¹ Ver fl. 26-29 del exp.

DE JUNIO DE 2017 sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4° art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

- i) La devolución del importe de la totalidad de los descuentos realizados por la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E** a la señora **ERIKA ROCÍO TINJACÁ CAÑÓN**, durante la prestación de los servicios por concepto de retención en la fuente.
- j) **La indemnización contenida en la ley 244 de 1995 artículo 2°**, a razón de un día de asignación de salario por cada día de mora en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales legales, extralegales y cesantías reclamadas hasta cuando se produzca el pago reclamado.
- k) **La indemnización prevista en el parágrafo 1° del artículo 29 de la ley 789 de 2002**, denominada salarios moratorios por falta en el pago oportuno de los aportes a la seguridad social y parafiscales de los últimos tres meses, en razón de un día de salario por cada día de retardo en sufragar los aportes parafiscales de los tres últimos meses anteriores a la terminación del contrato de la señora **ERIKA ROCÍO TINJACÁ CAÑÓN** y hasta cuando acredite el pago de los aportes.
- l) Las cotizaciones en forma retroactiva a la Caja de compensación Familiar CAFAM durante el tiempo que laboró la demandante es decir del **1 DE ENERO DE 2014 HASTA EL 30 DE JUNIO DE 2017** dichas sumas deberán ser ajustadas conforme al inciso 4° art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- m) Que se concede a la demanda al pago de la indemnización de que trata el artículo 99 de la ley 50 de 1990, por no afiliarse a la demandante al Fondo Nacional del Ahorro, ni haber efectuado las consignaciones de las cesantías este.

TERCERA: Condénese a la entidad demandada que pague a la señora **ERIKA ROCÍO TINJACÁ CAÑÓN**, la suma de **100 salarios mínimos** legales mensuales vigentes por concepto de **daños morales**.

CUARTA: Que se condene a la entidad demandada al pago total inmediato del restablecimiento del derecho y de la reparación del daño causado, ordenando liquidar intereses de mora, si el pago no se hace efectivo en la oportunidad señalada conforme a lo dispuesto en el Inciso 3° del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTA: Que el demandado, de cumplimiento a las disposiciones del fallo que este Despacho profiera dentro de los términos establecidos en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTA: Se **DECLARE** que el tiempo laborado por la señora **ERIKA ROCÍO TINJACÁ CAÑÓN**, identificada con la cédula de ciudadanía número **1.033.707.899 de Bogotá**, bajo la modalidad de contratos sucesivos denominados de “arrendamiento de servicios de carácter privado” y de “prestación de servicios” con la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, se deben computar para efectos pensionales, **ORDENANDO** emitir la Certificación laboral para tal efecto.

SÉPTIMA: Se **COMPULSEN** copias de la sentencia dirigidas al Ministerio de Trabajo para que imponga **MULTA** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, contenida en la ley 1429 de 2010 artículo 63, por haber contratado a la demandante **ERIKA ROCÍO TINJACÁ CAÑÓN**, identificada con la cédula de ciudadanía número **1.033.707.899 de Bogotá**, a través de Contratos de arrendamiento de servicios personales de carácter privado de prestación de servicios en forma constante interrumpida y habitual.

OCTAVA: Se **CONDENE** al pago de las costas y expensa de este proceso, a la entidad demandada.

1.3. HECHOS²

² Ver fls.13-19 del exp.

1.1.3.1. Hechos Relevantes.

Los principales hechos el Despacho los resume así:

1. La señora Erika Rocío Tinjacá Cañón laboró en el Hospital El Tunal III Nivel - hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., a través de contratos de prestaciones de servicios sucesivos, habituales e ininterrumpidos desde el 01 de enero de 2014 hasta el 30 de junio de 2017, en el cargo de Enfermera Jefe, devengando un último salario mensual de \$2.800.000^{oo}, consignado mensualmente a la cuenta de ahorros de la accionante en el Banco DAVIVIENDA, cumplido el mes de trabajo.
2. El horario de trabajo que debía cumplir la demandante era día de por medio de 7:00 a.m. a 1:00 p.m., recibiendo órdenes de sus superiores, Aura María Vélez, en calidad de enfermera Jefe del Departamento de Enfermería.
3. Las funciones desempeñadas por la accionante dentro de la entidad accionada fueron:
 - Manejo de medicamentos, administración, registro y devolución.
 - Asignación y distribución del personal a cargo según necesidad y velar por la seguridad de los pacientes.
 - Notificar los eventos adversos.
 - Verificar el cumplimiento de actividades asignadas.
 - Recibo y entrega de turno.
 - Realización de actividades básicas como, baño, alimentación, eliminación cuidados de piel.
 - Participar activamente en las capacitaciones, procesos de inducción, reinducción específica y general.
 - Velar por la mínima estancia de los pacientes, aplicar las guías protocolos, procedimientos de enfermería, las novedades presentadas durante la ejecución del contrato, entre las cuales están incapacidades, ausencias, suspensiones y reinicios.
 - Participar activamente en la garantía de la seguridad del paciente durante su permanencia en la entidad.

- Capacitar al personal de enfermería para preparar medicamentos y mezclarlos para su posterior suministro.

- 4. La entidad accionada le exigía a la actora afiliarse como trabajadora independiente al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones.

- 5. El Hospital El Tunal III Nivel - hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., le exigía previa la continuidad laboral adquirir una póliza de cumplimiento de Responsabilidad Civil.

- 6. La entidad demandada le descontaba mensualmente el impuesto de retención a la fuente y del I.C.A, sin presentarse durante la relación contractual ningún tipo de anticipo económico, por los contratos celebrados.

- 7. Durante el tiempo que laboró la accionante, esta debía portar su carné de manera obligatoria, así mismo en este lapso, no se le reconocieron ni pagaron prestaciones sociales, no se le reconocieron vacaciones, ni le fueron compensadas en dinero.

- 8. Durante más de tres años, la demandante y el HOSPITAL TUNAL III NIVEL hoy "SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E", suscribieron "contratos de arrendamiento y/o prestación de servicios", en formatos previamente elaborados por el Hospital, en donde no se admitían cambios o modificaciones en relación a la fecha de inicio, valor del contrato y terminación, entre otros, suscritos por la demandante en atención a la necesidad de conservar su trabajo, por lo tanto siempre hubo ausencia de la voluntad.

- 9. La accionante estuvo a órdenes exclusivas del Hospital Tunal III Nivel, hoy, Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, no podía delegar las funciones a ella asignadas, recibía llamados de atención en relación de su trabajo y felicitaciones verbales de parte de sus jefes inmediatos, tenía compañeros de trabajo que cumplían las mismas funciones pero que estaban vinculados directamente con la entidad de salud, disfrutando de todas las prestaciones legales y extralegales, e incluso salarios más altos, convención colectiva que no fue devengada por la demandante.

10. Para desarrollar sus actividades como Enfermera Jefe, la accionante siempre utilizó las herramientas, insumos, implementos y el material suministrado por la entidad.
11. El día 02 de agosto de 2017 la señora Erika Rocío Tinjacá Cañón a través de apoderado judicial, solicitó el pago de las prestaciones sociales por todo el tiempo laborado, interrumpiendo el término de prescripción.
12. Mediante comunicación OJU-E-1547-2017 de 15 de agosto de 2017, notificada el 17 de agosto de 2017, el Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, Dra. Gloria Emperatriz Barrero Carretero, despachó desfavorablemente los requerimientos de la demandante.
13. El día 22 de enero de 2018, se llevó a cabo audiencia de conciliación extrajudicial radicada el 14 de noviembre de 2017 ante la Procuraduría General de la Nación, declara fallida el 30 de enero de 2018 por el procurador 196 Judicial I, por ausencia de ánimo conciliatorio entre las partes.
14. A la fecha, no han sido cancelados a la accionante los valores correspondientes a prestaciones sociales por la vinculación laboral entre la accionante y el Hospital Tunal III nivel, hoy, Subred de Servicios de Salud Sur E.S.E.

1.1.4. Normas Violadas

Fundamentos de derecho.

Fueron señaladas como transgredidas, las siguientes disposiciones:

1. CONSTITUCIONALES:

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

2. LEGALES:

- Decretos 3074 de 1968, 3135 de 1968- artículo 8º, 1848 de 1968 artículo 51, Decreto 1045 de 1968 artículo 25, Decreto 01 de 1984, Decreto 1335

de 1990, Decreto 1250 de 1970 artículos 5° y 71, Decreto 2400 de 1968 artículos 26, 40, 46 y 61, Decreto 1950 de 1973 artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242, Decreto 1919 de 2002.

- Leyes 4ª de 1992, 332 de 1996, 1437 de 2011, 1564 de 2012, 100 de 1993 arts. 15, 17, 18, 20, 22, 23, 128, 157, 161, 195, 204, Ley 244 de 1995, 443 de 1998, 909 de 2004, 80 de 1993 art. 32, 50 de 1990 art. 99, 4ª de 1990 art. 8 y 3135 de 1968.
- Código Sustantivo del Trabajo, artículos 2º, 23 y 24.

II. POSICIÓN DE LAS PARTES

2.1 Demandante:

La posición de la parte demandante se extrae del acápite de *concepto de violación*³, contenido en libelo introductorio de la acción, así:

El apoderado libelista manifiesta que la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. pretende desconocer la relación laboral que existió con la señora Erika Rocío Tinjacá Cañón durante más de 3 años, sin ninguna justificación, a pesar de la constitución de todos los elementos del contrato realidad.

Entre estos, se encuentra que la demandante laboró para la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E, en el cargo de ENFERMERA JEFE, desde el día 01 de enero de 2014 hasta el 30 de junio de 2017, sin la capacidad de delegar sus funciones, cumpliendo las órdenes impartidas por la señora Aura María, día de por medio de 7 a.m a 1 p.m devengando un salario mensual de \$ 2.800.000^o, aunado a que esta, portó carné de forma obligatoria durante la permanencia en la institución prestadora de salud, trabajando con las herramientas dispuestas por el hospital.

Argumenta que entidad accionada realizó todas las acciones para no contratar adecuadamente a la demandante y así omitir la obligación de pago frente a las prestaciones sociales que se generó durante todo el tiempo de trabajo como Enfermera Jefe, utilizando contratos de arrendamiento de servicios de carácter privado y de prestación de servicios personales.

³ Ver fl. 35-58 del exp.

De otra parte, citó como precedente jurisprudencial la sentencia C-171 de 2012, proferida por la Corte Constitucional, en la que se tocan los temas relacionados con la vinculación contractual con el Estado, contrato de prestación de servicios, contrato de trabajo, relación laboral, principio de primacía de realidad sobre la forma, intermediación laboral, deslaborización y tercerización entre otros.

Indicó, que la demandante como Enfermera Jefe realizó actividades dentro del hospital, cumpliendo agendas elaboradas por el empleador de domingo a domingo de forma personal, con pago fijo mensual, materializándose los tres elementos establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

De otro lado, refirió que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo establece la presunción en todo trabajo personal se encuentra regido por un contrato de trabajo, es así, como la entidad demandada de mala fe contrató a la señora Erika Rocío Tinjacá Cañón para evadir todas las garantías laborales.

Citó la Sentencia C- 154 de 1997 de la Corte Constitucional que explica la vigencia del contrato de prestación de servicios y su naturaleza temporal, el cual únicamente puede contratarse por esta modalidad cuando las actividades que desarrolla la entidad no puedan realizarse con personal de planta, en aras de hacer prevalecer el interés general.

Igualmente, trajo a colación la sentencia emitida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P, Sandra Lisset Ibarra Vélez del 17 de octubre de 2017, puntualizando que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de contrato de tipo excepcional, que no hace parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, el cual puede ser desvirtuado, cuando se demuestra subordinación o dependencia respecto del empleador, adicionalmente a la prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.

Igualmente, trae a colación la sentencia de 15 de junio de 2011, emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente, Gerardo Arenas Monsalve radicado 25000232500020070039500, en la cual se plantea la importancia de la carga probatoria para demostrar la prestación personal del servicio, la subordinación, así como la fijación del horario de trabajo para la prestación del servicio.

Frente al alcance normativo del artículo 3° de la ley 80 de 1993, expresa que el legislador ha impuesto limitantes con el fin de evitar un abuso de esta figura, como lo es la obligación de crear empleos de carácter permanente estipulada en el Decreto 1950 de 1973 artículo 7°, las normas que determinan o regulan el empleo público, Decreto 2503 de 1998, ley 909 de 2004, ley 790 de 2002, ley 734 de 2002.

Frente al reconocimiento de derechos económicos, señaló el contenido de la sentencia de 28 de julio de 2005, proferida por el Consejo de Estado, Dentro del Expediente 5212-03, M.P Tarcisio Cáceres Toro, en donde se analiza el tipo de vinculación de los empleados públicos y en consecuencia el derecho a el reconocimiento de prerrogativas de carácter prestacional en calidad de indemnización integral.

Finalmente, hace mención a la prescripción trienal de los derechos derivados del contrato realidad y, el término que debe contarse a partir de la ejecutoria de la sentencia constitutiva del derecho.

2.1.2 Demandada.

La Subred de Servicios de Salud Sur E.S.E, presentó contestación de la demanda en tiempo⁴, oponiéndose a cada una de las pretensiones del presente medio de control; en cuanto al acto administrativo demandado asegura que este no ostenta ningún vicio de legalidad establecido de forma taxativa en el artículo 137 del CPACA.

Aduce, que frente al caso que nos ocupa la entidad accionada no tiene facultad nominadora, pues son las normas que reglamentan el empleo público, las que regulan la carrera administrativa, entre las cuales se encuentra la ley 909 de 2004 “ *Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*”.

En cuanto a la supuesta relación laboral, el apoderado judicial de Hospital Tunal III Nivel E.S.E hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, asegura que esta nunca existió, que la demandante no prestó servicios al hospital como se indica en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues esta contaba con plena autonomía y era conocedora de la realidad, quien tampoco se encontraba sujeta a los elementos jurídicos de subordinación, horario y salario.

⁴ Ver fl. 77-100 del exp.

La vinculación de la señora Erika Rocío Tinjacá Cañón, se efectuó por medio de contratos de arrendamiento de servicios personales de carácter privado, presentando su oferta siempre como contratista, contrato, regido por las normas de derecho privado, el debido consentimiento de las partes por el término requerido y teniendo en cuenta el presupuesto aprobado por la entidad hospitalaria para cada contrato.

En cuanto a la terminación del contrato suscrito, este fue finalizado según las fechas señaladas y en cumplimiento de la relación contractual bajo los parámetros de normas privadas, por lo anterior, no se puede afirmar que la demandante fue despedida sin justa causa, ya que no ostentaba la calidad de trabajador oficial, categoría que se encuentra cobijada por una relación contractual laboral pública, en consecuencia, asegura la entidad que no se presentó relación laboral alguna pues no se estructuraron los presupuestos fácticos y legales necesarios para dicho propósito,

Ahora bien, el artículo 195 numeral 6° de la ley 100 de 1993, permitió a las E.S.E's la posibilidad de celebrar contratos bajo los postulados de derecho privado para atender las necesidades administrativas y de funcionamiento de la entidad, que no solo agrupan funciones públicas de carácter permanente sino también las excepcionales; así las cosas, la vinculación aquí presentada se realizó según las capacidades, cualidades y calidades ofrecidas en la propuesta presentada por la demandante, cuya ejecución quedó estrictamente delimitada en cuanto a su terminación y liquidación, de común acuerdo y plena conciencia según las normas de derecho privado, no siendo procedente el reconocimiento de las prestaciones sociales reclamadas, en atención al objeto contratado pues no existió una vinculación laboral.

El Hospital El Tunal III Nivel - hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., actuó en los términos de ley conforme al principio de buena fe y siguiendo las normas de carácter privado que rigieron los contratos suscritos con la señora Erika Rocío Tinjacá Cañón, anotándose en cada uno de ellos "*El presente contrato de arrendamiento de servicios personales, **EXCLUYE DE MANERA EXPRESA LA RELACIÓN LABORAL** por lo tanto en ningún caso será considerado como contrato de trabajo y en desarrollo de él, el contratista no tendrá ninguna relación laboral con el Hospital*", no generándose de esta forma, pago de prestaciones sociales o laborales, no encontrándose ninguna causal de nulidad o invalidez, liquidados de común acuerdo y con la declaración de

las partes de encontrarse a paz y salvo por todo concepto al momento de su finalización.

En el contexto anterior, se busca demostrar que el cargo desempeñado por la accionante no es de aquellos de carácter permanente dentro de la entidad, pues tampoco guarda relación con el objeto social del Hospital, por ende, no es procedente el reconocimiento de ninguna prestación laboral.

Se extrae en apartado jurisprudencial de la Sentencia C 154 de 1997, que la Corte Constitucional ha considerado que entre el contratante y contratista puede existir una relación de coordinación para las actividades necesarias con el fin de cumplir con el objeto contractual, incluyéndose un horario, recibir instrucciones, reportar informes, lo que significa que las instrucciones realizadas a la demandante no implican la existencia de la relación contractual alegada, pues se encontraban inequívocamente al cumplimiento del objeto contractual.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, en providencia del 9 de febrero de 2004, dentro del expediente N° 0099-03 en relación al cumplimiento de horario indicó " Aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que ab initio se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptados y necesarios para llevar a cabo el cumplimiento de la labor"

Según lo indicado, para la entidad accionada la parte actora carece de fundamentos fácticos como de derecho que puedan llevar al convencimiento de la existencia de un contrato realidad, además como ya se había indicado en el expediente no se acreditó la subordinación, elemento prime facie en toda relación laboral; además, para la ejecución de los contratos de arrendamiento de servicios profesionales la señora Erika Rocío Tinjacá Cañón, desarrolló las actividades en cualquier tiempo y de manera independiente.

Ahora bien, en relación a los derechos derivados de una convención colectiva reclamado por el extremo demandante, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, en sentencia de 2 de mayo de

2013, expediente radicado bajo el N° 05001233100020070012302, indicó, que en el campo de contrato realidad no es posible otorgarle al demandante la calidad de empleado público o trabajador oficial, pues, su vínculo a través de un contrato de prestación de servicios impide que sea beneficiario de una convención colectiva, además, el reconocimiento de la relación laboral no implica conferir la condición de empleado público, ya que se deben cumplir con todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la ley, entre otros, acreditar el acto de nombramiento y posesión, situación no aplicable al presente asunto.

III. TRAMITE PROCESAL

La demanda se presentó ante la Oficina de Apoyo el día 15 de febrero de 2018⁵, repartida a esta sede judicial; se admitió por auto calendado 18 de mayo de 2018 (fl. 70) y se notificó al Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur a través de correo electrónico según se verifica a folio 76 del expediente.

La entidad accionada contestó la demanda en término⁶ y mediante proveído de fecha 11 de abril de 2019⁷ se citó a las partes y a sus apoderados para celebrar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A.

En audiencia inicial de fecha 21 de junio de 2019⁸, se llevaron a cabo las etapas correspondientes, saneamiento, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, posibilidad de conciliación declarándose fallida, se tuvieron como pruebas las aportadas con la demanda, declarándolas incorporadas al expediente, así mismo, se decretaron las solicitadas por la parte actora y la entidad demandada.

Se fijó fecha para celebrar la audiencia de pruebas para el día 03 de julio de 2019, la cual fue llevada a cabo conforme lo establece el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, sin que se al momento de la celebración de la diligencia se hubiera obtenido respuesta total a la documental requerida a través de oficio librado por el Juzgado, dicha documental fue incorporada posteriormente como prueba mediante auto del 30 de septiembre de 2019, declarándose precluída la etapa probatoria y concediéndose a las partes el término común de 10 días, para la presentación de alegatos de conclusión conforme a lo dispuesto en el inciso final artículo 181 del C.P.A.C.A.

⁵ Ver fl. 68 del exp.

⁶ Ver fl. 77-100 del exp.

⁷ Ver fl. 117 del exp.

⁸ Ver fl. 125-131 del exp.

3.1. Alegatos de Conclusión:

3.1.1. Parte actora

La parte actora presentó alegatos de conclusión en tiempo, mediante memoriales del 23 de julio de 2019⁹ y 4 de octubre de 2019¹⁰ con posterioridad al auto que corrió traslado para alegar, el apoderado de la parte actora concluyó que dentro del expediente no existe duda de la prestación personal del servicio, con un pago mensual y la subordinación de tipo laboral, la rotación de turnos mensuales supervisados por sus superiores.

También, aduce que se probó la existencia de cargos de planta que desempeñaban las mismas funciones que la demandante en el lapso laborado, pero que, a diferencia de esta última, ellos sí recibieron las garantías laborales y económicas plasmadas en la convención colectiva.

En relación con los testimonios, indicó que estos fueron presenciales, coherentes libres de apremios y claros en afirmar la situación en torno a la actividad y vínculo entre la entidad hospitalaria y la demandante, concluyéndose la existencia de una verdadera relación laboral disfrazada por sucesivos e ininterrumpidos contratos de prestación de servicios y de arrendamiento de servicios personales.

Resaltó, que la testigo interrogada por el Despacho laboró durante más de 2 años como compañera de trabajo de la señora Erika Rocío Tinjacá Cañón, presenciando la forma de pago, turnos realizados, órdenes directas, subordinación laboral, cambios de turno de trabajadores y contratistas.

Citó apartados jurisprudenciales del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en relación con el contrato realidad resaltando los elementos que en él confluyen, en tanto a la exigibilidad de los derechos reclamados y carga probatoria, empleo de medio tiempo, funciones de carácter permanente dentro de la administración, intermediación laboral; aduce además, que es a partir de la decisión que nace a la vida jurídica el derecho a reclamar las sumas causadas, sobre las cuales no opera el fenómeno prescriptivo por tratarse de una sentencia de carácter constitutivo, a partir de la cual se da el derecho a favor de la demandante.

⁹ Ver fl.192 al 204 del exp.

¹⁰ Ver fl.218-230 del exp.

3.1.2. Demandada:

El Hospital El Tunal III Nivel - hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., a través de apoderado judicial mediante memorial del 07 de octubre de 2019¹¹, presentó en término sus alegatos de conclusión, desestimando el testimonio de la señora Jhoana Ramírez Suárez, contratista que prestó sus servicios al Hospital y que también instauró acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en atención a los turnos rotativos de la accionante y sus diferentes horarios en UCI y pediatría; resaltó que el testimonio rendido tachado de falso conforme al artículo 211 del C.G.P en la oportunidad legal correspondiente.

Frente al pago de las prestaciones sociales, es claro para el apoderado judicial que durante los años 2015 a 2016, estos fueron asumidos por la Fundación de la Mano contigo, persona jurídica que de forma independiente suscribió los contratos laborales con interrupciones, entre el 28 de febrero de 2015 al 01 de mayo de 2016, 14 meses de interrupción y entre el 31 de mayo de 2017 al 20 de junio de 2017, 20 días de interrupción, por ende, la relación laboral planteada nunca existió, pues el contratante fue una persona jurídica, además en razón a las múltiples contrataciones efectuadas sobrepasó el lapso de continuidad de 15 días de acuerdo al artículo 10 del Decreto 1045 de 1978, necesarios para el reconocimiento de las sumas reclamadas.

Los contratos suscritos entre el Hospital y la demandante fueron temporales, de mutuo acuerdo, para poder garantizar la prestación del servicio de salud, sin ninguna inconformidad sobre lo pactado en el contrato, regulado por el artículo 1495 del Código Civil, impidiéndose la configuración de un vínculo laboral, pues el artículo 195 de la ley 100 de 1993 establece que la contratación se rige por el derecho privado bajo el entendido comercial, sin que por la gerencia del hospital se cuente con facultad nominadora, pues la provisión de empleados públicos, se encuentra sujeta a lo reglado en la ley 909 de 2004.

Así mismo, el acto administrativo atacado OJU-E-1547 del 15 de agosto de 2017 que negó el pago de las prestaciones sociales reclamadas, se encuentra investido de legalidad, pues, la señora Erika Rocío Tinjacá Cañón, ejecutó las funciones en calidad de contratista no concurriendo los elementos de trabajo descritos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, guardando en todo momento la autonomía de la

¹¹ Ver fl. 231-238 del exp.

profesional para ejecutar las labores asignadas fuera de la facultad de Dirección y Control asignada a la administración contratante, de supervisión y coordinación, que no puede ser confundida como subordinación laboral.

3.1.3. Ministerio Público:

La Representante del Ministerio Público no emitió concepto alguno dentro del presente asunto.

Cumplido el trámite de Ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

IV. CONSIDERACIONES

Por razones de orden metodológico, el Despacho en primer término identificará el problema jurídico, analizará la normatividad aplicable al caso y finalmente resolverá el caso concreto, previo el análisis de las pruebas allegadas y practicadas en el plenario.

4.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en audiencia inicial¹² quedó trazado de la siguiente manera:

(...)

La fijación del litigio dentro del expediente 2018-00058 consiste en establecer si los contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora ERIKA ROCÍO TINJACA CAÑÓN y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E, se desnaturalizaron en una relación laboral que implica para la demandante el derecho a percibir las prestaciones sociales reclamadas o si por el contrario, en el presente caso no concurren los elementos de dicho vínculo.

Recordado el problema jurídico, el Despacho realizará el análisis normativo correspondiente, luego, valorará las pruebas aportadas para así resolver el caso concreto.

4.2. Normatividad aplicable al caso

Ley 80 de 1993, "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"

¹² Ver fl. 125-130 del exp.

El artículo 32 de la ley 80 de 1993, consignó algunas modalidades estatales, entre las cuales definió el contrato de prestación de servicios, así:

“Artículo. 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...) 3. 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.” (Subrayas fuera de texto)

Conforme a lo anterior, el contrato de prestación de servicios suscrito por las entidades estatales tiene fundamento legal en el Estatuto General de Contratación, es decir, está autorizado por la ley y tiene como propósito que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa, relación jurídica que se establece con personas naturales, para que realicen actividades que no puedan ejecutarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados.

La convención realizada en el contrato de prestación de servicios no tiene otro propósito que el desarrollo de labores relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, sin importar la circunstancia de tiempo o lugar donde se presta el servicio, siendo las necesidades de la administración las que imponen la celebración de este tipo de contratos.

La Ley 80 de 1993 dispone que los contratos de prestación de servicios no generan relación laboral, ni prestaciones sociales, no obstante, a medida que el tema ha sido estudiado por las Altas Cortes, se ha establecido que cuando de ellos se hacen evidentes elementos tales como la subordinación o la dependencia, la prestación personal del servicio y la remuneración, se está frente a una relación laboral independientemente de la forma de vinculación.

Recuérdese que el artículo 53 de la Carta dispone:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” (Subrayado fuera de texto).

Es así, que para establecer los parámetros que diferencian los contratos de prestación de servicios respecto a los que consagran relaciones laborales, la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente forma:

“(…)

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente...”¹³ (Subrayado fuera de texto)

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-174 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

De forma reiterativa el Consejo de Estado, mediante sentencia de 01 de marzo de 2018¹⁴, estableció frente a los elementos del contrato de prestación de servicios independientes, la importancia de la subordinación así:

(...)

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo. (negrilla fuera de texto).

De acuerdo a lo señalado por nuestro Órgano de Cierre Constitucional y Administrativo, para que se configure la relación laboral en el contrato de prestación de servicios se requiere demostrar los tres elementos del contrato de trabajo los cuales son i) la prestación personal del servicio, ii) la continua subordinación y dependencia laboral y iii) la remuneración, una vez probada la relación laboral se tiene derecho al pago de las prestaciones sociales por el tiempo laborado, atendiendo así al principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, contenido en el artículo 53 de la Constitución Política.

Prescripción aplicada al contrato realidad

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968, 32 y 102 del Decreto 1848 de 1969 (reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

¹⁴ Ver Sentencia de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, D.C., primero 1 de marzo de dos mil dieciocho (2018), medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho, expediente radicado bajo el N° 23001-23-33-000-2013-00117-01 (3730-2014).

Particularmente, en cuanto al reconocimiento de la existencia de la relación laboral encubierta a través de un contrato de prestación de servicios, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 25 de agosto de 2016¹⁵, estipuló las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad:

- I. *Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.*
- II. *Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.*
- III. *Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.*
- IV. *Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).*
- V. *Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una*

¹⁵ Ver Sentencia de Unificación Jurisprudencial Consejo de Estado, Sección Segunda. CE-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001-23-33-000- 2013-00260-01 (0088-2015)

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 la intermediación laboral.

La intermediación laboral ha sido reglamentada desde el Código Sustantivo Laboral en su artículo 35, donde establece:

ARTÍCULO 35: 1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador.

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

3. El que celebre contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.

Así, con la expedición de la Ley 50 de 1990¹⁶ se amplió el alcance de la figura, toda vez que en sus artículos 95 y 96 indicó:

ARTÍCULO 95. La actividad de Intermediación de empleo podrá ser gratuita u onerosa pero siempre será prestada en forma gratuita para el trabajador y solamente por las personas naturales, jurídicas o entidades de derecho público autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

¹⁶ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.”

ARTÍCULO 96. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social autorizará a las entidades privadas o públicas que desarrollen actividades de Intermediación laboral a fin de establecer un Sistema Nacional de Intermediación. Para tales efectos el Gobierno Nacional expedirá los reglamentos necesarios.

Dicha norma fue reglamentada por el Decreto 4369 de 2006¹⁷, cuyo artículo 10 señaló:

ARTÍCULO 10. Prohibiciones. No podrán ejercer la actividad propia de las Empresas de Servicios Temporales, aquellas que tengan objeto social diverso al previsto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990; las que no estén debidamente autorizadas por el Ministerio de la Protección Social para el desempeño de esa labor, tales como las dedicadas al suministro de alimentación, realización de labores de aseo, servicio de vigilancia y mantenimiento; tampoco la podrán realizar las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, las Empresas Asociativas de Trabajo y los Fondos Mutuales o similares.

Posteriormente, la Ley 1429 de 2010¹⁸ en el artículo 63 señaló:

*ARTÍCULO 63. Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado. El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación **que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.** (Negrilla Fuera de texto).*

Sin perjuicio de los derechos mínimos irrenunciables previstos en el artículo tercero de la Ley 1233 de 2008, las Precooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado, cuando en casos excepcionales previstos por la ley tengan trabajadores, retribuirán a estos y a los trabajadores asociados por las labores realizadas, de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo.

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.

¹⁷ “Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales y se dictan otras disposiciones”.

¹⁸ “Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo”.

Posteriormente, el Decreto 2025 de 2011¹⁹ entró a reglamentar las leyes anteriores, en lo referente a la intermediación laboral para los efectos de las Leyes 1429 de 2010²⁰ y 50 de 1990, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 1°. *Para los efectos de los incisos 1° y 3° del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, cuando se hace mención a intermediación laboral, se entenderá como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones.*

Esta actividad es propia de las empresas de servicios temporales según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006. Por lo tanto, esta actividad no está permitida a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado.

Para los mismos efectos, se entiende por actividad misional permanente aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa.

Para los efectos del presente decreto, cuando se hace mención al tercero contratante o al tercero que contrate, se entenderá como la institución y/o empresa pública y/o privada usuaria final que contrata a personal directa o indirectamente para la prestación de servicios.

De igual manera, cuando se hace mención a la contratación, se entenderá como la contratación directa o indirecta.

PARÁGRAFO. *En el caso de las sociedades por acciones simplificadas -SAS-, enunciadas en el artículo 3° de la Ley 1258 de 2008, actividad permanente será cualquiera que esta desarrolle. (Negrilla Fuera del Texto)*

En el ámbito internacional, la Organización Internacional de Trabajo –OIT- reguló lo que en Colombia se conoce como intermediación laboral, al igual que lo referente a las Empresas de Servicios Temporales, utilizando los mismos conceptos, pero distinta terminología. Así las cosas, sobre la intermediación laboral indicó en la Conferencia Internacional del Trabajo 85° reunión 1997, Informe VI (1) Trabajo en régimen de Subcontratación, realizada en Ginebra, Suiza:

Subcontratación de mano de obra:

En términos generales, hay este tipo de subcontratación cuando el objetivo único o predominante de la relación contractual es el suministro de mano de obra (y no de bienes ni de servicios) por parte del subcontratista a la empresa usuaria, la cual puede pedir a los interesados que trabajen en sus locales junto con sus propios asalariados o que lo hagan en otra parte, si la organización de la

¹⁹ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 “ *Que mediante la Ley 1233 de 2008, se dictaron normas en relación con las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, así como las condiciones para la contratación de estas con terceros, paralelo con lo cual, se contemplaron las prohibiciones para el evento en que dichas entidades actúen como empresas de intermediación laboral o envíen trabajadores en misión; razón por la que a través del presente decreto se hace necesario dictar normas orientadas a su reglamentación parcial, en cuanto a las conductas objeto de sanción.*

Que adicionalmente, es necesario reglamentar el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, en concordancia con la Ley 79 de 1988 y la Ley 1233 de 2008, en lo referente a la contratación de personal a través de cooperativas y precooperativas de trabajo asociado y terceros contratantes que infrinjan las prohibiciones contenidas en dichas normas”.

²⁰ Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo.

producción así lo requiere Hay muchas variantes de este fenómeno, pero todas se caracterizan por la ausencia de una relación de empleo directa y oficial entre la empresa usuaria y los trabajadores interesados.

Sobre los servicios de las Empresas Temporales dispuso en el literal b) el artículo 1° del Convenio Sobre las Agencias de Empleo Privadas No. 181 de 1997,

1. A efectos del presente Convenio, la expresión agencia de empleo privada designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

(...)

(b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante "empresa usuaria"), que determine sus tareas y supervise su ejecución;

En los términos anteriores, se concluye que la intermediación laboral tiene como fin la prestación de servicios personales por parte de trabajadores de un contratista y a favor, directamente, de un contratante. Se trata por lo tanto, del envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones. En Colombia es una actividad propia de las Empresas de Servicios Temporales y puede ser gratuita u onerosa, aunque siempre será gratuita para el trabajador; y se encuentra prohibida su prestación por parte de Cooperativas y Precooperativas, al igual que para Empresas Asociativas de Trabajo y los Fondos Mutuales o similares.

Por otro lado, se encuentra la tercerización laboral, la cual no ha sido definida expresamente por la legislación colombiana, excepto en el Decreto reglamentario 1072 de 2018²¹. Empero, la doctrina ha definido esta figura como la subcontratación de producción de bienes o de prestación de servicios, indicando que:

La tercerización laboral así entendida, supone que la producción de bienes o prestación de servicios se ejecute en un marco de dirección y control a cargo de una parte que se denomina contratista, con sus propios medios, trabajadores y patrimonio, a favor de otro sujeto, el contratante²².

Ahora bien, siendo entendida la tercerización laboral en los anteriores términos, se tiene que la Organización Internacional del Trabajo sin definir la figura como tal, sí ha hecho referencia a la práctica de la subcontratación laboral de bienes y servicios. Al respecto ha indicado:

²¹ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.

²² La Licitud De La Tercerización Laboral Y La Intermediación Laboral En Colombia: Análisis De La Postura Del Ministerio Del Trabajo A Partir Del Ordenamiento Jurídico Colombiano. Mariana Góez Mondragón; José Jaime Posada Molina; Universidad EAFIT.

Subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios: Con arreglo a esta modalidad de trabajo en régimen de subcontratación, una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos. Los trabajadores dedicados a esa tarea permanecen bajo el control y la supervisión de la segunda empresa (llamada subcontratista), que es también responsable del pago de los salarios y del cumplimiento de las demás obligaciones que incumben al empleador. La empresa usuaria paga al subcontratista por el trabajo efectuado o por el servicio facilitado, y no en función del número de personas empleadas ni del número de horas trabajadas. A la empresa usuaria lo único que le interesa es el producto terminado que le entrega el subcontratista, no la manera en que se realizó el trabajo ni quién lo hizo²³. (Negrilla fuera de texto).

Se colige de lo anterior, que la tercerización laboral, entendida como el suministro de bienes y servicios, es permitida por los convenios de la OIT.

Ahora bien, hay que confrontar la definición realizada anteriormente, con aquella contenida en el numeral 6° del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015, el cual fue adicionado por el artículo 1° del también Decreto Reglamentario 583 de 2016, que reza:

Tercerización laboral. Se entiende como tercerización laboral los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes.

La tercerización laboral **es ilegal** cuando en una institución y/o empresa pública y/o privada coincidan dos elementos²⁴:

- a. Se vincula personal para desarrollo de las actividades misionales permanentes a través de un proveedor de los mencionados en este decreto y*
- b. Se vincula personal de una forma que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes. (Negrilla Fuera de Texto).*

4.3. CASO CONCRETO

Pruebas relevantes que se encuentran en el presente proceso y que respaldan lo pretendido:

²³ Conferencia Internacional del Trabajo 85° reunión 1997, Informe VI (1) Trabajo en régimen I\ de Subcontratación; Ginebra, Suiza.

²⁴ Ver Sentencia, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, subsección B, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Bogotá D.C., seis (06) de julio de dos mil diecisiete (2017), Rad. No.: 11001-03-25-000-2016-00485-00(2218-16) Actor: ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES, ACOSSET Demandado: MINISTERIO DEL TRABAJO.

- Con petición del 02 de agosto de 2017, la demandante le solicitó al Hospital El Tunal III Nivel -Hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur el pago de unas acreencias laborales causadas entre el 01 de enero de 2014 al 30 de junio de 2017²⁵.

Otras documentales:

PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO:

Dentro de las pruebas documentales aportadas, se observa certificación suscrita por la Subdirectora Administrativa del Hospital Meissen II Nivel E.S.E en donde se acreditan la suscripción de contratos de prestación de servicios personales, con inclusión de prórrogas y adiciones de carácter independiente en los siguientes periodos , así:

- Del 07 de mayo de 2010 al 03 de enero de 2011.
- Del 04 de enero de 2011 al 31 de marzo de 2011.
- Del 01 de abril de 2011 al 30 de junio de 2011.
- Del 01 de julio de 2011 al 03 de enero de 2012.
- Del 04 de enero de 2012 al 30 de abril de 2012.
- Del 02 de mayo de 2012 al 08 de agosto de 2012.
- Del 13 de agosto de 2012 al 31 de octubre de 2012.
- Del 01 de noviembre de 2012 al 10 de diciembre de 2012.
- Del 11 de diciembre de 2012 al 01 de enero de 2013.
- Del 02 de enero de 2013 al 31 de enero de 2013.
- Del 01 de febrero de 2013 al 30 de abril de 2013.
- Del 01 de mayo de 2013 al 31 de mayo de 2013.
- Del 02 de julio de 2013 al 29 de julio de 2013.
- Del 30 de julio de 2013 al 02 de septiembre de 2013.
- Del 03 de septiembre de 2013 al 01 de septiembre de 2013.
- Del 02 de diciembre de 2013 al 01 de enero de 2014.
- **Del 02 de enero de 2014 al 31 de enero de 2014.**
- **Del 01 de febrero de 2014 al 30 de abril de 2014**
- **Del 01 de mayo de 2014 al 31 de julio de 2014.**
- **Del 01 de agosto de 2014 al 31 de agosto de 2014.**
- **Del 01 de septiembre de 2014 al 30 de septiembre de 2014.**

²⁵ Ver fl. 06-10 del exp.

- **Del 01 de octubre de 2014 al 13 de octubre de 2014.**

Del material probatorio obrante en el expediente, también se puede determinar que la señora ERIKA ROCÍO TINJACÁ CAÑÓN, suscribió con el Hospital El Tunal III Nivel - hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. los siguientes contratos de prestación de servicios:

Fuera del periodo solicitado en las pretensiones de la demanda:

ITEM	CONTRATO	EJECUCIÓN	OBJETO
1	1397	Del 08/11/2012 al 07/12/2012	Enfermera
2		Del 13/01/2013 al 02/02/2013	Enfermera

Dentro del periodo solicitado en las pretensiones de la demanda:

ITEM	CONTRATO	EJECUCIÓN	OBJETO
1	2684	Del 23/12/2013 al 28/02/2014	Enfermera
2	1041	Del 05/02/2014 al 28/02/2015	Enfermera

Interrupción 2 meses y 2 días

3	Fundación de la Mano Contigo	Del 01/05/2015 al 30/04/2016	Enfermera Jefe
4	33	Del 01/05/2016 al 31/07/2016	Enfermera
5	001044	Del 01/08/2016 al 31/08/2016	Profesional en enfermería
6	004362	Del 01/09/2016 al 07/01/2017	Profesional en enfermería
7	002675	Del 08/01/2017 al 31/05/2017	Profesional en enfermería

Interrupción de 19 días

8	006431	Del 20/06/2017 al 30/06/2017	Profesional en enfermería.
---	--------	------------------------------	----------------------------

De los contratos suscritos entre la actora y la entidad accionada se destacan las siguientes obligaciones²⁶:

- Entrega y recibo de turno.
- Asistencia a capacitaciones programadas.
- Administración de medicamentos.
- Dar educación al paciente y a la familia.

²⁶ Ver contrato 1041 de 2014, hoja 23 anexo de contratos.

- *Velar por la custodia y el cuidado de los equipos que se encuentre bajo su responsabilidad.*
- *Realización de pedidos.*
- *Garantizar atención y cuidados de enfermería al paciente de pediatría, hospitalización, clínica de heridas y plan de atención en casa.*
- *Realizar los pedidos y optimizar el uso de ellos.*
- *Velar por la estadística del servicio.*
- *Garantizar el cumplimiento a las guías y procedimientos para el cuidado del paciente de acuerdo a las instauradas por el hospital El Tunal. *Velar por el cuidado y custodia de la historia clínica.*
- *Revisión de historias clínicas.*
- *Organización y supervisión del personal auxiliar y sus actividades en cada servicio.*
- *Las demás actividades que le asigne el jefe inmediato que estén acorde con el objeto contractual.*
- *Velar por la mínima estancia hospitalaria de los pacientes.*
- *Aplicar las guías, protocolos, procedimientos de enfermería e institucionales en cada una de las actividades a realizar.*
- *Velar por el control, registro de los elementos y medicamentos del carro de paro en cada uno de los servicios.*
- *Informar al departamento de enfermería las novedades presentadas durante la ejecución del contrato (Incapacidades, ausencias, suspensiones y reinicios).*
- *Participar activamente en la garantía de la Seguridad del paciente durante su permanencia en la Entidad.*

Se debe indicar que en efecto la prestación del servicio de la demandante fue continua, pues, se acredita dentro del periodo solicitado para la declaración de existencia del contrato realidad la suscripción de 8 contratos de prestación de servicios desde el 23 de diciembre de 2013 al 30 de junio de 2017; sin embargo, existió interrupción contractual entre los contratos, así:

- Entre el 1041 y la Fundación de la Mano Contigo **(2 meses y 2 días)**
- Entre el 2675 y el 6431 **(19 días)**

Relacionadas las pruebas aportadas, el Despacho procede analizar si los tres (3) elementos que configuran la relación laboral se evidencian en el presente caso.

RETRIBUCIÓN DEL SERVICIO:

De conformidad con la certificación y las constancias visibles a folios 21, 22, 145, 212 y en CD obrante a folio 213 del expediente, emitidas por la Directora de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., el Representante legal de la Fundación de la Mano Contigo y la Subdirectora Administrativa del Hospital Meissen II Nivel E.S.E, se puede establecer que la señora Erika Rocío Tinjacá Cañón laboró bajo la modalidad de órdenes o contratos de prestación de servicios y que el objeto de los mismos era prestar servicios como Enfermera y Enfermera Jefe, de igual forma, señala que bajo el último de los contratos de prestación de servicios el promedio de los honorarios mensuales percibidos por la actora fue de \$2.768.361²⁷; en el medio magnético -CD se allegan los contratos celebrados entre las partes²⁸, lo que muestra la retribución del servicio personal por ella prestado a la entidad accionada.

CONTINUADA SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA:

A fin de probar la existencia de este elemento de la relación laboral, fueron aportados al proceso:

- Respuesta a la reclamación administrativa elevada por la actora, en donde se niega el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y acreencias laborales solicitadas²⁹.
- Certificación y las constancias visibles a folios 21, 22, 145, 212 y en CD obrante a folio 213 del expediente, emitidas por la Directora de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., el Representante legal de la Fundación de la Mano Contigo y la Subdirectora Administrativa del Hospital Meissen II Nivel E.S.E, en donde se relacionan los contratos suscritos entre las partes, con el objeto de desarrollar actividades como enfermera o enfermera jefe.
- Reposan los contratos suscritos por la demandante y la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., La Fundación de la Mano Contigo y El Hospital Meissen II Nivel E.S.E³⁰.

²⁷ Ver fl. 212 del expediente, certificación de orden o contrato de prestación de servicios, haciendo la operación aritmética de dividir el monto total del contrato, \$ 13.288.132, por el tiempo mensual contratado, 4.8 meses, contados desde el 08 de enero de 2017 al 31 de mayo de 2017, dando un valor promedio mensual de \$ 2.768.361.

²⁸ Ver fl. 213 del exp.

²⁹ Ver fl. 11 al 18 del exp.

³⁰ Ver CD fl. 213 del exp.

Solicitud de Tacha de testimonios

Antes de analizar las declaraciones recepcionadas en audiencia de pruebas de fecha 03 de julio de 2019³¹, el Despacho entrará a resolver la solicitud propuesta por el apoderado de la entidad accionada contra el testimonio de la señora Jhoana Ramírez Suárez, el cual fue solicitado por la parte actora, al considerar que sus afirmaciones se encuentran afectadas de credibilidad, pues, la testigo también inició contra la entidad demandada medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, al tener un vínculo laboral con el Hospital del Tunal III Nivel, demandando las mismas pretensiones que en este caso nos ocupan.

Es de señalar que el artículo 211 del C.G.P., dispone en relación a la tacha de testigos lo siguiente:

“ARTÍCULO 211. IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. (Subrayado fuera del texto)

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.”

De acuerdo a lo anterior, esta instancia judicial encuentra, que si bien es cierto, la testigo prestó sus servicios en la entidad accionada e interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en busca de las mismas pretensiones aquí encaminadas, también lo es, que al ser compañera de trabajo de la demandante conoció de forma directa las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante los cuales la actora prestó sus servicios en el Hospital el Tunal III Nivel hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur, en consecuencia, el Despacho niega la solicitud propuesta por el apoderado de la entidad demandada, al no resultar suficientes los argumentos expuestos en la etapa de alegatos de conclusión para desestimar la declaración rendida por la señora Jhoana Ramírez Suárez, dado que no se evidencia dentro de su declaración incongruencia o parcialización, encaminada a favorecer sus propios intereses.

Testimonios e interrogatorio de parte

³¹ Ver fl. 134 al 136 del exp.

A fin de probar la existencia de los elementos de la relación laboral, el Despacho en audiencia de pruebas celebrada el día 3 de julio de 2019, recibió el testimonio de la señora, Jhoana Ramírez Suárez y recibió en interrogatorio de parte a la señora Erika Rocío Tinjacá Cañón, destacándose lo siguiente:

- **Vinculación laboral.**

Testimonio Jhoana Ramírez Suárez.

PREGUNTADO** indíqueme a esta audiencia si usted sabe cómo se vinculó la demandante con el Hospital el Tunal Hoy la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E y si usted recuerda en que área o en que dependencia ella cumplía funciones y que actividades debía cumplir **CONTESTO. Sí, ella se vinculó al Hospital el Tunal en el 2014, ella ingresó al área de urgencias pediátricas ahí recibió la inducción y de ahí salió para la UCI pediátrica, yo salí en el 2016, en esa época cuando yo salí ella siguió laborando.

Interrogatorio de Parte, Erika Rocío Tinjacá Cañón.

PREGUNTADO.** Desde qué fecha se vinculó usted en el Hospital anteriormente el Tunal o si usted con anterioridad trabajó con otra entidad pública, para que así precise los periodos, indique igualmente como se vinculó a usted en el Hospital el Tunal si se vinculó por contrato de prestación de servicios o si fue una vinculación por una relación legal o reglamentaria, es decir por un nombramiento efectuado al interior de la entidad y que actividades debía usted cumplir en el Hospital el Tunal. **CONTESTO. Ingresé al Hospital el Tunal desde enero del 2014 como enfermera profesional para el área de cuidados intensivos,** desempeñándome en este rol, con actividades propias del cargo; cumplía un turno de 1:00 p.m a 7:00 p.m en el cual era la Enfermera Jefe de servicios de la unidad de cuidados intensivos pediátrica, **tenía a cargo 3 o 4 auxiliares y eran 8 camas, administración de medicamentos, paso de catéter epicutáneos en algunos casos, canalización, actividades básicas de enfermería y administración de medicamentos e inotrópicos.** **PREGUNTADO.** Usted ha dicho o mejor amplíenos su respuesta, de que fecha hasta que fecha usted estuvo vinculada por contrato de prestación de servicios. **CONTESTO. enero de 2014 hasta el 30 de junio de 2017.

- **Horario de ejecución de las actividades contratadas.**

Testimonio de la señora JHOANA RAMÍREZ SUÁREZ:

PREGUNTADO.** Como quiera que usted nos ha referido en que dependencias ella laboró, quiere por favor usted recordar las funciones o las actividades que eran asignadas para el desempeño en estas áreas **CONTESTO** ella trabajaba en la UCI pediátrica yo trabajé con ella durante el 2013 al 2016 más o menos, ella sí, ella tenía que cumplir un horario, ella estaba en el horario, **un tiempo estuvo en el horario de la tarde, después la fijaron en el horario de la mañana, de 7:00 a.m.

a 1:00 p.m. y entregar turno, recibir turno y las órdenes que mandaba el médico, y las necesidades era el cuidado del paciente, ella era Jefe de enfermeras.

Interrogatorio de parte, señora Erika Rocío Tinjacá Cañón.

PREGUNTADO. *Ha referido usted en alguna de sus respuestas que su trabajo fue de 1:00 p.m. a 7:00 p.m, puede indicarle al Despacho si este horario fue cumplido durante todo este tiempo que usted trabajó en el Hospital del Tunal del 2014 al 2017 o hubo alguno otro horario distinto. CONTESTO. Tuve otro horario, luego me pasaron al turno de la mañana y estuve de 7:00 a.m. a 1 p.m. Para que nos amplíe la respuesta, por favor, Erika indíqueme a este Despacho a partir de qué fecha, lo recuerda empezó a cumplir funciones en el horario de la mañana de 7:00 am a 1:00 p.m. CONTESTO. más o menos en agosto de 2014, inicié el turno de la mañana, de 7.00 a.m. a 1:00 p.m.*

De lo anterior, se puede extraer que la señora Erika Rocío Tinjacá Cañón, trabajó en el Hospital El Tunal III Nivel -hoy- Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. desde el año 2014 al 2017, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, de manera continua, que desempeñó sus actividades como Enfermera y Enfermera Jefe, en UCI y UCI pediátrica, cumpliendo un horario en principio de domingo a domingo con un día de descanso semanal de 1:00 p.m. a 7:00 p.m. y posteriormente se le asignaron turnos diarios para el desarrollo de sus actividades de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. Dentro de las actividades asignadas tenía a cargo 3 o 4 auxiliares, administración de medicamentos, paso de catéter epicutáneos en algunos casos, canalización, actividades básicas de enfermería y administración de medicamentos e inotrópicos, entre otras.

- Del personal de Planta.

Testimonio, Jhoana Ramírez Suárez.

PREGUNTADO. *De conformidad con su respuesta anterior, indíqueme a este Despacho si estas actividades que ella debía cumplir en un principio en la Unidad Pediátrica, después en la UCI Pediátrica del Hospital eran igualmente cumplidas por personal de planta de la entidad, cuando hablo de personal de planta, es decir el personal que estuviera vinculado directamente con la entidad por un nombramiento mediante resolución. CONTESTO. Si señora, había personal de planta PREGUNTADO. *Recuerda usted el número de este personal de planta cumpliendo las funciones que desempeñaba igualmente la demandante CONTESTO. La Coordinadora de la UCI Pediátrica, Aura María Vélez, ella era de planta y habían tres auxiliares, en el área solo de la UCI pero en Pediatría, había más personal de planta.**

(...)

PREGUNTADO. *Jhoana, usted en una de sus respuestas ha referido el horario que cumplió la demandante que fue en un principio en la tarde, después se acomoda en horario de la mañana de 7:00 a.m a 1:00 p.m, quiere por favor*

indicarle a este Despacho, si teniendo en cuenta que las mismas actividades que desempeñaba la demandante eran desempeñadas por personal de planta, le quiere preguntar el Despacho si este horario cumplido por la demandante era igualmente cumplido por personal de planta, o si la demandante laboraba más horas que sus homólogos de planta. **CONTESTO.** Pues entre semana si eran las mismas horas y todo, pero lo distinto era que las de planta, no trabajaban los domingos, sólo les dejaban un domingo al mes y les daban 2 días entre semana de compensatorio; y a nosotras las de prestación de servicios sí teníamos que cumplir el mismo horario y trabajar domingos y festivos. **PREGUNTADA.** Jhoana conoce usted, si existía alguna diferencia, entre la remuneración que percibía la demandante por Honorarios con la asignación básica mensual devengada por una persona que desempeñara el cargo de jefe de enfermería dentro de la entidad **CONTESTO.** **Sí era muy distinto el sueldo, los de planta ganaban más que los de prestación de servicios, por ejemplo ellos un domingo que trabajaban, eso casi no les dejaban si no uno o dos domingos al mes, porque a ellos se los pagaban como 3 veces más, en cambio a nosotros nos lo pagaban como un día normal, no nos pagaban el recargo.**

De lo anterior se puede concluir que las actividades ejecutadas por la actora eran efectuadas por personal de planta, quienes devengaban un salario superior por las mismas actividades.

- **Subordinación.**

Testimonio, Jhoana Ramírez Suárez

PREGUNTADO. Indíqueme al Despacho si debía cumplir órdenes para la ejecución de las distintas actividades que le eran trazadas en sus contratos de prestación de servicios o ella los hacía de manera autónoma. **CONTESTO.** Allá como es un Hospital siempre se reciben órdenes del médico y ya por la agilidad de uno, uno le comenta al médico, Doctor, este paciente necesita esto, pero todo es bajo órdenes del médico en ese momento.

Interrogatorio de parte, Erika Rocío Tinjacá Cañón.

PREGUNTADO. Usted ha referido en alguna de sus respuestas anteriores que cumplía un horario en principio en la tarde, posteriormente, después de agosto de 2014, en el horario de la mañana, quiere por favor indicarle a este Despacho, quién organizaba estos turnos, o si estaban programados, de ser así, quién era, quién programaba estas agendas o estos turnos asignados a usted. **CONTESTO.** Directamente el Departamento de Enfermería que estaba a cargo de una enfermera y ella era la que organizaba como tal el cuadro de turnos, y ahí nos indicaba en que turno correspondía la labor. **PREGUNTADO.** Esta persona que asignaba estos turnos, dice que es del Departamento de Enfermería, recuerda su nombre. **CONTESTO.** Es que en el 2014 una jefe pero no recuerdo, el nombre de la jefe, posterior a ella pasó a ser la Jefe Claudia Sandoval, y posterior a ella estuvo la jefe Aura María, fueron como las 2 enfermeras del departamento con las que estuvieron a cargo de organizarnos los horarios en esa época. **PREGUNTADO.** Quiere por favor señora Erika, indicarle a este Despacho, si usted para la ejecución de sus distintas actividades, debía cumplir algunas órdenes, en caso afirmativo de quién cumplía esas órdenes. **CONTESTO.** Pues yo estaba en primer lugar bajo las órdenes del médico especialista que estuviera durante el turno, que en este caso era el especialista intensivista que estuviera

en el turno que era el Dr. Sourdis, y también estaba bajo las órdenes de la Jefe del Departamento de Enfermería que estuviera en ese momento.

De lo declarando ante el Despacho, la demandante recibía órdenes de los Jefes de Departamento y de los médicos encargados de los pacientes, además, los permisos debían solicitarse para ser autorizados por la Jefe del Departamento de enfermería, pues en ningún momento podía delegar sus funciones, así como le eran agendados los turnos para el cumplimiento de sus actividades indicadas en los contratos.

En cuanto al pago de **aportes a salud y pensión** de manera total, la accionante afirmó durante el interrogatorio:

PREGUNTADO. Informe a este Despacho en la forma en que usted se vinculó con la entidad, si a usted le correspondía cubrir los aportes a salud y pensión ***CONTESTO.*** Si señora, salud pensión y ARL.

De otra parte, en el interrogatorio expone la demandante que estuvo vinculada por contrato de prestación de servicios con otra entidad estatal, de enero de 2014 a junio de 2015, en horario nocturno, coincidiendo con la prestación de servicios en el Hospital el Tunal, al señalar:

PREGUNTADA. En este periodo que usted se desempeñó como jefe de enfermera al interior del Hospital el Tunal en el 2014 al 30 de junio de 2017, usted cumplió actividades profesionales en otra entidad del Estado, en caso afirmativo indique cual y como fue su forma de vinculación. ***CONTESTO.*** Yo también trabajaba en el Hospital de Meissen, y trabajaba en el turno ***NOCTURNO.*** ***PREGUNTADO.*** cuando usted nos da la respuesta anterior, que trabajó en el Hospital de Meissen es en este periodo del 2014 al 2017. ***CONTESTO.*** No señora, en Meissen estuve en el 2014 hasta el 2015, que corresponde en el periodo en el que estuve en el Tunal, fue un año. ***PREGUNTADO.*** En esta prestación de servicios con el Hospital Meissen y que coincide con el periodo que fue enfermera Jefe en el Hospital el Tunal 2014 – 2015 igualmente se vinculó por contrato de prestación de servicios? ***CONTESTO.*** Si señora, prestación de servicios. ***PREGUNTADO.*** Quiere usted por favor indicarnos si con anterioridad había prestado servicios al Hospital Meissen, en caso afirmativo indique en qué periodo y cuál fue la forma de vinculación con esa entidad. ***CONTESTO.*** Si señora, yo me encontraba laborando con el Hospital Meissen desde octubre, noviembre del 2010 hasta junio del 2015, por prestación de servicios. ***PREGUNTADO.*** Quiere por favor usted informar a este Despacho si ha promovido alguna reclamación, contra esta entidad, si usted ha presentado alguna demanda reclamando el pago de sus prestaciones con ocasión a la vinculación por contrato de prestación de servicios que tuvo en el Hospital Meissen en el Periodo del 2010 al 2015. ***CONTESTO.*** Si señora, ya en este momento también me encuentro en otro proceso con el Hospital de Meissen. ***PREGUNTADO.*** De conformidad con su respuesta anterior, indíqueme a este Despacho si sabe o le han indicado sus apoderados en que estado está esta controversia ***CONTESTO.*** No señora, en este momento no tengo conocimiento en que estado está ese proceso.

Así mismo en ambas declaraciones se logró concluir que los honorarios devengados por la demandante eran diferentes a los de planta, debido a que no se les reconocía prestaciones sociales, recargos festivos ni compensatorios, igualmente debían portar un carnet de trabajo de forma obligatoria que las identificada como empleadas del Hospital, al igual que el personal de planta de la Entidad.

De las pruebas documentales aportadas al proceso, de la declaración de terceros y, del interrogatorio de parte, de su análisis y valoración, se puede colegir:

- La prestación personal de los servicios de la demandante en las instalaciones Hospital El Tunal III Nivel - hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. en el periodo comprendido entre enero de 2014 a 30 de junio de 2017, con algunas interrupciones contractuales superiores a quince (15) días, entre la fecha de finalización de los contratos de prestación de N° 1041 y la Fundación de la Mano Contigo **(2 meses y 2 días)** y entre el 2675 y el 6431 **(19 días)**.
- Durante el periodo del 01 de mayo de 2015 al 30 de abril de 2016, la señora Erika Rocío Tinjacá Cañón, fue contratada en la modalidad de prestación de servicios por parte de la Fundación de la Mano Contigo, Nit: 900145605-3, quién tercerizó los servicios de la accionante para el antiguo Hospital el Tunal III Nivel hoy Subred de Servicios de Salud Sur E.S.E, con el fin de desconocer sus obligaciones prestacionales³², de tal manera, al contratarse a la demandante para realizar una actividad de carácter permanente y misional de la entidad, que afectó sus derechos legales y prestacionales, la contratación que se realizó por la Fundación se torna ilegal, según los parámetros normativos referenciados en la parte considerativa de la presente providencia.
- Igualmente, se acreditó incapacidad médica No. 173510 del Hospital de San José por el término de veinte (20) días, del 31 de mayo al 19 de junio de 2017, especialidad ginecología y obstetricia, lo que justifica la interrupción de los 19 días entre los dos últimos contratos suscritos³³.
- El horario desarrollado por la accionante fue de manera continua dentro de

³² Ver fl. 145 del exp.

³³ Ver fl. 142 del exp.

la entidad, que correspondía a los turnos asignados por la Jefe de Departamento de Enfermería los cuales en principio fueron asignados de domingo a domingo de 1:00 p.m a 7 p.m con un cambio de turno posterior en el horario, quedando asignado de domingo a domingo de 7:00 a.m. a 1:00 p.m.

- Dentro de la planta de personal del Hospital El Tunal III Nivel, existían funcionarios de carrera administrativa desempeñando las mismas funciones de la actora y en el mismo cargo de "JEFE DE ENFERMERÍA", lo cual se establece de las declaraciones rendidas por la testigo y de las pruebas documentales allegadas al plenario, ver folio 213 del expediente, CD con listado de los jefes de enfermería de la entidad, a folios 181-141 del expediente, listado de empleados de Enfermería, Código 243, Grados 19-20 del antes Hospital El Tunal III nivel E.S.E en el periodo 2014 a 2017, vinculados a través de una relación legal y reglamentaria a la entidad hospitalaria³⁴, también se incorpora Acuerdo N° 003 de 17 de marzo de 2006, "*Por medio del cual se ajusta el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de Planta de Personal del Hospital El Tunal III Nivel, Empresa Social del Estado*"³⁵, Acuerdo número 009 de 2015 del 05 de junio de 2015, "*Por medio del cual se modifica el Manual de Funciones y Competencias Laborales para los Empleos de Planta de Personal del Hospital El Tunal III Nivel E.S.E*"³⁶ y Acuerdo N° 013 de 2017 "*Por medio del cual se establece el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la Subred Integrada de Servicios de Salud E.S.E*"³⁷; adicionalmente, se arrima certificación expedida por el Director Operativo de la Dirección de Gestión de Talento Humano, Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., en donde se indica que en la planta de personal del antiguo Hospital Tunal E.S.E, existió el cargo de ENFERMERO, código 243, Grado 19, y en la Hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur, código 243 grado 20, con una asignación básica de \$ 2.805.483 correspondiente para el 2014, \$ 2.950.246, correspondiente al año 2015, \$3.194.232, correspondiente al año 2016 y una suma de \$ 3.422.620, correspondiente al año 2017, incluyéndose a la asignación básica los factores salariales de prima de antigüedad, prima técnica, recargos dominicales y festivos, prima semestral, prima de vacaciones, bonificación especial de recreación, prima

³⁴ Ver fl. 182 al 184.

³⁵ Ver fl. 185-186 del exp.

³⁶ Ver fl. 187-189 del exp.

³⁷ Ver fl. 190 del exp.

de navidad, vacaciones, bonificación por servicios, reconocimiento por permanencia, cesantías e intereses a las cesantías³⁸.

- La dependencia y subordinación de la actora al Hospital El Tunal III Nivel - hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur, por cuanto, al igual que los empleados de planta debía cumplir horario, recibía órdenes de tiempo, modo y lugar y al ausentarse de su lugar de trabajo debía solicitar la autorización a la Jefe encargada del Departamento de Enfermería, pues, no podía delegar de forma autónoma sus funciones.
- La remuneración recibida conforme a la prestación de servicios de acuerdo a lo pactado en cada uno de los contratos suscritos por las partes, en calidad de honorarios mensuales.
- Que durante el año 2014 hasta junio de 2015, la señora Erika Rocío Tinjacá Cañón, prestó sus servicios al Hospital Meissen y el antiguo Hospital el Tunal, en forma simultánea, situación que no es óbice para desconocer sus derechos laborales, toda vez que los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud, se encuentran dentro de las excepciones contempladas en la ley 4 de 1992 artículo 19³⁹, en relación a disposición constitucional contenida en el artículo 128⁴⁰. Así las cosas, debe entenderse que quienes desempeñan las actividades exceptuadas, tienen derecho al pago de prestaciones provenientes del ejercicio de estos empleos.
- De igual forma, queda demostrado que el cargo de la demandante "Enfermera jefe" existía dentro de la planta de personal del Hospital El Tunal III Nivel hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., pero aún así, la entidad accionada decidió celebrar 8 contratos de prestación de servicios sucesivos con ella, entre el 01 de enero de 2014 al 30 de junio de 2017, evidenciándose así, por parte de la entidad demandada el ánimo de emplear de modo permanente y continuo sus servicios profesionales de

³⁸ Ver fl. 191 del exp.

³⁹ ARTÍCULO 19 Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado exceptúense las siguientes asignaciones:

(...)

e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;(Negrilla fuera de texto).

⁴⁰ "ARTICULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas."

para el cargo de Enfermera jefe en UCI y UCI pediátrica, tal como consta en cada uno de los contratos donde se pactaba el valor de los honorarios tras la ejecución de los mismos.

Ahora, como se enunció anteriormente, de las pruebas recaudadas se infiere con toda claridad la subordinación de que se revistió la presunta relación contractual suscrita, toda vez, que la demandante al desarrollar la actividad para la que fue contratada sucesivamente se encontraba sujeta al cumplimiento de horario, a la supervisión, las directrices y subordinación directa de los Jefes inmediatos, quienes tenían injerencia sobre las tareas por ella desempeñadas, como es el caso de las Jefes del Departamento de enfermería que adecuaban turnos y horarios para el desarrollo de sus actividades.

Extraño es que en una relación en la que se supone una total autonomía e independencia en desarrollo de la actividad contratada, se exija el cumplimiento de horario de trabajo en un lugar específico lo que demuestra el control y supervisión de la Entidad sobre la labor de la demandante, desvirtuándose así su autonomía e independencia en la prestación de los servicios contratados y superando bajo tales circunstancias el tema de la coordinación necesaria en desarrollo de la actividad contractual, aludida en los alegatos de conclusión por la entidad.

El análisis anterior, evidencia entonces la configuración del elemento de subordinación que determina en estos casos la existencia de una relación laboral encubierta bajo un vínculo contractual.

Debe precisarse como inicialmente se planteó, que el servicio prestado por la demandante corresponde a una labor permanente y misional de la entidad, las funciones desarrolladas por la actora son propias de la naturaleza del empleo público previsto dentro de su planta de personal, toda vez, que conforme lo Certifica la Dirección de Gestión de Talento Humano de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E en CD a folio 213 del expediente, se relaciona el listado de jefes de enfermería y a folio 191 del expediente, certificación del cargo de enfermera dentro de la planta de personal del ente de salud durante el tiempo en el cual la accionante desempeñó sus funciones en idénticas calidades.

Así, desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de

servicios, y probados los elementos de la relación laboral en el presente caso, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración como contraprestación directa del mismo, la subordinación y dependencia en el desarrollo de la actividad, y el desempeño de una labor de carácter permanente, propia de la Entidad, concluye el Despacho que la administración utilizó equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la relación suscrita que desde luego se tornó eminentemente laboral, por lo que se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, en tanto la demandante prestó sus servicios personales como Jefe de Enfermeras, surgiéndole el derecho a que sea reconocida su relación laboral, confiriéndole a la contratista las prerrogativas de orden prestacional.

Pago de las prestaciones sociales como consecuencia de la existencia de un contrato realidad.

Ahora bien, en relación al reconocimiento de las prestaciones sociales, dejadas de percibir, en aquellos casos en que se desvirtúa la existencia de un contrato de prestación de servicios, en Sentencia de Unificación Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, Exp.2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16 de fecha 16 de agosto de 2016 unificó el criterio señalando que estas se otorgan a título de "restablecimiento del Derecho", sin que por ello se convierta automáticamente en un empleado público:

“(…)

En este orden de ideas, la Sala considera oportuno y necesario precisar cuál es el criterio imperante para el reconocimiento de la reparación de los daños derivados de la existencia del contrato realidad, dependiendo si las actividades contratadas bajo la modalidad de prestación de servicios son iguales a las funciones asignadas a empleos existentes en la planta de personal de la entidad o si no lo son, pues según el caso, el parámetro objetivo para la tasación de perjuicios podrá variar, en aplicación de los principios laborales de igualdad de oportunidades y remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, derivados del artículo 53 de la C.P.

En tal sentido, dirá la Sala que los honorarios pactados son el criterio imperante cuando el cargo desempeñado por el contratista no existe en la planta de personal, pues en razón a la inexistencia del cargo, dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios”.

Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea 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, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad.(...).”

En esa medida, actualmente las prestaciones sociales que son reconocidas a las personas que fueron vinculadas mediante contratos de prestación de servicios y que logran demostrar la existencia de una relación laboral, lo son a título de restablecimiento del derecho, pues aunque queda desvirtuada la vinculación como contratista para dar lugar a una de carácter laboral, dicha vinculación no puede tener la misma connotación que la del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, en el entendido que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como los presupuestos de ley (nombramiento, posesión) requisitos que no se observan en la situación concreta de la accionante.

Por lo anterior, esta Agencia Judicial **declarará la nulidad** del oficio No. OJU-E-1547-2017 del 14 de agosto de 2017, mediante el cual se negó la existencia de una relación laboral entre la demandante y la entidad accionada, y en su lugar se tendrá como existente dicho vínculo entre la señora Erika Rocío Tinjacá Cañón y el Hospital El Tunal III Nivel -hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.; **y a título de restablecimiento** ordenará a la entidad accionada reconocer y pagar a la actora todos los **emolumentos y prestaciones sociales**, en los periodos que se advierten más adelante, tomando como fundamento la remuneración pactada en cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes.

Ahora bien, en relación a las interrupciones presentadas entre la terminación de los contratos de servicios, N° 1041 y la Fundación de la Mano Contigo, se observa solución de continuidad de **2 meses y 2 días**; contrario a lo analizado frente a los contratos N° 2675 y el N° 6431, pues los 19 días de la supuesta interrupción corresponden al periodo de Incapacidad certificado mediante constancia médica N° 173510 a folio 142 del expediente, emitida por la Sociedad de Cirugía de Bogotá, Hospital de San José, entre el **31 de mayo de 2017 al 19 de junio de 2017**. el Despacho, más adelante analizará si frente a estos interregnos ha ocurrido el fenómeno de la prescripción de conformidad a lo dispuesto por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de fecha 25 de abril de 2016.

En cuanto, a la diferencia concerniente a los aportes al sistema de seguridad social la entidad accionada, deberá tomar durante el tiempo comprendido entre el **01 de enero de 2014 al 28 de febrero de 2015**, entre el **01 de mayo de 2015 al 30 de junio de 2017** el IBL de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios, 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 de Seguridad Social 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.

Respecto al pago de la indemnización moratoria, es de señalar que ésta es impropcedente, toda vez que el reconocimiento y pago de las cesantías y aportes a la seguridad social nace únicamente con ocasión de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, en consecuencia es a partir de este momento que surge la obligación a la entidad accionada de reconocer y pagar el auxilio de la cesantía, sólo en el evento que no hubiese realizado su reconocimiento y pago, por lo que resulta impropcedente la reclamación de la indemnización moratoria.⁴¹

En lo concerniente a la devolución de los valores de retención, el Despacho negará la devolución de estos, como quiera, que al ser un *“cobro anticipado de un impuesto, que bien puede ser el de renta por los honorarios percibidos por el actor al suscribir los contratos de prestación de servicios, cuyo trámite de devolución debe realizarse ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN una vez hubiese presentado la declaración de renta, empero, como en el sub-judice no existe siquiera prueba sumaria de que ello hubiere ocurrido, no están los elementos de juicio suficientes, y si en gracia de discusión existieran, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por controversias laborales no es la idónea para ventilar dicha pretensión.”*⁴²

Finalmente, en relación a los perjuicios morales la instancia no los reconocerá, como quiera que la parte actora no demostró su causación.

4.4. PRESCRIPCIÓN:

⁴¹ Véase sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 08001-23-31-000-2007-00062-01(1736-15).

⁴² Sentencia de Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección “A” C.P. William Hernández Gómez, fecha 27 de abril de 2016, Sentencia Consejo de Estado - Sección Segunda – C.P. Luis Rafael Vergara, fecha 13 de junio de 2013.

El Despacho entrará a resolver la excepción de prescripción presentada por la entidad, de tal manera se analizará si en el presente asunto ha ocurrido el fenómeno jurídico de la prescripción, advirtiendo que en la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado de 25 de agosto de 2016 referida líneas atrás, se establecieron unas reglas jurisprudenciales al respecto, entre las cuales se encuentran:

- La persona que pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y como consecuencia el pago de las prestaciones sociales deberá reclamarlo en el término de tres (3) años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.
- No aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, lo que no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el contratista, por ser un beneficio económico 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.*
- No hay caducidad en la reclamación de los aportes pensionales al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad.

En el caso bajo estudio, se observa que el último contrato celebrado entre la señora Erika Rocío Tinjacá Cañón y el Hospital Tunal III Nivel hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. finalizó el 30 de junio de 2017, radicó la reclamación administrativa de sus prestaciones sociales y salariales el 02 de agosto de 2017⁴³, presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 196 Judicial I Para Asuntos Administrativos el día 14 de noviembre de 2017⁴⁴ y radicó demanda contenciosa administrativa el día 15 de febrero de 2018⁴⁵, es decir dentro del término de los tres (3) años; de otra parte, y como quiera que quedó probada la interrupción contractual entre el 28 de febrero de 2015 y el 1 de mayo de 2015, advierte la instancia que respecto de este período tampoco se evidencia el fenómeno prescriptivo, pues, como quedó analizado, la reclamación en sede administrativa se efectúa con petición de fecha 2 de agosto de 2017. Por lo anterior, se impone despachar desfavorablemente la excepción de prescripción formulada por el apoderado de la entidad accionada.

⁴³ Ver fl. 6-10 del exp.

⁴⁴ Ver fl. 19-20 del exp.

⁴⁵ Ver fl. 68 del exp.

Analizada la demanda, el material probatorio allegado al informativo y decretado, así como las alegaciones de las partes, frente a la normatividad aplicable al caso controvertido y al criterio que ha sostenido esta jurisdicción sobre el tema de que se trata, se llega a la conclusión que deben ser acogidas parcialmente las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado 47 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada para el reconocimiento de la relación laboral y pagos de las acreencias laborales, **entre el periodo comprendido del 01 de enero de 2014 al 30 de junio de 2017**, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del Oficio No. OJU-E-1547-2017 – del 15 de agosto de 2017, mediante el cual se negó la existencia de una relación laboral entre la demandante y la entidad accionada, así como, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que de allí se deriven.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **Condenar** a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur, así:

- a) **A reconocer, liquidar y pagar** a la señora **ERIKA ROCÍO TINJACÁ CAÑÓN** identificada con cédula de ciudadanía No. 1.033.707.899 de Bogotá, **todos los emolumentos y prestaciones sociales devengados por una enfermera jefe de planta de la entidad, en el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2014 al 28 de febrero de 2015**, y entre el **01 de mayo de 2015 al 30 de junio de 2017**, tomando como fundamento la remuneración pactada en cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes.
- b) **A reconocer, liquidar y pagar** a la accionante **las diferencias resultantes en los aportes al Sistema de Seguridad Social por los periodos comprendidos 01 de enero de 2014 al 28 de febrero de 2015**, y entre el **01 de mayo de 2015 al 30 de junio de 2017**, entre los 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.

- c) Declarar** que el tiempo laborado por la actora, bajo la modalidad del contrato realidad se debe computar para efectos pensionales.
- d)** Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada, tendrán que ser ajustadas en los términos del artículo 187 del CPACA., teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada asignación mensual, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

CUARTO: Negar las demás súplicas de la demanda por las razones expuestas.

QUINTO: La entidad deberá cumplir la sentencia en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del CPACA.

SEXTO: Sin costas en la instancia.

SEPTIMO: Una vez en firme esta sentencia devuélvase a la parte actora el remanente de los gastos procesales, si hubiese lugar al mismo, y archívese el expediente, dejando las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ NUBIA GUTIÉRREZ RUEDA
Juez