

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

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

Demandante : **LILIANA ANDREA GUERRERO ROMERO**
C.C. No. 52.934.173

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

Radicación : **Nº 11001334204720190019000**

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

S E N T E N C I A

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 **LILIANA ANDREA GUERRERO ROMERO** actuando a través de apoderado especial, contra el **HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL E.S.E -hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**

La parte demandante solicita las siguientes:

1.1.2 PRETENSIONES¹

Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. OJU-2831-2018 de 27 septiembre de 2018, mediante el cual se le negó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

Que como consecuencia de la anterior y a título de restablecimiento del derecho solicita el reconocimiento y pago de las diferencias salariales y demás prestaciones sociales a que tienen derecho los empleados públicos al servicio de la entidad como Auxiliar del Área de Salud - Auxiliar de Farmacia, que desempeñan las mismas funciones que ejercía la accionante, causadas durante el periodo comprendido entre el 30 de diciembre de 2009 hasta el 30 de abril de 2017, además de las indemnizaciones contempladas en los artículos 64 y 65 del C.S.T, la que trata el artículo 99 de la ley 50 de 1990 y artículo 2º de la ley 244 de 1995, la devolución del concepto de retención en la fuente, recargos dominicales, festivos, compensatorios, horas extras, dotación, devolución de los aportes a salud, pensión y ARL, con la indexación, condena en costas y agencias en derecho.

1.3. HECHOS²

1.1.3.1. Hechos Relevantes.

Los principales hechos el Despacho los resume así:

1. La señora LILIANA ANDREA GUERRERO ROMERO laboró en el HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL E.S.E - 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 30 de diciembre de 2009 hasta el 30 de abril de 2017, por terminación unilateral sin justa causa en el cargo de AUXILIAR DE FARMACIA desempeñando sus funciones de forma permanente y subordinada.
2. La accionante desarrolló sus funciones bajo las continuas órdenes de modo, tiempo, calidad y cantidad de trabajo, siguiendo las directrices y horarios impuestos por sus jefes o superiores inmediatos, de los cuales

¹ Ver fl. 1-7 del exp.

² Ver fl. 8-12 del exp.

además de instrucciones, recibía llamados de atención entre los cuales se encuentran los siguientes:

Nº	NOMBRE	CARGO
1	ALBERTO OLIVEROS	QUÍMICO FARMACÉUTICO
2	INDIRA ROJAS	QUÍMICO FARMACÉUTICO
3	NANCY PARRA	QUÍMICO FARMACÉUTICO
4	JAVIER CARRANZA	QUÍMICO FARMACÉUTICO
5	ACENETH NAVIA	ADMINISTRADORA
6	OSCAR CÁRDENAS	QUÍMICO FARMACÉUTICO
7	FRANCISCO QUINTERO	QUÍMICO FARMACÉUTICO
8	HUGO MARÍN	REGENTE DE FARMACIA

3. Dentro de las funciones desarrolladas por la accionante, se relacionan:
- Efectuar pedido y solicitud de medicamentos, material quirúrgico antibióticos e insumos médicos a la bodega u almacén general.
 - Recibir pedido de medicamentos, material quirúrgico, antibióticos e insumos médicos trasladados por la bodega u almacén general.
 - Almacenamiento de medicamentos, material quirúrgico, antibióticos e insumos médicos.
 - Dispensar medicamentos, material quirúrgico, antibióticos e insumos médicos en ventanilla.
 - Realizar la verificación de lo ordenado, frente a lo dispensado y digitado en el sistema.
 - Cargue en el sistema de los respectivos medicamentos, material quirúrgico, antibióticos e insumos médicos.
 - Facturar medicamentos, material quirúrgico, antibióticos e insumos médicos.
 - Surtir medicamentos, material quirúrgico, antibióticos e insumos médicos.
 - Realizar diariamente los inventarios de medicamentos, material quirúrgico, antibióticos e insumos médicos de control para el FNE (Fondo Nacional de Estupefacientes).
 - Realizar los inventarios de medicamentos, material quirúrgico, antibióticos e insumos médicos diariamente, dando prioridad a los de alto costo.
 - Realizar el inventario general cada 3 meses, requiriendo su presencia continua e ininterrumpida.
 - Realizar informes de los medicamentos faltantes, de los que estén solicitados y de los que estén próximos a vencer.

- Hacer seguimiento a los faltantes con relación a los medicamentos e insumos médicos.
 - Medir la temperatura ambiente en diferentes horas del día y de la noche en la que se hallan los medicamentos e insumos médicos para efectos de conocer el estado de humedad y refrigeración de los mismos.
 - Hacer aseo a los estantes de medicamentos e insumos médicos.
 - Atender al público en lo relacionado con medicamentos, material quirúrgico, antibióticos e insumos médicos.
 - Dispensación de medicamentos a pacientes de consulta externa.
 - Alistar carros de medicamentos, material quirúrgico, antibióticos e insumos médicos, que se entregaban subordinada y directamente a los jefes de enfermería.
 - Ingresar al sistema los formatos de medicamentos POS y al respectivo libro de control y registro.
 - Hacer perfiles con relación al uso de los medicamentos, material quirúrgico antibióticos e insumos médicos.
 - Traslado entre farmacias del hospital, llevando registro del traslado de medicamentos, material quirúrgico, antibióticos e insumos médicos.
 - Preparar nutriciones parenterales.
 - Descargar controlados.
 - Recibir fórmulas de todos los servicios.
 - Alistar saturas.
 - Hacer aleatorias físicas en el sistema.
 - Armar canastas de cirugía.
4. En el acuerdo N° 013 de 5 de abril de 2017 "Por medio del cual se establece el Manual Específico de Funciones y competencias laborales de la Subred Integrada de Servicios de Salud S.U.R." se relacionan las funciones del AUXILIAR DEL ÁREA DE SALUD CÓDIGO 412 GRADO 8, "SUBGERENCIA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD-FARMACIA", cuyas funciones son equivalentes a las desarrolladas por la demandante.
5. De conformidad con los artículos 4, 5, 6, 46 y siguientes del Acuerdo 027 de 1998 las funciones de un AUXILIAR DEL ÁREA DE SALUD – FARMACIA son inherentes a la E.S.E demandada al ser parte de las actividades misionales y permanentes de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE

SALUD SUR E.S.E, toda vez que, está directamente relacionada con la prestación de servicios de salud.

- 6. A la accionante le fueron asignadas, las funciones públicas de carácter permanente, las obligaciones, los deberes y los horarios propios del AUXILIAR DEL ÁREA DE SALUD-FARMACIA de planta con semejanza a las descritas para el del AUXILIAR DEL ÁREA DE SALUD-FARMACIA CÓDIGO 412, GRADO 8.
- 7. A la señora Guerrero Romero no se le cancelaron las prestaciones como asignación básica mensual, los incrementos contenidos en los artículos 49 y 97 del Decreto Ley 1042 de 1978, gastos de representación, prima técnica, auxilios de alimentación y transporte, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, vacaciones, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación de recreación, prima de navidad, subsidio familiar, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías con liquidación anual, dotación, prima de antigüedad, prima semestral, prima de servicios, bonificación especial por recreación, entre otras, respecto a un trabajador de planta vinculado a la E.S.E demandada, quien durante su vinculación, cumplió con una jornada laboral continua desarrollando el mismo cargo y mismas funciones a las que tenía derecho un auxiliar de farmacia o su equivalente en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.
- 8. La demandante asumió los aportes de salud, pensión y riesgos laborales, contribuciones en cabeza de la entidad según la ley.
- 9. Los honorarios percibidos por la accionante de forma mensual durante su vinculación con el antiguo Hospital el Tunal III nivel, hoy Subred Sur E.S.E por contraprestación a sus servicios fueron los siguientes:

AÑO	VALOR
2009	\$ 1.456.968,00
2010	\$ 1.456.968,00
2011	\$ 1.510.876,00
2012	\$ 1.208.522,00
2013	\$ 1.369.124,00
2014	\$ 1.294.823,00
2015	\$ 1.348.978,00
2016	\$ 1.402.543,00
2017	\$ 1.417.860,00

10. El 28 de junio de 2017, la parte actora interrumpió el término de la prescripción mediante reclamación para el pago de prestaciones sociales por todo el tiempo reclamado propios de un contrato de trabajo, denegado a través de OFICIO OJU-E-1187-2017, de 29 de junio de 2017.

11. Nuevamente el 10 de septiembre de 2018, se presentó reclamación administrativa, denegándose lo solicitado por la Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E a través de OFICIO OJU-E-2831-2018 de 27 de septiembre de 2018.

12. El día 4 de diciembre de 2018, se llevó a cabo audiencia de conciliación extrajudicial radicada el 6 de junio del mismo año ante la Procuraduría General de la Nación, declara fallida por la Procuraduría 10 Judicial II Administrativa, por ausencia de ánimo conciliatorio entre las partes.

13. 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 el Tunal, III Nivel E.S.E, 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 13, 25, 53, 123 y 125 de la Constitución Política de Colombia.

2. LEGALES:

- Artículos 13, 22, 23, y 24 del Código Sustantivo del Trabajo.
- Artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto 3148 de 1968, Decreto 3138 de 1968, Decreto 1048 de 1969, artículo 58 del Decreto 1042 de 1978, artículos 8, 17, 26, 32, 33, 40 y 45 del Decreto 1045 de 1978.
- Ley 33 de 1985, artículo 99 de la ley 50 de 1990, ley 226 de 1966, ley 344 de 1996, ley 432 de 1998, Decreto 1919 de 2002.

II. POSICIÓN DE LAS PARTES

2.1 Demandante:

La posición de la parte demandante se extrae del acápite de la demanda, contenido en libelo introductorio de la acción, así:

Frente a la reclamación administrativa aduce el apoderado judicial que en la reclamación presentada el 28 de junio de 2017 se solicitó en virtud al principio de realidad sobre las formas el pago de los derechos laborales ordinarios derivados de un contrato de trabajo, siendo denegado lo solicitado a través de oficio OJU-1187-2017, de otro lado, mediante petición del 10 de septiembre de 2018 se presentó reclamación administrativa según los parámetros de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para el reconocimiento de un vínculo laboral de carácter administrativo en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas, siendo despachado de forma desfavorable a través de oficio OJU-E-2831-2018.

Es así, que mediante el oficio OJU-E-2831-2018, no se pretenden revivir términos, citando sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección B, de fecha de 25 de febrero de 2016 C.P, Gerardo Arenas Monsalve, radicado 11001-03-15-000-2016-00059-00 en la que se habla de reclamaciones de periodos distintos elevados ante la administración estableciéndose que es obligatorio analizar de fondo la naturaleza de los actos administrativos demandados, frente a la caducidad.

Adicionalmente, se mencionan la T-283 de 2013, que insta a garantizar la administración de justicia absteniéndose de adoptar medidas que impidan o dificulten su realización y la T-339 de 2015 que hace énfasis en el principio de justicia material y prevalencia del derecho sustancial.

Precisa, que no en toda relación o vinculación laboral hay contrato de trabajo, ya que existen diferentes formas de vincularse a la administración:

- Los empleados públicos de carrera administrativa, vinculados a través de una relación legal y reglamentaria.
- Los trabajadores oficiales, vinculados a través de contrato de trabajo.
- Servidores públicos vinculados a través de elección popular.
- Empleados de libre nombramiento y remoción.

- Los denominados de categoría residual, quienes dependen de la denominación que la constitución y la ley le otorguen.

Cita los artículos 122³ y 125⁴ de la Constitución, aduciendo que la característica principal de los trabajadores oficiales es la unión con la administración mediante un contrato de trabajo, la cual contiene un mínimo de garantías discutibles a través del pliego de condiciones, cuyas controversias pueden ser conocidas por el juez ordinario laboral, situación análoga a la de los trabajadores particulares, naturalezas distintas a la de los empleados públicos quienes se encuentran vinculados a través de una relación legal y reglamentaria (acto de nombramiento y posesión), sometidos al imperio de la ley, cuyas controversias son conocidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Si bien la carrera administrativa puede resultar insuficiente para atender con prontitud las contingencias sociales, el artículo 32 de la ley 80 de 1993 prevé la posibilidad de utilizar los contratos de prestación de servicios para desarrollar actividades que no pueden desarrollarse con personal de planta o que requieren conocimientos especializados, para un término determinado, estas no pueden ocultar relaciones laborales; esta última experimentada por la demandante como AUXILIAR DE FARMACIA.

Es así, como la conducta de la entidad accionada es contraria a el artículo 53 de la Constitución al no asegurarse el cumplimiento de los derechos sociales y el derecho fundamental al trabajo, sustrayéndose así del reconocimiento y pago de todos los derechos laborales, integrantes de salario, prestaciones sociales, horas extras, recargos legales, beneficios salariales y extrasalariales; de tal forma la E.S.E violó sistemáticamente la Constitución Política teniendo en cuenta las dimensiones de contrato de trabajo, tal como se explica en sentencia T-104 del 2017.

Adicionalmente la administración vulneró el contenido normativo consagrado en los artículos 40 del Decreto 1045 de 1978, artículo 1 y 2 del Decreto 1160 de 1947 que reconoce los servidores públicos el pago de auxilio de cesantías y seguridad social, reiterado por el artículo 3 y 4 de la ley 100 de 1993.

³ “Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente...”

⁴ “Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley...”

Además del desconocimiento de las obligaciones de carácter prestacional, según lo anotado en los artículos 3, 2, 13, 15, 17, 22, 28, 160, 161, 157, 156, 153 de la norma *ibídem*, que imponen la responsabilidad al empleador de efectuar la afiliación y cotización de aportes al sistema de seguridad social de forma obligatoria, en contravía de los artículos 25 y 93 constitucionales, que garantizan el trabajo en condiciones dignas y justas.

Como postulados jurisprudenciales se señala el radicado interno N° 0088-15 de la sección segunda del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, en la que se considera que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral surgiendo el derecho al pago de prestaciones, según lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política.

De tal forma, cuando se demuestra la continua prestación de servicios personales sin interrupción, remunerados de la actividad misional de la E.S.E, ejecutados en las instalaciones y dependencias de la entidad, dando cumplimiento a un horario de trabajo, bajo la sujeción y órdenes que desbordan las necesidades de coordinación de los contratos autónomos, configurándose dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.

Con relación a la prescripción laboral, esta deberá ser aplicada el tercer año al concluirse la ejecución de servicios pactados, sin que sea aplicable a los aportes para pensión, atendiendo a la condición periódica del derecho pensional, siendo imprescriptibles.

Para el caso que nos ocupa, argumenta el extremo activo de la acción, no se configura el fenómeno prescriptivo puesto que se encuentra demostrado que la señora Liliana Andrea Guerrero Romero, prestó sus servicios de manera continua e ininterrumpida en el periodo del 30 de diciembre de 2009 hasta el 30 de abril de 2017, fecha en que fue despedida sin justa causa.

Respecto al término de caducidad, este debe contarse desde el día siguiente a la notificación, publicación o comunicación del acto, según criterio del Consejo de Estado expresado en providencia del 24 de mayo de 2011, expediente 05001-23-24-000-1996-02181-01 (20836) y en el expediente 15693-3133-001-2012-00098-01 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 5.

Otras normas relacionadas con el tema de estudio, expuestas por el extremo demandante son los artículos 22⁵ y 23⁶ del C.S.T que agrupan los elementos esenciales de un contrato de trabajo, reiterándose la prevalencia de la realidad sobre las formalidades, en sentencia T-903/10.

De tal manera, como se anota en artículo 24 del C.S.T, se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato laboral, cuyas prestaciones son irrenunciables según el artículo 14 de la norma ibídem, posición reiterada en sentencia T-592 de 2009.

Frente al auxilio de cesantías, este se encuentra contenido en la ley 6° de 1945, Decreto 1160 de 1947, como ahorro encaminado a cubrir el riesgo del desempleo como bien se anota en providencia del Consejo de Estado del 11 de noviembre de 2009 expediente 2500023250002003304523; cuyos intereses corren en cabeza de la entidad empleadora en los términos de la ley 50 de 1990, por remisión de la ley 344 de 1996, artículo 12 de la ley 432 de 1998.

A su vez, la demandante tiene derecho a la prima de vacaciones (15 días de salario) regulada en el Decreto 3135 de 1968, Decreto reglamentario 1848 y 1045 de 1978, a la bonificación por recreación, Decreto 451 de 1984, ley 995 de 2005, Decreto 404 de 2006 y el Decreto 1374 de 2010, a la prima de navidad establecida en el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, modificado por el artículo 1° del Decreto 3148 de 1968.

2.1.2 Demandada.

La Subred de Servicios de Salud Sur E.S.E, presentó contestación de la demanda en tiempo⁷, oponiéndose a las pretensiones incoadas, como quiera que el acto

⁵ “...Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración...”

⁶ “...Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

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

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

c. Un salario como retribución del servicio.

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

⁷ Ver fl. 92-117 del exp.

administrativo demandado no ostenta vicios de legalidad, según lo contemplado en el artículo 137 del CPACA⁸, los cuales son taxativos.

Asevera la entidad que entre las partes aquí vinculadas nunca existió una relación laboral, pues como se acredita en el expediente la señora Guerrero Romero actuó con plena autonomía y conocedora de la realidad en la cual no estaba sometida a los elementos jurídicos, de la subordinación, horario y salario.

La prestación de contratos de servicios del 30 de diciembre de 2009 al 30 de abril de 2017, fue finalizada legalmente y cancelada al contratista independiente según la oferta presentada al hospital, de tal manera, dichos contratos de prestación de servicios se encuentran autorizados por la ley 100 de 1993 en mutuo consentimiento de las partes, con un presupuesto aprobado por la entidad por necesidad del servicio.

Aunado a lo anterior, la entidad accionada no tiene facultad nominadora según la norma especial que reglamenta el empleo público, ley 909 de 2004; además entre la demandante y la demandada nunca existió relación laboral, pues la señora Guerrero Romero no estaba sometida a los elementos jurídicos de la subordinación, horario y salario, contando con plena autonomía.

Respecto a la vinculación de la accionante a la suscripción de contratos de servicios personales de carácter privado son regulados por normas contractuales, los cuales no pueden ser confundidos con un contrato de trabajo desempeñado por los trabajadores oficiales, los cuales, sí ostentan una relación contractual laboral pública, con su propia legislación y normas especiales que permiten la negociación a través de convenciones colectivas y laudos arbitrales.

De otro lado, la ley 100 de 1993 en su artículo 195 permite a las E.S.E.'S la posibilidad de celebrar contratos de carácter privado, para atender las necesidades administrativas y de funcionamiento de la entidad incluyendo las funciones de carácter permanente o excepcionales, en consecuencia, la vinculación de la demandante se deriva únicamente de las capacidades y cualidades ofrecidas, siendo pactada entre las partes la ejecución de funciones, la terminación y

⁸ “...Artículo 137. Nulidad Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió...”

liquidación de las mismas, por lo tanto, no es procedente el reconocimiento de prestaciones sociales, pues no existió vinculación laboral alguna.

Insiste la entidad accionada, que en los diversos contratos de arrendamiento de servicios personales hubo siempre pleno consentimiento y conciencia por parte de la señora Liliana Andrea Guerrero Romero y la exclusión de manera expresa frente a una relación laboral.

Hace énfasis en la legalidad de la ley 100 de 1993, artículo 194, 195 numeral 6 y 197, artículo 61 y 151 del C.P.L, artículos 253, 254, 255, 265 y 268 del C.P.C acuerdo 17 de 1997, acuerdo 015 de 12 agosto de 2009.

En cuanto a la supuesta subordinación alegada por el extremo demandante, la entidad accionada acoge el planteamiento efectuado en la sentencia C-154 de 1997 de la Corte en que se acepta que el mero hecho de recibir instrucciones no implica la existencia de un contrato realidad, posición reiterada por el Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección B, expediente 0099-03, 19 de febrero de 2004.

En relación con los derechos derivados de una convención colectiva, el reconocimiento de una relación laboral no implica conferir la condición de empleado público, de tal manera para acceder a dicho beneficio, se deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos constitucionales, artículos 122 y 125, además de los legales para acceder a un cargo público, es decir actos administrativos de nombramiento y posesión.

Si bien, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la presunción de que cualquier relación de trabajo se entiende regida por un contrato de trabajo, en las presentes diligencias no se demuestra subordinación o cumplimiento de un horario de trabajo.

Es así, que el contrato de prestación de servicios se encuentra regido en el Decreto 222 de 1983, ley 80 de 1993⁹ y ley 190 de 1995, estructurado con elementos diferentes a los incorporados en un contrato de trabajo, definiéndose como empleo a aquellas funciones señaladas por la constitución, la ley, el reglamento asignadas por una autoridad competente por una persona natural.

⁹ “**ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.** <Ver Notas del Editor> 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...”

Frente a la naturaleza jurídica de la entidad accionada, esta constituye una categoría especial de entidad pública descentralizada según la ley 489 de 1998, artículo 38, la cual no cumple tareas administrativas en sentido general sino su objeto se encuentra centrado en la atención en salud; por lo tanto, dentro de la estructura orgánica de la entidad el cargo ocupado por la demandante no ostenta el carácter de permanente, tampoco guarda relación con el objeto misional del antiguo hospital, en consecuencia no hay lugar al reconocimiento laboral solicitado.

III. TRAMITE PROCESAL

La demanda se presentó ante la Oficina de Apoyo el día 29 de marzo de 2019, repartida a esta sede judicial; se admitió por auto calendado del 26 de abril de 2019 y se notificó al Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E a través de correo electrónico según se verifica a folio 187 del expediente.

La entidad accionada contestó la demanda en término y mediante proveído de 10 de septiembre de 2019¹⁰ 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 20 de noviembre de 2019¹¹, 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 pruebas solicitadas por la parte actora y la entidad demandada.

Se fijó fecha para celebrar la audiencia de pruebas para el día 21 de enero de 2020¹², lo anterior, conforme lo establece el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, con la incorporación de la documental decretada, se declara precluida la etapa probatoria, 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.

3.1. Alegatos de Conclusión:

3.1.1. Parte actora

¹⁰ Ver fl. 146 del exp.

¹¹ Ver fl. 155-157 del exp.

¹² Ver fl. 172-175 del exp.

La parte actora presentó alegatos de conclusión en tiempo, mediante memorial del 30 de enero de 2020 reiterando que de las pruebas que obran en el proceso necesariamente se debe llegar a la conclusión que entre la accionante y la entidad demandada existió una relación de trabajo de carácter administrativo en virtud de la primacía de la realidad sobre las formalidades, propia de los trabajadores de planta de tal forma se debe proceder al reconocimiento de las acreencias laborales en virtud del artículo 53 de la Constitución y la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos.

De igual manera se reitera lo establecido en la demanda en cuanto al contenido normativo del artículo 122 y 125 del C.S.T, haciéndose énfasis en que la vocación de permanencia en la entidad es contraria a la vinculación excepcional a través de contratos de prestación de servicios, por tanto su práctica no puede ser generalizada al vulnerar derechos constitucionales como la igualdad, trabajo, seguridad social, estabilidad del empleo, primacía de la realidad sobre las formas, mínimo vital vida digna, entre otros.

Es así que, para el extremo activo de la acción, el modelo de contrato contenido en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, debe celebrarse únicamente por el término indispensable.

Teniendo en cuenta que independientemente de la denominación que se estipule al contrato, lo relevante es analizar los elementos que configuran la relación de trabajo, como es el caso de la accionante al cumplir funciones continuas, subordinadas y misionales equivalentes a un AUXILIAR DE FARMACIA, que encaja en la definición de contrato realidad contenida en sentencia de unificación, radicado interno N° 0088-15, del 25 de agosto de 2016, relación desdibujada según los elementos contenidos en la sentencia T-104 de 2017, especialmente el de subordinación y dependencia.

De los testimonios efectuados a Marco Antonio González Vargas y Alexander Urueña Echeverry se puede determinar que la accionante siempre estuvo bajo órdenes de diversos jefes inmediatos durante toda su vinculación, recibiendo instrucciones continuas y directas en cuanto modo, tiempo, calidad y cantidad de trabajo, sin distinción entre el tipo de vinculación con la entidad; existían compañeros de planta que ejercían las mismas funciones que la accionante bajo el cargo de AUXILIAR DE FARMACIA, las actividades desarrolladas debían ejecutarse en un horario, en las instalaciones hospitalarias junto con sus herramientas de trabajo, no pudiendo ausentarse bajo ninguna circunstancia, permaneciendo bajo este vínculo laboral de carácter administrativo del 30 de diciembre de 2009 al 30 de abril de 2017.

En atención al principio de trabajo igual, salario igual, la sentencia T-833 de 2012 expone que lo anterior, deviene de un criterio relacional propio del juicio de igualdad.

De la misma forma se admiten razones para la diferenciación salarial, criterios objetivos de evaluación y desempeño, diferencias entre la estructura institucional de las dependencias públicas y la clasificación de empleos públicos.

Por lo expuesto, para la demandante la conducta del antiguo Hospital Tunal III Nivel E.S.E hoy Subred Sur E.S.E, es violatoria sistemática de la Constitución, desconociendo entre otros los artículos 40 del Decreto 1045 de 1978 y 1 y 2 del Decreto 1160 de 1947, artículos 3, 2, 13, 15, 22, 161, 160, 157, 156, 153 de la ley 100 de 1993 que favorecen a los servidores públicos para recibir el pago de cesantías, y afiliación al sistema de seguridad social.

Así las cosas, resulta probada la procedencia de la nulidad del acto administrativo OJU-E-2831-2018, declarándose la existencia de un vínculo laboral a término indefinido y el restablecimiento a los derechos económicos laborales a los que tiene derecho un AUXILIAR DE FARMACIA o su equivalente en el área de salud de la Subred Sur E.S.E, en aplicación del artículo 195 y ley 100 de 1993, fuera de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 2º de la ley 244 de 1995, según el régimen anualizado de cesantías analizado por el Consejo de Estado en sentencia del 19 de enero de 2017 radicado 08001233300020130016801-29812014, con extensión a los servidores públicos de nivel territorial a partir del 31 de diciembre de 1996 con la ley 50 de 1990; regulación modificada por la ley 1071 de 2006.

Para el apoderado judicial de la demandante existe vulneración al debido proceso como consecuencia de que la entidad hospitalaria no dio respuesta en oportunidad a los requerimientos probatorios solicitados, en consecuencia, se podría generar una nulidad procesal, debiendo el juez ser garante del recaudo probatorio en garantía del debido proceso¹³.

3.1.2. Demandada:

La Subred integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, presentó alegatos de conclusión el día 30 de enero de 2020, precisando que no se puede confundir un contrato de trabajo con aquellos de prestación de servicios autorizados por la ley 100 de 1993,

¹³ Ver C-086 de 2016 y C-112 de 2019 sobre la carga dinámica de la prueba y su goce efectivo del derecho fundamental al debido proceso.

pues la oferta como contratista independiente de AUXILIAR DE FARMACIA, se caracterizó por ser técnico y autónomo.

En cuanto a los contratos de prestación de servicios suscritos desde el 30 de diciembre de 2009 al 30 de abril de 2017, estos fueron interrumpidos en varias oportunidades, eran para apoyo y sin cumplimiento de horario.

Además, la duración en la contratación fue por un tiempo limitado, de mutuo acuerdo en los que la accionante nunca manifestó inconformidad alguna, regulados por el artículo 1495 del Código Civil, no existiendo vicio alguno en el consentimiento.

Reitera que como se tiene en la ley 909 de 2004, entidad demandada carece de facultad nominadora y que a su vez el acto administrativo atacado no se reviste de ninguna de las causales de nulidad contenidas en el C.P.A.C.A.

Con relación a las pretensiones incoadas a través de este medio de control, estas no tienen vocación de prosperidad pues los contratos de prestación de servicios, son permitidos por la ley, se han cancelado la totalidad de honorarios, libres de cualquier vicio en el consentimiento, sin elementos generadores para la constitución de una relación laboral, especialmente en ausencia del elemento de subordinación, pues las actividades desempeñadas se encontraban suscritas en los contratos de servicios celebrados; de tal forma, si bien existió supervisión esto no conlleva per se a una dependencia del contratista, pues este última debe presentar informe de actividades para efectos del pago en razón a la coordinación del contrato, para el cumplimiento de innumerables funciones del Estado, tal como se analiza por el Consejo de Estado en providencia del 28 de noviembre de 2003 radicado 17001-23-31-000-1999-0039-01; resultando extraño que se reproche su legalidad solo hasta su desvinculación con la entidad.

En cuanto al restablecimiento del derecho, deberá ser negada, pues la demandante no puede ser considerada empleada pública ordenándose el pago de las prestaciones sociales devengadas por un servidor público que ejerza las mismas funciones o similares, pero con base en los honorarios pactados dentro de la prestación de servicios, sin incluir las vacaciones ya que la mismas constituyen un descanso remunerado y no una prestación salarial; la misma suerte corre la prima antigüedad, navidad y vacaciones, pues las mismas son propias de los trabajadores oficiales y no aplicables a servidores públicos. Reiterando que dichos contratos de prestación de servicios pueden suscribirse con personas naturales para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento, cuando no se

pueda realizar con el personal de planta o se requieran conocimientos especializados según lo dispuesto en el numeral 3° artículo 32 de la ley 80 de 1993, sin que generen relación laboral alguna o prestaciones sociales.

Frente a la retención en la fuente su reconocimiento no da lugar a la devolución, por ser sumas de dinero que se generaron en virtud de la celebración contractual.

Se precisa también, que la presente sentencia es constitutiva de derecho sobre las cesantías, por tal motivo, no hay lugar a los intereses moratorios señalados en la ley 244 de 1995 y ley 50 de 1990, pues no se puede predicar mora con anterioridad a que se configure el derecho. En cuanto a los aportes de pensión, salud y ARL, estos fueron realizados acorde con la ley.

De otro lado, hace referencia a diferentes apartados jurisprudenciales de la Corte Constitucional y Corte suprema de Justicia, sala laboral en el que se estudia la subordinación en relación con el cumplimiento de un horario, debiéndose por el operador judicial hacer un análisis integral de los elementos probatorios.

En conclusión, se solicita denegar la condena solicitada debido a que el Estado no tiene la capacidad de sostener vínculos laborales, debiéndose optimizar los recursos públicos según lo anotado en el artículo 3 de la ley 610 de 200, afectando la capacidad financiera de la entidad y de igual forma el derecho de salud.

Se insiste en la aplicación de la prescripción, contenida en el artículo 151 CPL y 488 del C.S.T, según la posición del Consejo de Estado del 9 de abril de 2014 radicación 20001-23-31-000-2011-00142-01(0131-13) y sentencia del 13 de mayo de 2015 radicado 680012331000200900636, NI: 1230-2014, en la que los derechos reclamados prescribirán en tres años contados desde que la obligación se hace exigible.

Respecto a la condena en costas, esta deberá ser aplicada siempre y cuando se compruebe uso abusivo de los medios procesales.

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 inicial¹⁴ quedó trazado de la siguiente manera:

(...)

***La fijación del litigio dentro del expediente:** consiste en establecer si los contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora **LILIANA ANDREA GUERRERO ROMERO** 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”

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.

¹⁴ Ver fl. 227 al 230 del exp.

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...”¹⁵ (Subrayado fuera de texto)

De forma reiterativa el Consejo de Estado, mediante sentencia de 01 de marzo de 2018¹⁶, 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

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-174 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁶ 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).

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 el 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.

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 2016¹⁷, 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

¹⁷ 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)

formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

- II. Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.
- III. Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.
- IV. Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).
- V. Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.
- VI. El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación 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.

4.3. CASO CONCRETO

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

- Reclamación administrativa elevada por la accionante a través de SCIENTIA CONSULTORES S.A.S el día 28 de junio de 2017 con el fin de acudir a la jurisdicción ordinaria laboral, solicitando el pago del salario correspondiente a un trabajador de planta con sus respectivas prestaciones sociales.
- Petición radicada por la accionante el 10 de septiembre de 2018 ante unidad de correspondencia de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E antes Hospital Tunal, III Nivel E.S.E, solicitando el pago de prestaciones sociales como AUXILIAR DE FARMACIA del 30 de diciembre de 2009 al 30 de abril de 2017.

Otras documentales:

PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO:

Del material probatorio obrante en el expediente, contratos, adiciones, prórrogas, liquidaciones de contratos y de la certificación incorporada a folios 76 y 161 expedida por la Dirección de Contratación de la Subred de Servicios de Salud Sur E.S.E., se puede determinar que la señora LILIANA ANDREA GUERRERO ROMERO, suscribió con el HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL E.S.E - hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., los siguientes contratos de prestación de servicios:

CANTIDAD	CONTRATO	DESDE	HASTA
1	1566 de 2009	30/12/2009	31/03/2010
2	975 de 2010	01/04/2010	30/09/2010
3	1558 de 2010	01/10/2010	31/01/2011
4	783 de 2011	01/02/2011	1/07/2011
Interrupción de 1 año y 26 días			
5	1164 de 2012	27/07/2012	31/12/2012
6	231 de 2013	01/01/2013	31/08/2013
Interrupción de 1 mes y 6 días			
7	2099 de 2013	08/10/2013	07/01/2014
8	946 de 2014	08/01/2014	28/02/2015
9	434 de 2015	01/03/2015	31/12/2015

10	19 de 2016	01/01/2016	31/07/2016
11	585 de 2016	01/08/2016	31/08/2016
12	4072 de 2016	01/09/2016	07/01/2017
13	2371 de 2017	08/01/2017	30/04/2017

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

Ver folio 76 del expediente certificación expedida por la Dirección de Contratación funciones dentro del contrato 2371 de 2017.

- Dispensación y rotación de los medicamentos en forma oportuna.
- Realizar la verificación de lo ordenado frente a lo dispensado y lo digitado en el sistema.
- Elaborar informes de próximos vencimientos de medicamentos y dispositivos médicos, los cuales de no ser reportados a tiempo se descontarán de la certificación mensual.
- Registrar los movimientos de medicamentos de control especial.
- Entrega de medicamentos a los servicios con informe a satisfacción.
- Solicitar la reposición de medicamentos.
- Manejo de medicamentos de control especial.
- Rotación de medicamentos de baja rotación, entre farmacias que eviten su vencimiento.
- Actividades propias de su perfil.
- Revisión de los cargues que se generaron, durante el horario diurno y generar el reporte para que el responsable realice la corrección correspondiente.
- Realizar inventarios aleatorios periódicos para conocer diferencias de insumos y medicamentos los cuales en caso de que llegasen a faltar, deberán ser descontados de las certificaciones mensuales.
- Realizar la entrega de medicamentos y/o dispositivos médicos a los servicios asistenciales y/o pacientes con informe a satisfacción.
- Participar activamente en los inventarios de las diferentes farmacias.
- Participar activamente en los programas de farmacovigilancia, tecnovigilancia y seguridad del paciente durante su permanencia en la entidad para lo cual debe promover con el personal asistencial la cultura del deporte y cuando esto se de comunicarlo al coordinador de la farmacia.
- Garantizar el adecuado almacenamiento en la farmacia de los medicamentos y dispositivos médicos.
- Realizar el registro de forma completa, y oportuna. Todos los datos en los formatos establecidos por el servicio farmacéutico, para tener actualizada

la información de gestión del proceso y garantizar su almacenamiento que facilite su disponibilidad al momento de ser requeridos.

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 13 contratos de prestación de servicios desde el 30 de diciembre de 2009 hasta el 30 de abril de 2017; sin embargo, existió interrupción contractual entre los contratos, así:

- Entre el contrato 783 de 2011 y el contrato 1164 de 2012, en el periodo del 2 de julio de 2011 al 26 de julio de 2012 **(Interrupción de 1 año 26 días.)**
- Entre el contrato 231 y 2099 de 2013, en el periodo del 1 de septiembre de 2013 al 7 de octubre de 2013 **(interrupción de 1 mes y 6 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 las certificaciones obrantes en el expediente, hoja de vida, planillas de liquidación de aportes canceladas mensualmente por la demandante, los contratos, liquidaciones de los mismos, prórrogas, órdenes de servicio, certificaciones expedidas por la Subdirección de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, se puede establecer que la señora LILIANA ANDREA GUERRERO ROMERO laboró bajo la modalidad de órdenes o contratos de prestación de servicios y que el objeto de los mismos era prestar servicios como AUXILIAR DE FARMACIA, devengando por concepto de honorarios mensuales como contraprestación de los servicios prestados en su último contrato la suma de \$ 1.430.337 m/cte.

CONTINUADA SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA:

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

- Oficio OJU-E-2831-2018 de 27 de septiembre de 2018 a través de la cual la Jefe de la Oficina Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E niega el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y

acreencias laborales solicitadas a través de solicitud del 10 de septiembre de 2018.

- Certificaciones emitidas por la Dirección de Contratación de la Subred Integrada de servicios de salud sur E.S.E antiguo Hospital el Tunal, III Nivel E.S.E, contratos suscritos por la demandante y el antiguo Hospital el Tunal, III Nivel E.S.E obrantes en CD de pruebas aportado por la entidad accionada.

Solicitud de Tacha de testimonios.

Antes de analizar las declaraciones recepcionadas en audiencia de pruebas de fecha 21 de enero de 2020¹⁸, el Despacho entrará a resolver la solicitud propuesta por el apoderado de la entidad accionada contra los testimonios de los señores Marco Antonio González Vargas y Alexander Urueña Echeverry, los cuales fueron solicitados por la parte actora, al considerar que sus afirmaciones se encuentran afectadas de credibilidad, pues, el testigo Marco Antonio González Vargas también inició contra la entidad demandada medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, al tener un vínculo laboral con el antiguo Hospital del Tunal III, Nivel E.S.E, demandando las mismas pretensiones que en este caso nos ocupan.

De otro lado, el Dr. Luís Efraín Silva Ayala, considera que el señor Alexander Urueña Echeverry carece de parcialidad al tener una relación sentimental con una exfuncionaria de la entidad hospitalaria demandada, señora Carmen Rodríguez.

Es de señalar que el artículo 211 del C.G.P., dispone con 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.”

Igualmente, respecto de la valoración del testimonio sospechoso, el Consejo de Estado¹⁹, señaló lo siguiente:

¹⁸ Ver fl. 172-175 del exp.

¹⁹ Sentencia del 8 de abril de 2014, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. 29195.

“Así, debe señalarse con relación al testimonio que su valoración y ponderación requiere del juez, como en todos los casos, determinar el valor de convicción del mismo y su real dimensión, se itera, bajo su apreciación en conjunto y con aplicación de las reglas de la sana crítica, ejercicio cuya complejidad se acentúa en tratándose de testimonios de oídas o aquellos calificados como sospechosos, los cuales, según se infiere de lo dicho en líneas anteriores, no pueden ser desechados de plano sino que rigidizan su valoración de cara al restante material probatorio, por cuanto serán examinados con mayor severidad”, debe someterse “a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha o cuya percepción fue directa o se subvaloren. Pero sin que puedan desecharse bajo el argumento del parentesco, interés o falta percepción directa, sino porque confrontados con el restante material probatorio resultan contradictorios, mentirosos, o cualesquiera circunstancias que a criterio del juez merezca su exclusión o subvaloración”. (Subrayas del despacho).

De acuerdo con lo anterior, esta instancia judicial encuentra que, el hecho de haber promovido los declarantes el mismo medio de control, al haberse vinculado mediante contrato de prestación de servicios, de acuerdo con lo manifestado por el extremo pasivo, esto no impide la valoración de sus declaraciones en el presente asunto; sin embargo, implicará que esta sea rigurosa o estricta, de cara a las demás pruebas recaudadas, que permita determinar la credibilidad en su declaración; amén de lo anterior, la Alta Corporación en sus reiteradas providencias ha indicado la idoneidad de los propios compañeros de trabajo, para que depongan las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrolló la labor contratada, pues, es evidente que de presentarse testigos ajenos a la relación contractual, no podrán deponer tales aspectos.

El despacho advierte que la prueba testimonial recaudada en la instancia no tiene tinte alguno de interés en las results del proceso, proclamado en el citado artículo 211 del C.G.P., pues, es claro que la prueba testimonial absuelta en la controversia, deberá contar con el respaldo probatorio y, en todo caso, por el hecho de haber promovido medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de manera alguna impone la subvaloración de la prueba.

En consecuencia, el Despacho niega la solicitud propuesta por el apoderado de la entidad demandada, al no resultar suficientes los argumentos expuestos para desestimar la declaración rendida por los señores Marco Antonio González Vargas y Alexander Urueña Echeverry, dado que no se evidencia dentro de sus declaraciones incongruencia o parcialización, encaminada a favorecer sus propios intereses.

Así mismo, como se indicó desde la audiencia de pruebas, la tacha de testimonio en relación con el señor Alexander Urueña Echeverry, no es objetiva ni tiene vocación de prosperidad, pues el tener una relación sentimental con una exfuncionaria de la entidad demandada no genera motivos o presunción que ameriten desestimar las declaraciones del testigo frente a lo que le consta

respecto de la señora Liliana Andrea Guerrero Romero, como contratista del antiguo Hospital del Tunal III Nivel, E.S.E.

Testimonios e interrogatorio de parte.

A fin de probar la existencia de los elementos de la relación laboral, el Despacho en audiencia de pruebas celebrada el día 21 de enero de 2020, recepcionó el testimonio de los señores Marco Antonio González Vargas y Alexander Urueña Echeverry, de otro lado recibió en interrogatorio de parte de la señora Liliana Andrea Guerrero Romero, destacándose lo siguiente:

- Vinculación laboral.

Testimonio Marco Antonio González Vargas.

PREGUNTADO, le voy a preguntar, entonces ya en relación con la señora Liliana Andrea, informe a este juzgado señor Marco Antonio cómo fue la vinculación de la demandante con el Hospital el Tunal, si usted sabe qué actividades o qué funciones debía ella cumplir al interior de la entidad y de qué periodos a qué periodos laboró ella **CONTESTÓ** ella entró a laborar también igual que nosotros, por medio de un contrato más o menos como desde el año 2010 por ahí a mediados de marzo, hasta el mismo día en que nos despidieron a todos que fue el 2 de mayo de 2017; ella también se desempeñaba como auxiliar de farmacia **PREGUNTADO** y para que nos precise cómo se vinculó ella con el Hospital **CONTESTO** me imagino que también por contrato, **PREGUNTADO** o sea, no sabe exactamente si ella estuvo vinculada por contrato de prestación de servicios o ella pertenecía a la nómina de planta de la entidad nombrada por resolución **CONTESTO** no señora, también ella era por prestación de servicios, el supuesto contrato de prestación de servicios.

Testimonio Alexander Urueña Echeverry.

PREGUNTADO Señor Alexander, pero para que por favor conteste la pregunta puntual del despacho, usted supo ella cómo se vinculó con la entidad y de qué periodo a qué periodo trabajó ella allí y qué funciones o actividades cumplía **CONTESTO** se crea un contrato de prestación de servicios, o sea, no era un contrato laboral a término definido porque sólo conocí 4 trabajadores de planta allá. Desde que yo trabajé hasta cuando ella trabajó y hasta que yo terminé, solo se retiró 1 de planta en ese periodo de tiempo **PREGUNTADO** cómo le consta a usted que la demandante se vinculó por contrato de prestación de servicios **CONTESTO** pues porque todos allá nos comentábamos, quiénes eran los de planta y pues los que no eran de planta, obviamente eran por prestación de servicios porque no había otro tipo de contrato allá.

Interrogatorio de Parte, Liliana Andrea Guerrero Romero.

Señora Liliana **PREGUNTADO**, por favor precise a este Despacho, si usted trabajó para el Hospital el Tunal, hoy lo conocemos como la Subred Integrada de Prestación de Servicios de Salud Sur E.S.E., cómo fue su forma de vinculación en caso que haya sido así, qué actividades desplegaba usted al interior del Hospital el Tunal, indicándonos de qué periodo a qué periodo cumplió actividades **CONTESTO** yo trabajé de diciembre del 2009 a marzo del 2017, perdón, abril del 2017 me desempeñé como auxiliar de farmacia.

*La otra parte de la pregunta Liliana que le estaba haciendo era cómo se vinculó usted con el Hospital, es decir, si se vinculó por contrato de prestación de servicios o si estuvo vinculada por un nombramiento que le hiciera la entidad **CONTESTO** el contrato era un supuesto prestación de servicios.*

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

Testimonio Marco Antonio González Vargas:

PREGUNTADO señor Marco Antonio, conforme con su respuesta anterior, indíqueme a este Despacho, cuál era el horario o los turnos que debía de desplegar la demandante para cumplir su contrato de prestación de servicios y quién asignaba a esos turnos **CONTESTO** ya lo manifesté, los horarios nocturnos de 7 p.m. a 7 a.m., la persona encargada era la que colocaba la lista o la planilla de turnos que era nuestro jefe inmediato, que era el regente **PREGUNTADO** recuerda el nombre de su jefe inmediato o del jefe inmediato de la demandante **CONTESTO** tenemos varios durante el lapso entonces tuvimos varios entre ellos, recuerdo a la Dra. Perdomo, química farmacéutica, el Dr. Emerson Rodríguez, químico farmacéutico, al regente Alex, no recuerdo ahorita el apellido y a luz Irene Morales, nuestros jefes inmediatos, que eran los que nos colocaban los horarios en la planilla.

Con relación a los permisos, el testigo refirió:

PREGUNTADO Conoce usted, señor Marco Antonio si por algún motivo la demandante se tenía que ausentar de su lugar de trabajo, cómo era ese sistema de permisos, si ella se podía ausentar de manera autónoma, sin pedir alguna autorización para retirarse de las instalaciones de la entidad **CONTESTO** no, imposible porque es que si uno iba a salir a tomarse un tinto, entonces uno siempre debía decirle al jefe inmediato, voy a salir un momentico o voy a tal piso o hacer cualquier actividad, no podíamos salir sin pedirle permiso al jefe.

En cuanto a los empleados de planta, declaró:

PREGUNTADO señor Marco Antonio como quiera que usted ha indicado que una o la actividad que desempeña la demandante en el Hospital el Tunal fue en el área de farmacia o auxiliar de farmacia, quiere usted referir a este Despacho, si dentro de la planta de personal del Hospital el Tunal existía este cargo, algún auxiliar ejerciendo funciones de auxiliar de farmacia, de ser así, cuántos eran las personas que desempeñaban este cargo dentro de la planta de personal de la entidad **CONTESTO** bueno, dentro de la farmacia existían 4 o 5, de planta trabajando con nosotros a la par y de igual manera, todos realizamos el mismo, la misma labor, lo diferente era que ellos pues no trabajan, sino de lunes a viernes y a nosotros nos tocaba trabajar los horarios extendidos, cayera el día que tocara trabajar fuera nocturno y siempre noche.

Frente al reconocimiento y pago de horario adicional, contestó al apoderado de la parte actora:

PREGUNTADO hace un momento, usted nos comentó que el horario que tenía la señora Liliana Andrea Guerrero, que incluía jornadas nocturnas de 7 de la noche a 7 de la mañana, usted tiene conocimiento si sobre esos horarios nocturnos se le reconoció algún pago adicional o como recargo a la señora Liliana Andrea Guerrero **CONTESTO** bueno, no, a ella y a ninguno de nosotros, puesto ya que teníamos el mismo contrato, así fuera nocturno así fuera dominical, así fuera festivo, nunca tuvimos un pago extra por laborar esos turnos.

Testimonio Alexander Urueña Echeverry.

PREGUNTADO sabe usted, señor Alexander el horario de trabajo de la demandante y si ella en alguna ocasión o usted por qué conoció, le asignaran a esta jornada de trabajo **CONTESTO** sí ella trabajaba en el área de cirugía, en la farmacia de cirugía, ellos les tocaba un horario de 12 horas, nosotros normalmente trabajamos de 7 de la mañana a 7 de la noche, era el horario, o de los de la noche eran de 7 de la noche a 7 de la mañana **PREGUNTADO** y usted sabe quién asignaba esos turnos o esos horarios de trabajo **CONTESTO** sí claro, el químico farmacéutico, la química farmacéutica, porque era una mujer **PREGUNTADO** cómo le consta señor Alexander esta situación a usted, si usted no trabajó en el Hospital el Tunal entre el 2009 al 2017, periodo en el cual cumplió actividades la demandante **CONTESTO** buena pregunta, porque como le digo, yo tenía relación constante cuando el Hospital el Tunal y de hecho mantengo toda una relación sentimental con una de las personas que trabaja allá. Entonces normalmente siempre iba hasta allá y también me tocaba ir por medicamentos porque se prestaban medicamentos entre el Hospital del Tunal y el Hospital de Meissen.

Dentro de las preguntas efectuadas por el apoderado de la accionante se hace énfasis en el cumplimiento de horario a lo cual el testigo respondió:

PREGUNTADO tiene usted conocimiento que la señora Liliana Andrea Guerrero hubiese tenido algún horario **CONTESTO** sí claro, allá siempre cumplimos horario, siempre hay un horario por cumplir, todos los días es el mismo horario **PREGUNTADO** tenía usted conocimiento o tiene usted conocimiento si la señora Liliana Andrea Guerrero podía reemplazar a un trabajador de planta **CONTESTO** pues reemplazarlo no, o sea porque los de planta...se pueden cambiar horarios siempre y cuando los autorice el regente de resto no, o sea uno puede cambiar un horario, por ejemplo, claro que con los de planta era complicado porque los de planta, ellos siempre cumplían su horario y era muy difícil cambiar con ellos, pero entre nosotros sí cambiamos entre los auxiliares siempre se cambia de turno, siempre se pasa una hojita, se llena un formato y el químico, bueno, primero el regente autoriza, se pasa el químico y él autoriza el cambio de turno **PREGUNTADO** referente a las funciones de que cumplía la señora Liliana Andrea Guerrero, tenía las mismas funciones que una auxiliar de farmacia de planta **CONTESTO** sí.

Interrogatorio de parte, señora Liliana Andrea Guerrero Romero.

PREGUNTADO Para que nos precise a este Despacho Liliana lo siguiente, la jornada laboral de los empleados de planta era distinta a la que ustedes tenían, cuántas horas tenían que trabajar ellos al día, entre tanto, ustedes cuántas horas tenían que trabajar **CONTESTO** se trabajan exactamente las mismas horas, tanto ellos como nosotros se hacían 180 horas mensuales **PREGUNTADO** la anterior pregunta se la hago porque usted refirió que el cumplimiento del personal de planta ejerciendo funciones de farmaceuta eran horario diurno de 7 de la mañana a 1 de la tarde, ahí habría unas horas solamente 6 horas y usted me dice que trabajó del 2012 al 2017, cuando ya finalizó su contrato con la entidad en horario de 7 de la noche a 7 de la mañana, son 12 horas, entonces, por eso quería que nos precisara estas conclusiones a las que usted indicó anteriormente en respuesta anterior **CONTESTO** lo que pasa es que el horario de la noche, si es algo diferente, porque uno trabaja 12 horas, pero trabaja noche interdiaria entonces, mientras que ellos hacen 6 horas, digamos el lunes y el martes, yo voy el lunes y hago mis 12 horas y vuelvo el miércoles, sí, señora. **INTERVENCION DEL DESPACHO:** muchas gracias por la aclaración porque no quedaba como muy especificado, ni claro tampoco.

De lo anterior, se puede extraer que la señora LILIANA ANDREA GUERRERO ROMERO, trabajó en el HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL E.S.E -hoy- SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E de forma directa con la entidad desde el 30 de diciembre de 2009 al 30 de abril de 2017, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, de manera continua, que desempeñó sus actividades como

AUXILIAR DE FARMACIA teniendo en cuenta su titulación como Auxiliar de Droguería en El Centro de Educación en Administración de Salud -CEADS-, en horario de 7 a.m. a 1 p.m. desde diciembre del 2009 hasta junio de 2012, y desde esta fecha hasta abril de 2017, de 7 p.m. a 7 a.m., noche interdiaria.

- **Del personal de Planta y la subordinación laboral.**

Testimonio, Marco Antonio González Vargas.

PREGUNTADO indíqueme por favor señor Marco Antonio a este Despacho si, dentro de la entidad se hacían llamados de atención en caso afirmativo, esos llamados de atención eran iguales o cómo los hacía la entidad frente al personal de planta y a los contratistas **CONTESTO** bueno, referente a los llamados de atención, entonces eso para nosotros, para las personas de planta, eran verbales y algunos también por escrito a nosotros los de contrato nos llamaba el jefe inmediato, nos hacía una reunión y nos exponía las cosas y nos llamaba la atención, pues nosotros muchas veces le dijimos que delante todos de hecho nunca, fue sino únicamente verbal a los de contrato en una reunión **PREGUNTADO** y para el personal de planta, como les hacía el llamado de atención que usted supiera **CONTESTO** pues difícilmente nos enteramos porque ellos nos contaban que los habían llamado la atención o que les había llegado algún memorando, algún llamado atención, pero nunca delante de nosotros.

Con relación al cumplimiento de órdenes:

Señor Marco Antonio, **PREGUNTADO** indíqueme a este Despacho si la señora Liliana Andrea Guerrero para ejecutar sus actividades como farmaceuta debía cumplir órdenes en caso afirmativo de quien cumplía órdenes **CONTESTO** sí como todos nosotros, entonces era el jefe inmediato cuando no era el químico o los químicos que estaban en el área de la farmacia era el regente que siempre ha estado ahí durante los horarios de que teníamos que trabajar.

Testimonio Alexander Urueña Echeverry.

Dentro del cuestionario desarrollado por el apoderado judicial de la accionante se preguntó:

PREGUNTADO sírvase señor Alex Ureña informar al Despacho si durante la relación contractual que usted sostuvo en diferentes periodos y finalmente en el último periodo de 2017, le consta que la señora Liliana Guerrero recibiera órdenes e instrucciones para cumplir sus funciones **CONTESTO** sí, claro a todos recibimos órdenes allá **PREGUNTADO** teniendo en cuenta su respuesta anterior de quién recibía esas órdenes la señora Liliana Andrea Guerrero **CONTESTO** especialmente del regente inicialmente y del químico subsiguientemente, **PREGUNTADO** ella cumplía esas órdenes de forma personal **CONTESTO** sí, claro, allá dan las órdenes y pues hay que cumplirlas, no hay otra opción **PREGUNTADO** tiene conocimiento usted de que le suministran herramientas para que la señora Liliana Andrea Guerrero cumpliera con su trabajo **CONTESTO** pues allá nunca nos dan dotación, pero pues digamos, allá estaban los computadores, los medicamentos que son los que uno trabaja y los insumos, pero por ejemplo allá nunca le daban dotación a uno, a nosotros los que no éramos de planta nunca nos daban dotación, porque los de plantas siempre les daban dotación a nosotros nunca y lapiceros a los de plantas y pero nosotros nunca de resto, no.

Interrogatorio de parte Liliana Andrea Guerrero Romero.

PREGUNTADO Liliana por favor indíqueme este Despacho en lo que usted recuerde cómo era el sistema de llamados de atención que hacía la entidad, tanto a los empleados de planta como al personal vinculado, es decir, al personal vinculado por contrato de prestación de servicios, si la entidad hacía distintos los llamados de atención para un personal vinculado así, o si será igual para todos **CONTESTO** los llamados de atención eran igual para todos, habían llamado de atención verbal, habían llamados de atención por escrito, también se presta mucho para las reuniones grupales que se hacían mensualmente, entonces ahí también, pues nos hacían el llamado atención delante de todos.

En cuanto al sistema de permisos la accionante contestó:

PREGUNTADO Liliana para cuando usted prestaba servicios al interior de la entidad, usted podía en alguna situación de urgencia, alguna emergencia que se le presentara, usted podía de manera autónoma retirarse a su lugar de trabajo sin pedirle permiso a alguien o tenía que pedir autorización y ante quien se pedía ese permiso **CONTESTO** no señora, tenía uno que tener autorización de la regente de farmacia y el químico farmacéutico.

De lo declarando ante el Despacho, la demandante recibía órdenes de sus superiores de forma permanente, sin devengar prestaciones percibidas por el personal de planta, los permisos debían solicitarse personalmente de forma verbal para su autorización ante el jefe de farmacia o el químico farmacéutico a cargo, no podía delegar sus actividades a terceros ajenos a la entidad debiendo permanecer de tiempo completo en las instalaciones del Hospital para el desarrollo de las actividades misionales encomendadas, utilizando las herramientas suministradas por la entidad hospitalaria para la ejecución de sus obligaciones, como medicamentos, papelería, computadores, entre otros.

En cuanto al pago de **aportes a salud y pensión** todos los interrogados por el Despacho afirmaron tener a cargo los aportes de salud y pensión que debían ser presentados a la administración hospitalaria con el fin de acceder al pago mensual de sus honorarios, que no requería en ningún momento de la presentación de cuentas de cobro de los contratos anteriormente suscritos.

Sobre la prohibición constitucional de recibir doble remuneración del erario público:

El artículo 128 de la Constitución Política de 1991 estableció sobre la prohibición de recibir más de una asignación pública, lo siguiente:

“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.”

Las excepciones a la prohibición constitucional de desempeñar más de un empleo

público y de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, fueron establecidas en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, que a su tenor dice:

(...)

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. Exceptúanse las siguientes asignaciones:*

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;*
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;*
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;*
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;*
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;*

(Subrayado fuera de texto)

El Decreto 872 de 2 de junio de 1992 reiteró la prohibición contenida en el artículo 128 superior y las excepciones consagradas en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992:

(...)

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. Exceptúanse las asignaciones de que trata el artículo 19 de la Ley 4a. de 1992”

No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo en varias entidades.

Posteriormente, mediante la Ley 269 de 1996²⁰ el Congreso permitió que el personal asistencial que presta directamente servicios de salud tuviera la posibilidad excepcional de desempeñar más de un empleo público, indicando lo siguiente:

(...)

ARTÍCULO 1o. CAMPO DE APLICACIÓN. *La presente Ley se aplica a todo el personal de salud que cumpla en forma directa funciones de carácter asistencial en entidades prestadoras de servicios de salud, sin perjuicio del sistema de salud que se rija.*

(...)

ARTÍCULO 2o. GARANTÍA DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD. *Corresponde al Estado garantizar la atención en salud como un servicio público esencial, y en tal carácter el acceso permanente de todas las personas a dicho servicio, razón por la cual el personal asistencial que preste directamente servicios de salud podrá desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público.*

La jornada de trabajo del personal que cumple funciones de carácter asistencial en las entidades prestadoras de servicios de salud podrá ser máximo de doce horas diarias sin que en la semana exceda de 66 horas, cualquiera sea la modalidad de su vinculación. (Subrayado

²⁰ “Por la cual se regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público”.

fuera de texto)

Ahora bien, en cuanto al concepto de concurrencia, entendida esta como la "Coincidencia, concurso simultáneo de varias circunstancias", en los términos del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, valga indicar que el artículo 3° de la Ley 269 de 1996, dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 3o. CONCURRENCIA DE HORARIOS. Prohíbese la concurrencia de horarios, con excepción de las actividades de carácter docente asistencial que se realicen en las mismas instituciones en las cuales se encuentre vinculado el profesional de la salud, y que por la naturaleza de sus funciones, ejerza la docencia y la prestación directa de servicios de salud."

Así las cosas y, según la normatividad anteriormente referida se concluye que, la accionante al pertenecer al personal asistencial que presta directamente servicios de salud, tenía la posibilidad excepcional de desempeñar más de un empleo público y, por ende, recibir una doble remuneración del erario público, siempre y cuando no se evidencie la concurrencia de horarios entre una entidad en la que laboraba y la otra en la que igualmente prestaba sus servicios. En el caso bajo estudio y, conforme al interrogatorio de parte absuelto por la accionante, quedó acreditado que prestó servicios al anterior del Hospital Engativá del 2015 al 2017 y en el Hospital La Victoria del 2011 al 2015, que las actividades ejecutadas en cumplimiento del contrato de prestación de servicios dentro del Hospital Engativá se adelantaban noche contraria a la prestación de servicios pactada en el Hospital el Tunal en un horario de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., y en el Hospital la Victoria sus labores eran desarrolladas en horario diurno de 8:00 a.m. a 2:00 p.m., situación que evidencia la no posibilidad de concurrencia en las labores que desarrolló en las otras dos entidades hospitalarias prestadoras de servicios de salud, por lo cual colige esta instancia que la accionante se encuentra amparada por la excepción constitucional de la prohibición de la doble asignación del erario público, amén de haber indicado en la audiencia surtida en la instancia que, no había presentado reclamación judicial alguna por los periodos laborados en las entidades prestadoras de salud.

Es así, como 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 E.S.E - hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., en el periodo comprendido entre el 30 de

diciembre de 2009 hasta el 30 de abril de 2017, como Auxiliar de farmacia, fue prestada con dos interrupciones contractuales superior a quince (15) días hábiles entre la fecha de finalización del contrato 783 de 2011 y el contrato 1164 de 2012 de **1 año y 26 días** y, entre la fecha de finalización del contrato 231 de 2013 y el contrato 2099 de ese mismo año, de **1 mes y 6 días**.

- El horario desarrollado por la accionante fue de manera continua dentro de la entidad, que correspondía al horario asignado de domingo a domingo por sus superiores a través de turnos dentro de la planta hospitalaria, es decir de en horario diurno de 7 a.m. a 1 p.m. desde diciembre de 2009 hasta junio de 2012, y desde esta fecha, en horario nocturno hasta abril de 2017, es decir, de 7 p.m. a 7 a.m. noche interdiaria; igualmente debía portar un carnet de trabajo de forma obligatoria que la identificaba como empleada del Hospital, al igual que el personal de planta de la Entidad.
- De acuerdo con las declaraciones rendidas por los testigos y de la información suministrada dentro del interrogatorio de parte, dentro del personal del antiguo HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL E.S.E, existían funcionarios de carrera administrativa desempeñando las mismas funciones como auxiliar de farmacia, en horarios diurnos fijos de lunes a viernes.
- Ahora bien, del Acuerdo N° 003 del 17 de marzo de 2006 *"Por el cual 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"*, en la que se especifican las funciones y competencias laborales de nivel asistencial, denominación del empleo, auxiliar área salud, Código 412, Grado 6, cuya naturaleza de empleo es ejecutar labores auxiliares en la recepción y distribución de medicamentos y elementos médico quirúrgicos en el Hospital, con el propósito de solicitar, almacenar y distribuir los medicamentos y dispositivos médicos con oportunidad y calidad para brindar una terapia farmacológica segura y adecuada a los pacientes; dentro de las funciones esenciales el empleo se encuentran verificar la entrada de medicamentos y elementos médico-quirúrgicos a farmacia de acuerdo con las normas y procedimientos vigentes, verificar el estricto cumplimiento de la normatividad en las fórmulas de control especial, efectuar la entrega correcta de los medicamentos, clasificar y ordenar los medicamentos y elementos médico quirúrgicos de conformidad con el manual de normas y procedimientos establecidos, verificar las existencias de farmacia, droguería y vigilar el periodo de vigencia de los medicamentos perecederos, despachar y llevar registro de medicamentos y elementos

médico quirúrgicos, participar en la realización de inventarios periódicos de medicamentos, confrontarlos con los saldos de Kárdex, informar oportunamente al jefe inmediato sobre la reposición de los medicamentos y elementos médico-quirúrgicos que se esté agotando, según el stock mínimo establecido, registrar en el sistema los pedidos llegados a farmacia y las fórmulas llegadas inmediatamente, entre otras funciones; en consecuencia, se hace evidente que existe un cargo denominado AUXILIAR ÁREA DE SALUD para el apoyo, de carácter asistencial para la recepción y distribución de medicamentos; sin embargo, de los elementos de juicio recogidos a través de los testimonios e interrogatorios, se logra demostrar que la planta de personal existente en el periodo del año 2009 al 2017 se caracterizaba por ser insuficiente para la ejecución de actividades área de salud de la entidad hospitalaria.

- De lo anterior, se puede colegir que, las funciones asignadas por el antiguo Hospital del Tunal III Nivel, E.S.E hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E al cargo asistencial, denominado AUXILIAR ÁREA DE SALUD, código 412, grado 6 hoy grado 8, con algunas modificaciones especiales en los contratos de prestación de servicios suscritos como AUXILIAR DE FARMACIA eran realizadas por la accionante. Debe precisarse que, el cargo auxiliar área de salud, hace parte de aquellos empleos que cumplen funciones misionales del Hospital, pues a través de dicho cargo se desarrollan funciones esenciales como es la distribución, recepción y control de medicamentos para los pacientes.
- En cuanto a la remuneración percibida, se pactaron como honorarios mensuales en el último contrato suscrito por las partes aquí vinculadas, 2371 de 2017 la suma de \$ 5.339.928 m/cte por 3 meses y 22 días, equivalente a una remuneración mensual de \$ 1.430.337 m/cte.
- Que los emolumentos devengados en el cargo de AUXILIAR ÁREA DE SALUD, Código 412, grado 06 (AUXILIAR DE FARMACIA) de la hoy Subred de Servicios de Salud Sur E.S.E Grado 8, como consta en certificación obrante a folio 171 del expediente, expedida por la Dirección de Gestión de Talento Humano de la entidad accionada, eran los siguientes:

AÑO	ASIGNACIÓN BÁSICA
2009	\$ 949.104,00

2010	\$ 977.962,00
2011	\$ 1.030.690,00
2012	\$ 1.087.378,00
2013	\$ 1.130.221,00
2014	\$ 1.171.362,00
2015	\$ 1.231.802,00
2016	\$ 1.333.676,00
2017	\$ 1.429.034,00

- A dicha asignación básica se le incluyen los factores de prima de antigüedad, recargos y festivos, prima semestral, prima de vacaciones, bonificación especial de recreación, prima de navidad, vacaciones, bonificación por servicios, reconocimiento por permanencia, cesantías, e interés de cesantías.
- También se acredita en el expediente la continua dependencia y subordinación de la accionante como auxiliar de farmacia por cuanto, asignaban el cumplimiento del horario de planta, recibía órdenes de tiempo, modo y lugar por parte de su superior inmediato regente de farmacia o químico farmacéutico encargado, para ausentarse de su sitio de trabajo debía solicitar la autorización expresa de sus superiores, pues no podía delegar de forma autónoma sus funciones.
- 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 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 por la entidad dentro de la contestación de la demanda.

Ahora, como se enunció anteriormente, de las pruebas recaudadas se infiere con toda claridad la subordinación de que revistió la presunta relación contractual suscrita, toda vez, que la demandante al desarrollar la actividad para la que fue contratada **sucesivamente por más de 6 años**, contradice la naturaleza temporal y excepcional de un contrato de prestación de servicios, además en todo momento se encontró sujeta al cumplimiento del horario con el mismo número de horas impuesto a los funcionarios de planta vinculados a la entidad hospitalaria, a la supervisión de sus funciones, a las directrices institucionales y subordinación directa de sus Jefes inmediatos, quienes tenían injerencia sobre cada una de las

tareas ejecutadas por la Auxiliar de Droguería.

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 los servicios prestados por la accionante como AUXILIAR DE FARMACIA, corresponden a labores de carácter permanente y misional de la entidad, las cuales son propias de la naturaleza del empleo público previsto dentro de su planta de personal, antes Auxiliar Área de Salud 412, Grado 6 (Auxiliar de Farmacia), hoy en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, Código 412, grado 8; empero, las actividades asignadas a la demandante no eran iguales, tenían algunas modificaciones como quedó referido anteriormente.

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 AUXILIAR DE FARMACIA surgiéndole el derecho a que sea reconocida su relación laboral, confiriéndole a la contratista las prerrogativas de orden prestacional.

Por otra parte, es de señalar que las diferentes situaciones administrativas y necesidades del servicio, no pueden convertirse en excusas para vincular precaria e ilegalmente personal para el desempeño permanente de funciones públicas en este caso, desconociendo las formas sustanciales de derecho público, las modalidades previstas en la Constitución y la Ley para el ingreso al servicio público y aún las garantías laborales y derechos fundamentales de quienes así resultan vinculados.

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.

Igualmente, resulta oportuno referir que en esta misma providencia, también se unificó que *“el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados, por las razones indicadas en la motivación”* que consisten en que como los docentes oficiales se encuentran inscritos en el escalafón nacional docente, que implica remuneraciones diferenciadas según el grado en el que estén, no es dable tener en cuenta, el empleo de planta. Lo que implica que deberá estudiarse cada caso en concreto.

Para el presente asunto, si bien, se acreditó la existencia en planta del cargo de Auxiliar Área de Salud 412, Grado 6 (Auxiliar de Farmacia), hoy en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, Código 412, grado 8; no se pudo evidenciar qué otros grados existían en la planta de personal ejerciendo las mismas funciones a las asignadas a la demandante; razón por la cual se acogerá la motivación de la sentencia de unificación para señalar que las prestaciones se liquidarán con base en los honorarios pactados en los contratos.

Por lo anterior, esta Agencia Judicial **declarará la nulidad** del oficio No. OJU-E-2831-2018 del 27 de septiembre de 2018, 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 LILIANA ANDREA GUERRERO ROMERO y el HOSPITAL EL TUNAL III NIVEL E.S.E , 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 devengados por el personal de planta**, 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, con relación a las interrupciones presentadas entre la terminación de los contratos de servicios 783 de 2011 y el inicio del contrato 1164 de 2012 de **1 año y 26 días** y, entre la fecha de finalización del contrato 231 de 2013 y el inicio del contrato 2099 de ese mismo año, de **1 mes y 6 días**, se observa solución de continuidad, por lo anterior, 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.

Ahora bien, como en las pretensiones de la demanda, se solicita el pago de las diferencias salariales, entre los honorarios pactados en cada uno de los contratos y la asignación mensual devengada por el personal de planta, con el que considera debe ser equiparada, la instancia no halló similitud de funciones, como se explicó precedentemente; empero, se ordenará el reconocimiento de las prestaciones que la entidad reconoce al personal de planta, al haberse desdibujado el contrato de prestación de servicios, para dar paso al contrato realidad, una vez acreditados los elementos de la relación laboral.

La anterior situación no implica de manera alguna el reconocimiento de las diferencias salariales que se formula en el libelo introductorio, por cuanto estos reconocimientos patrimoniales **“que equivalgan a las prestaciones sociales dejadas de percibir, se hacen como indemnización dentro del componente reparatorio”**²¹ sin mutar a empleado público.

En este orden, la Alta Corporación del Consejo de Estado ha sido enfática en advertir que los efectos patrimoniales de la declaratoria de un contrato realidad, deberá comprender el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas, más no, en el reconocimiento de diferencias salariales.

En otro contexto jurisprudencial sobre el reconocimiento de diferencias salariales, discurrió el Máximo Tribunal²²:

Las denominadas “diferencias salariales”.

*La pretensión procura el reconocimiento de una especie de equivalencia entre la asignación mensual establecida en la nómina de la entidad pública para los cargos de planta, y la que fue contratada y pagada al demandante con fundamento en las vinculaciones de prestación de servicios, **lo que resulta improcedente por las razones expuestas de tiempo atrás por esta Corporación, de acuerdo con las cuales dicha equivalencia o equiparación se descarta.** Ha sostenido:*

«Sin embargo y como se precisó, el simulado contrato de prestación de servicios docentes suscrito con la demandante, pretendió esconder una vinculación de derecho laboral público, a pesar de que, como se explicó, la actora no puede ser considerada empleada pública docente, desconociendo el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la C.P., y ocasionando unos perjuicios que deben ser resarcidos a la luz del artículo 85 del C.C.A.

²¹ Consúltese sentencia del 6 de octubre de 2016, Exp. 66001233300020130009101(0237 2014), Demandante Miguel Ángel Castaño Gallego, Demandado Municipio de Pereira- Secretaría de Educación Municipal. C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

²² Sección Segunda Subsección A, Consejero Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, 7 de noviembre de 2018. Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00088-01(0115-14) Actor: OSMAR DE JESÚS GAÑÁN SUAREZ Demandado: Municipio de Pereira- Secretaría De Educación Municipal

Debe decirse que no es posible ordenar el reconocimiento de las diferencias salariales entre lo que se canceló a la demandante en virtud de los contratos y el salario devengado por los servidores públicos docentes departamentales y nacionales porque las asignaciones salariales en el caso de los docentes dependen de las condiciones particulares demostradas por cada uno de ellos, y porque aceptada la existencia del contrato realidad, debe también aceptarse como válido el pacto que las partes hicieron de la remuneración, por ello no se ordenará el pago de diferencia salarial alguna. ... »

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 **30 de diciembre de 2009 al 1 de julio de 2011**, entre el **27 de julio de 2012 al 31 de agosto de 2013** y entre el **8 de octubre de 2013 al 30 de abril de 2017** el IBL de los honorarios pactados en los contratos 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 accionante 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.

Con esta orden, se deniega la pretensión de devolución de aportes en salud y pensión, pues, las mismas corresponden al sistema general que en su oportunidad -referente al periodo contractual-, cubrió los riesgos de salud y pensión.

En cuanto a las horas extras, compensatorio, recargos dominicales y festivos, dotaciones, tales reclamaciones se tornan improcedentes, como quiera que de la sentencia de unificación solo es procedente el reconocimiento de las prestaciones sociales, sin que sea viable reclamar estos aspectos que involucran una relación laboral legal y reglamentaria, en la cual la parte actora nunca ha estado.

Respecto al pago de la indemnización moratoria contenida en la ley 244 de 1995 artículo 2º, e indemnización por no afiliarla a un fondo de cesantías y la indemnización moratoria por el no pago oportuno de sus acreencias laborales, estas son improcedentes, 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 improcedente la reclamación de la indemnización moratoria²³, como la indemnización por no afiliación al Fondo.

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.”²⁴

En cuanto a la indemnización unilateral por despido sin justa causa e indemnización por falta de pago contenidas en los artículos 64 y 65 del C.S.T, deberá ser denegada teniendo en cuenta la jurisprudencia sentada con relación a la declaración de existencia de un contrato laboral, ya que los efectos patrimoniales de esta última se contraen exclusivamente al pago de las prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho.

4.4. PRESCRIPCIÓN:

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

²³ 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).

²⁴ 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.

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 y teniendo en cuenta las interrupciones contractuales advertidas, se verificarán los siguientes periodos contractuales:

i) 8 de octubre de 2013 al 30 de abril de 2017

Se observa que el último contrato celebrado entre la señora Liliana Andrea Guerrero Romero y el antiguo Hospital el Tunal E.S.E hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. **finalizó el 30 de abril de 2017**, presentándose reclamación administrativa ante la unidad de correspondencia de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, los días 28 de junio de 2017 y 10 de septiembre de 2018, entidad que le dio respuesta desfavorable a través de oficios OJU-E-1187-2017 de 29 de junio de 2017 y OJU-E-2831-2018 del 27 de septiembre de 2018, solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 6 Judicial II Para Asuntos Administrativos el día 4 de diciembre de 2018, fallida 27 de febrero de 2019, radicando demanda contenciosa administrativa el día 29 de marzo de 2019, es decir dentro del término de los tres (3) años. En este orden, no se configura el fenómeno prescriptivo.

ii) 30 de diciembre de 2009 al 1 de julio de 2011

iii) 27 de julio de 2012 al 31 de agosto de 2013

De otra parte, y como quiera que quedó probada la interrupción contractual entre el 2 de julio de 2011 al 26 de julio de 2012, de 1 año y 26 días - contrato 783 de 2011 y 1164 de 2012- y entre el 1 de septiembre de 2013 y 7 de octubre de 2013 -contrato 231 de 2013 y 2099-, conforme lo ha sostenido el Consejo de Estado en sentencia de unificación²⁵ el lapso de continuidad corresponde al término de 15 días de acuerdo al artículo 10 del Decreto 1045 de 1978²⁶; en consecuencia, esta instancia

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, del 25 de agosto de 2016, radicado No 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16.

²⁶ **Artículo 10°.- Del tiempo de servicios para adquirir el derecho a vacaciones. Para el reconocimiento y pago de vacaciones se computará el tiempo servido en todos los organismos a que se refiere el artículo 2o. de este Decreto, siempre que no haya solución de continuidad. Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad.** (subrayado y negrillas fuera del texto.)

judicial encuentra que en estos periodos contractuales, opera el fenómeno de la prescripción extintiva, toda vez que, entre la fecha de finalización del contrato No 783 de 2011 (1 de julio de 2011) y 231 de 2013 (31 de agosto de 2013) y la fecha de primera reclamación administrativa 28 de junio de 2017, transcurrieron más de 3 años, de manera que, estos intervalos del 30 de diciembre de 2009 al 1 de julio de 2011 y del 27 de julio de 2012 al 31 de agosto de 2013, será excluido de reconocimiento económico, más no frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, conforme lo precisó la sentencia unificadora.

4.5 COSTAS

La Instancia no condenará en costas a la entidad accionada, teniendo en cuenta que el artículo 188 del CPACA, no exige la condena en sí misma, sino el pronunciamiento por parte del operador judicial y teniendo en cuenta que este Despacho no encontró respecto a la parte vencida conducta reprochable, no se hace necesaria la sanción.

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 probada la excepción de prescripción extintiva para el reconocimiento de la relación laboral y pagos de las acreencias laborales, entre el periodo comprendido del 30 de diciembre de 2009 al 1 de julio de 2011 y del 27 de julio de 2012 al 31 de agosto de 2013, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del Oficio No. OJU-E-2831-2018 del 27 de septiembre de 2018, 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 E.S.E**, así:

- a) **A reconocer, liquidar y pagar** a la señora **LILIANA ANDREA GUERRERO ROMERO** identificada con cédula de ciudadanía No. 52.934.173 de Bogotá, **todos los emolumentos y prestaciones sociales devengadas por el personal de planta, teniendo en cuenta el periodo comprendido entre el 8 de octubre de 2013 al 30 de abril de 2017**, tomando como fundamento la remuneración pactada en cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes.
- b) **reconocer, liquidar y pagar** a la accionante **las diferencias resultantes en los aportes al Sistema de Seguridad Social en el periodo comprendido entre el 30 de diciembre de 2009 al 1 de julio de 2011**, entre el **27 de julio de 2012 al 31 de agosto de 2013** y entre el **8 de octubre de 2013 al 30 de abril 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 accionante 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 accionante, 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.

SÉPTIMO: De conformidad con el artículo 76-inc.4 del C.G.P., el Despacho acepta la renuncia de poder presentada por el Dr. Luis Efraín Silva Ayala identificado con cédula de ciudadanía No. 79.157.976 y T.P. No. 68.041 del C.S. de la J., a partir del 24 de julio de 2020, inclusive.

OCTAVO: Se reconoce personería adjetiva a la Dra. AMANDA DÍAZ PEÑA portadora de la Tarjeta Profesional No. 126.885 del C. S. J., como apoderada judicial de la entidad accionada dentro del proceso de la referencia, en los términos del poder otorgado por la Dra. Nora Patricia Jurado Pabón, en calidad de Jefe de la Oficina Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

NOVENO: Una vez en firme esta sentencia, archívese el expediente, dejando las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ NUBIA GUTIÉRREZ RUEDA
Juez

Firmado Por:

LUZ NUBIA GUTIERREZ RUEDA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 47 ADMINISTRATIVO BOGOTÁ

Expediente No. 11001334204720190019000

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Liliana Andrea Guerrero Romero

Demandado: Hospital el Tunal III Nivel, E.S.E hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E

Providencia: Sentencia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

c5df769f2eba88fe94e48bf06f23aa61b42bd93af8986103bf10a59d3ea51dd2

Documento generado en 07/03/2021 09:07:04 PM

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