REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

JUZGADO CUARENTA Y SIETE (47) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veintidós (2022)

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

Demandante : **ROSA MARÍA BULLA CANO**
C.C. No. 52.099.682

Demandado : **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**
HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E.

Radicación : **11001-33-42-047-2019-00037-00**

Asunto : **Contrato Realidad – Auxiliar de enfermería**

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme con 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.- A N T E C E D E N T E S

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 Rosa María

Bulla Cano actuando a través de apoderado especial, contra la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR – ESE.**

1.1.2 PRETENSIONES[1]

La demandante enumeró las pretensiones así:

PRIMERA: Declarar la nulidad del acto administrativo OJU-E-3218-2018 con Radicado 201803510246081 de 24 de octubre de 2018 emitido por la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., por medio del cual se negó el pago de las acreencias laborales y prestaciones sociales derivadas de la vinculación entre el HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL ESE - SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. y la señora ROSA MARÍA BULLA CANO durante el periodo comprendido entre el 16 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015.

SEGUNDA: Que se declare que la accionante ROSA MARÍA BULLA CANO fungió como Empleado Público de hecho para el HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL ESE y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. en el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERIA durante el periodo comprendido entre el 16 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015.

TERCERA: Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. a pagar a la demandante ROSA MARÍA BULLA CANO la totalidad de los factores de salario devengados por los AUXILIARES DE ENFERMERÍA de planta de la entidad demandada, los cuales fueron causados por la demandante desde el 16 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015.

CUARTA: Que se condene a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E a pagarle a la demandante el valor equivalente al auxilio de las Cesantías causadas durante todo el tiempo de prestación de servicios, liquidado con la asignación legal otorgada al Cargo de los AUXILIARES DE ENFERMERIA del HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E. y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. entre el 16 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015.

QUINTA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E a pagarle a la señora ROSA MARÍA BULLA CANO, los Intereses a la Cesantías causados sobre los saldos que arroje la liquidación del auxilio a las cesantías año por año conforme al literal anterior.

[1] Ver archivo digital 01Demanda.

SEXTA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E a pagarle a la señora ROSA MARÍA BULLA CANO el valor equivalente a las primas de carácter legal de servicios de junio y diciembre de cada año, causadas desde el 16 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015 liquidadas con la asignación legal otorgada al cargo de los en la entidad demandada AUXILIARES DE ENFERMERIA en la entidad demandada.

SÉPTIMA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E a pagarle a la señora ROSA MARÍA BULLA CANO la Bonificación por Servicios Prestados de cada año causadas desde el 16 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015, liquidada con la asignación legal otorgada al cargo de AUXILIARES DE ENFERMERÍA en la entidad demandada.

OCTAVA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E a pagarle a la señora ROSA MARÍA BULLA CANO las primas de carácter extralegal de Navidad de cada año, causadas desde el 16 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015 liquidadas con la asignación legal otorgada al cargo de AUXILIARES DE ENFERMERIA en la entidad demandada.

NOVENA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E a pagarle a la señora ROSA MARÍA BULLA CANO las Primas de Antigüedad de cada año, causadas desde el 16 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015, liquidados con la asignación legal otorgada al cargo de los AUXILIARES DE ENFERMERIA en la entidad demandada.

DÉCIMA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E a pagarle a la señora ROSA MARÍA BULLA CANO el valor de los quinquenios causados desde el 16 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015, liquidados con la asignación legal otorgada al cargo de los Auxiliares de Enfermería en la entidad demandada.

DÉCIMA PRIMERA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E a pagarle a la señora ROSA MARÍA BULLA CANO las Primas de carácter legal de vacaciones de cada año causadas desde el 16 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015, liquidadas con la asignación legal otorgada al cargo de AUXILIARES DE ENFERMERIA en la entidad demandada.

DÉCIMA SEGUNDA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E a pagarle a la señora ROSA MARÍA BULLA CANO la compensación en dinero de las vacaciones causadas, desde el 16 de abril de 2012 hasta el 31 de

diciembre de 2015, liquidado con la asignación legal otorgada al cargo de AUXILIARES DE ENFERMERIA en la entidad demandada.

DÉCIMA TERCERA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E a pagarle a la señora ROSA MARÍA BULLA CANO los subsidios de alimentación causados desde el 16 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015, liquidados con la asignación legal otorgada al cargo de AUXILIARES DE ENFERMERÍA en la entidad demandada.

DÉCIMA CUARTA: Que se CONDENE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E a pagarle a la señora ROSA MARÍA BULLA CANO los subsidios de transporte causados desde el 16 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015, liquidados con la asignación legal otorgada al cargo de AUXILIARES DE ENFERMERÍA en la entidad demandada.

DÉCIMA QUINTA: Que se condene a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. a efectuar en el fondo de pensiones al que se encuentra afiliada la demandante, las cotizaciones no pagadas al sistema de seguridad social en pensiones en la proporción que le corresponde por el periodo comprendido entre el 16 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015, tomando como ingreso base de cotización, el salario devengado por un trabajador de planta en el mismo auxiliar de enfermería.

DÉCIMA SEXTA: Que se condene a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. a efectuar ante la entidad prestadora de salud (EPS) a la que se encuentra afiliada la demandante, las cotizaciones no pagadas al sistema de seguridad social en salud por el periodo comprendido entre el 16 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015, tomando como ingreso base de cotización, el salario devengado por un trabajador de planta en el mismo auxiliar de enfermería.

DÉCIMA SÉPTIMA: Ordenar a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. que sobre las condenas descritas en los numerales anteriores y sobre los dineros adeudados a la demandante, pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor conforme el IPC o al por mayor tal y como autoriza el inciso final del artículo 187 y el artículo 193 de la Ley 1437 de 2011 y la reiterada jurisprudencia.

DÉCIMA OCTAVA: Que se ordene a la demandada dar cumplimiento al fallo en los términos el artículo 192 y 195 del CPACA.

DÉCIMA NOVENA: Que se ordene a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. a pagar intereses moratorios si no da cumplimiento al fallo judicial en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA; así mismo se condene al pago de costas y expensas del proceso.

1.1.3. HECHOS[2]

1.1.3.1. Hechos Relevantes

Los principales hechos el Despacho los resume así:

1. La señora ROSA MARÍA BULLA CANO laboró de manera constante, ininterrumpida y presencial para Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E. (actual SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., en el cargo de auxiliar de enfermería desde el 16 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015, vinculada mediante contratos de prestación de servicios.

2. El último salario devengado por la demandante fue por la suma de $1.554.900.

3. El horario de trabajo que debía cumplir la demandante era de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. de lunes a viernes, dos sábados y dos domingos al mes.

4. Durante la vinculación con el Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E. la accionante estuvo bajo órdenes y supervisión de sus jefes inmediatos.

5. El Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E. consignaba el salario de la demandante mensualmente en una cuenta bancaria, de manera habitual y mensual, una vez se cumplía el mes de trabajo.

6. El Hospital le exigía afiliarse como trabajador independiente al Sistema General de Seguridad Social en salud y pensiones.

7. El Hospital mensualmente le descontaba el impuesto ICA y la retención en la fuente.

8. El Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E. no reconoció, ni pagó las prestaciones sociales, acreencias laborales, vacaciones a la demandante.

[2] Ver archivo digital 01Demanda.

9. Durante su vinculación, a la demandante le han hecho llamados de atención y lo han felicitado de manera verbal sus jefes inmediatos por la ejecución de sus actividades.

10. Entre el 16 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015, la demandante estuvo a órdenes exclusivas del Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E. y posteriormente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE.

11. La demandante no podía delegar sus funciones para ausentarse de su lugar de trabajo, sin previa autorización del jefe inmediato, siempre utilizó las herramientas y el material suministrado por la entidad para desarrollar su actividad y tenía compañeros de planta que cumplían las mismas funciones.

12. El 5 de octubre de 2018 la demandante presentó reclamación administrativa, que tuvo respuesta negativa mediante acto administrativo OJU-E-3218-2018 con Radicado 20183510246081 de 24 de octubre de 2018.

1.1.4. Normas Violadas

En el escrito introductorio fueron señaladas como transgredidas, las siguientes disposiciones:

1.1.4.1. CONSTITUCIONALES

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

1.1.4.2. LEGALES

Ley 6 de 1945, Decreto 2127 de 1945, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1042 de 1978, Decreto 1045 de 1978, Decreto 2400 de 1979, Decreto 3074 de 1968, Decreto 3135 de 1968 articulo 8, Decreto 1848 de 1968 articulo 51, Decreto 1045 de 1968 articulo 25, Decreto 1335 de 1990, Ley 4 de 1992, Ley 332 de 1996, Ley 1437 de 2011, Ley 1564 de 2012, Ley 100 de 1993 artículos 15, 17, 18, 20, 22, 23, 128, 157, 161, 195 y 204; Ley 244 de 1995, Ley 443 de 1998, ley 909 de 2004, Ley 80 de 1993 articulo 32, Ley 40 de 1990 articulo 80, Ley 100 de 1993 artículo 195; Decreto 1250 de 1970 artículos 50 y 71, Decreto 2400 de 1968, Ley 6 de 1945, Decreto 2127 de 1945, Decreto 1950 de 1973 artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242, Decreto 1919 de 2002, artículo 20 del

Código Sustantivo del Trabajo artículos 23 y 24, Ley 1438 de 2008 Art. 59. Decreto 1374 de 2010 y Decreto 3148 de 1968.

II. POSICIÓN DE LAS PARTES

2.1. Demandante

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

El apoderado de la demandante indicó que la entidad con el acto administrativo objeto de nulidad pretende desconocer la naturaleza de su vinculación con el Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E., amparándose en la figura de la prestación de servicios.

Manifestó que, es claro que la contratación por prestación de servicios ha sido contemplada únicamente para aquellos casos donde además de la independencia del contratista se puede evidenciar la ausencia de subordinación, así como la concurrencia de otros factores tales como la prestación presencial y personal del servicio y el pago de salario como remuneración.

Señaló que las funciones desempeñadas por la demandante al interior del Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E. fueron encaminadas al desarrollo de la misión de la entidad, cual es la prestación de salud, además existió personal que en ejercicio del mismo cargo de la demandante fue vinculado directamente a la planta de personal, lo cual demuestra la vocación permanencia del cargo.

Concluyó entonces que se encuentra ampliamente desvirtuada la supuesta prestación de servicios y la independencia del contratista por las siguientes razones:

- La accionante ha laborado, de manera personal y presencial, durante varios años al servicio del Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., de manera personal y presencial.
- Durante toda su vinculación tuvo que cumplir un horario de trabajo de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. incluyendo dos sábados y dos domingos a mes, en forma subordinada, bajo la supervisión y ordenes de sus jefes inmediatos.
- Durante toda su vinculación debió cumplir el reglamento interno del

[3] Ver archivo digital 01Demanda.

hospital, recibió un pago como contraprestación de su labor, el cual se le consignaba a una cuenta de nómina.

- Las funciones desempeñadas por la demandante son de carácter permanente e inherentes a la misión de la entidad.

Respecto de las acreencias y prestaciones se refiere el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos del orden nacional consagrado en diferentes normas como el Decreto 1919 de 2012, la Ley 6 de 1945, el Decreto 2127 de 1945, el Decreto 2400 y 3135 de 1968 y los Decretos 1042 y 1045 de 1978, las cuales deben aplicarse al demandante a quien le asiste derecho al pago de las mismas asignaciones salariales y prestacionales, de conformidad con las prestaciones de la demanda.

2.2. Demandada:

El apoderado de la entidad accionada presentó contestación de demanda[4] y se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, como quiera que el acto acusado no es ilegal y obedece a las facultades que otorga la Ley a las personas que representan los intereses del Estado, por tanto, la facultad nominadora no está en cabeza de la entidad que se demanda.

Aclara al Despacho que entre la demandante y la demandada nunca existió relación laboral, no prestó sus servicios a la entidad como lo interpreta el apoderado y actuó con plena autonomía y conocimiento de la realidad, sin estar sometida a los
Elementos jurídicos de subordinación, horario y salario.

La demandante se vinculó al Hospital mediante varios contratos de prestación de servicios autónomos e independientes entre el 16 de abril de 2012 al 31 de diciembre de 2015, terminados legalmente y pagados al contratista, por ello no es dable tratar de confundir al Despacho sobre las formalidades del contrato que vinculó a las partes, es decir lo que es un contrato de trabajo con uno de prestación de servicios personales regidos por normas de carácter privado.

Señala que, para que una persona adquiera la categoría de servidor público deben concurrir algunos elementos tales como: nombramiento y posesión, debe estar vacante el empleo sobre el que recae el nombramiento y debe existir la disponibilidad en el presupuesto, en consecuencia, arguye que no sabe hasta qué

[4] Ver archivo digital 03RespuestaOficiosAudienciaInicial.

punto sea legal la asignación de los emolumentos que recibe el servidor de una planta de personal.

Respecto del cumplimiento de horario señaló que no necesariamente la imposición de este y la impartición de instrucciones, como expresiones de la subordinación laboral, deben concluir la existencia de una relación laboral. Expresó que estos elementos se interpretan de manera equívoca y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que la obligación de cumplir un horario no es suficiente para que configure la subordinación.

Manifestó que la contratación prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 es legal y la sola suscripción de varios contratos de prestación de servicios no convierten al particular automáticamente en servidor del Estado y reiteró los elementos que se requieren para adquirir tal calidad.

Precisó que la parte demandante deberá probar que en la suscripción de los contratos de prestación de servicios existía otra finalidad distinta al cumplimiento de los cometidos estatales.

Finalmente, solicitó tener en cuenta si en el presente asunto se ha configurado la prescripción de las prestaciones reclamadas.

III. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 8 de febrero de 2019; siendo admitida por auto calendado el 29 de abril de 2019[5], el cual se notificó a la demandada a través del correo electrónico destinado para tal efecto.

Dentro del término de traslado, la entidad accionada contestó la demanda y, una vez transcurrido el término legal, en providencia del 19 de noviembre de 2019 se citó a los apoderados de las partes para celebrar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A.[6].

En la audiencia inicial, que se llevó a cabo el 6 de marzo de 2020[7], se surtieron las etapas correspondientes (saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, posibilidad de conciliación declarándose fallida, se

[5] Ver archivo digital 02AutoAdmite.
[6]/ [7] Ver archivo 03 RespuestaOficiosAudienciaInicial.
[7]

tuvieron como pruebas las documentales aportadas por las partes incorporándose al expediente y hubo un pronunciamiento respecto de las solicitadas en la demanda y su contestación). En ese sentido, se fijó fecha para celebrar la audiencia de pruebas para el día 16 de abril de 2020, fecha en la cual se recaudaron las pruebas decretadas, se declaró precluida la etapa probatoria y el Despacho concedió diez (10) días para que las partes presentaran sus alegaciones finales, indicando que vencido dicho término se proferiría el fallo, conforme a lo dispuesto en el inciso final artículo 181 del C.P.A.C.A.[8]

3.1. Alegatos de Conclusión

3.1.1. Demandante

La parte actora presentó alegatos de conclusión por escrito en tiempo[9], haciendo referencia a las pruebas testimoniales y documentales recaudadas en el proceso y poniendo de presente que son sus compañeros de trabajo quienes conocen de las circunstancias propias de la reclamación y si bien también han reclamado sus derechos esto no debe ser visto como un complot en contra de la administración sino como una delicada situación, una problemática social y laboral que se está presentando frente a la continua vinculación irregular a través de contratos civiles.

Indica que los testigos fueron coincidentes en sus declaraciones y sus manifestaciones igual ya estaban probadas con la documental aportada porque:

a) La existencia en planta del mismo cargo de la actora no está corroborada sólo por los testigos, sino por el manual específico de funciones de la entidad, anexo al presente proceso, donde se establecen incluso las funciones que desarrolla dicho cargo y que son asignadas al personal de planta, de hecho, es la misma entidad quien certifica el grado y el código del cargo desempeñado por la accionante.
b) El porte obligatorio de carné, el cumplimiento de un horario de trabajo (turnos), la responsabilidad sobre las herramientas entregadas por la demandada al demandante, son obligaciones que se evidencia en los mismos contratos de prestación de servicios suscritos y anexos al expediente.
c) El pago regular, periódico y mensualizado, que se prueba también con el acuerdo contenido en los mismos contratos de prestación de servicios.

[8] Ver archivo digital 12ActaAudienciaPruebas
[9] Ver archivo digital 16AegatosDemandante.

Además reiteró los argumentos expuestos en la demanda y señaló que la entidad demandada aceptó que el cargo desempeñado por el accionante existe en su planta de personal, en los contratos de prestación de servicios se evidencia que la entidad le suplía las herramientas para desempeñar las funciones y quedó claro que la demandante debía cumplir un horario de trabajo, seguir órdenes, desempeñar sus funciones en las instalaciones de la entidad y que recibió un salario mensual como contraprestación por sus servicios en una cuenta de nómina.

3.1.2. Demandada

La entidad presentó escrito refiriéndose al régimen presupuestal de las entidades diferentes a las Empresas Sociales del Estado y la composición del presupuesto anual del Distrito. Señaló que los ingresos de la Subred Sur provienen de la venta de servicios de salud y por ende, la adquisición de obligaciones por parte de la misma solo puede realizarse en la medida en que ocurran los referidos eventos de atención, siendo los usuarios la población pobre y vulnerable de Bogotá, sin capacidad de pago.

Señaló las razones por las cuales la entidad acude a la contratación por prestación de servicios, indicando que el servicio de salud no se puede supeditar a la previa creación de los empleos, máxime cuando la ciencia médica ha creado no solo profesiones sino nuevas especialidades y subespecialidades y quienes las estudian, en muchos casos, no están interesados en pertenecer al servicio público, pues, dicha calidad limita la posibilidad de contratar con el mismo Estado y con el sector privado.

Añadió que, el presupuesto no da abasto para dar cubrimiento a la necesidad total de recurso humano para poder cumplir la oferta de servicios de salud para una población potencial de 1.310.442 habitantes del sur de la ciudad. Si los Despachos Judiciales insisten en condenar a la Subred a que los auxiliares de enfermería, los médicos, especialistas y subespecialistas sólo puedan prestarle servicios en calidad de servidores públicos, lo que ocurriría es que la Administración de la Entidad se vería obligada a cerrar las sedes en las que presta servicios a la población de las Localidades de Usme, Tunjuelito II Nivel E.S.E., Nazareth y Ciudad Bolívar.

Posteriormente hizo referencia a la naturaleza de la entidad para señalar que en desarrollo de su misión institucional la SUBRED SUR contribuye con el fortalecimiento de la calidad de vida de los usuarios y al impacto favorable en el entorno social y ambiental de las respectivas Localidades y las personas naturales o jurídicas

vinculadas a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., mediante un contrato de prestación de servicios, como es el caso de la demandante, realizan las actividades con autonomía técnica, administrativa y financiera y sin subordinación; no se les imparten órdenes, simplemente se supervisa y controla el resultado de acuerdo con las obligaciones específicas que se plasmaron en el contrato suscrito por el contratista y frente a los objetivos de la entidad, y no el cómo se realiza; existe autonomía para fijar las condiciones del cumplimiento del servicio y tienen derecho al pago de los honorarios expresa y previamente convenidos en los respectivos contratos.

3.1.3. Ministerio Público

La Representante del Ministerio Público no emitió concepto alguno.

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.

4.1. PROBLEMA JURÍDICO[10]

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

> *"… consiste en establecer si los contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora Rosa María Bulla Cano 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

[10] Ver fl. 121 vto. del exp.

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.*
>
> *En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable". (Subrayas fuera de texto).*

Conforme con 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:

"3. Características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.

*El **contrato de prestación de servicios** a que se refiere la norma demandada se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:*

***a.** La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.*

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "... Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley".

***b.** La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.*

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. *La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.*

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

"(...)".

Como bien es sabido, el ***contrato de trabajo*** *tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure* ***se requiere de 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 ordenes 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 esa 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 horarios de trabajo para la prestación del servicio****, se tipifica el contrato de trabajo con derecho a 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 del Despacho).

De acuerdo con 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 I) 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. En ese sentido, para desvirtuar el contrato de prestación de servicios se deben acreditar tres elementos característicos de toda relación laboral, así lo manifestó el H. Consejo de Estado en la providencia del 17 de abril de 2008[11], cuando señaló:

> *"(…)*
>
> *Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador y, en ese evento, surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales (art. 53 C.P.).*
>
> *Esta Corporación ha reiterado en fallos como el de 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente 0245, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador. Razonó de la siguiente manera:*
>
> *"De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.*
>
> *(...).*
>
> *De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los períodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados."*
>
> *Tal tesis, se contrapone a jurisprudencia anterior en la que se sostuvo que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que exista un sometimiento a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación. Así lo estipuló la sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado de 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, en la que concluyó:*
>
> *"… si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.* ***En vez de una subordinación lo***

[11] Expediente 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05) C. P. Jaime Moreno García.

que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales." *(Se destaca).*

Este razonamiento fue replanteado por la Sección Segunda, que en fallos como el inicialmente citado de 23 de julio de 2005, volvió a la tesis primigenia que había sido trazada por la Sección en sentencia de 18 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Flavio Rodríguez Arce (Exp. 11722 - 1198/98). La Sala ha hecho prevalecer, entonces, la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, cuyos supuestos fácticos deben ser materia de prueba.

(…)".

Posteriormente, esa misma Corporación[12] en Sentencia de Unificación de fecha 25 de agosto de 2016[13], sobre los elementos que desvirtúan la existencia de un contrato de prestación de servicios dispuso:

"(…)

De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado "contrato realidad" aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales[14].

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda[15] recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (I) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión. (…)".

[12] Consejo de Estado, sentencia del 19 de febrero de 2009, C.P. Doctora: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

[13] CONSEJO DE ESTADO, M.P. CARMELO PERDOMO CUÉTER, Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

[14] Nota interna. En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10).

[15] Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

En la citada Sentencia de Unificación Jurisprudencial estableció las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva y de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad:

I. *Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.*

II. *Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro-operario, no regresividad y progresividad.*

III. *Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.*

IV. *Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).*

V. *Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una 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 la demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador*.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados.

Finalmente, en sentencia de 9 de septiembre de 2021[16], la Sección Segunda del Consejo de Estado unificó la posición sobre: i) la temporalidad, ii) el término de solución de continuidad entre contratos y iii) la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud en las relaciones laborales encubiertas o subyacentes.

Argumentos que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de 19 de noviembre de 2021[17] resumió y que el Despacho retoma, así:

En primer lugar, sobre la **temporalidad** de los contratos de prestación de servicios reiteró que de conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 pueden celebrarse dichos contratos cuando su objeto y/o actividades no estén relacionadas con el funcionamiento de la entidad o no puedan desarrollarse con el personal de planta o se requiera de conocimientos especializados, lo que traduce necesariamente que dichas tareas son de manera temporal, es decir, su contratación no puede ser indefinida si no por el tiempo "estrictamente indispensable".

En segundo término, precisó que por regla general **no habrá solución de continuidad** cuando entre los contratos de prestación de servicios existan interrupciones inferiores a 30 días hábiles. No obstante, aclaró que este término no es "una camisa de fuerza" que impida tener en cuenta un mayor período de

[16] C.E., Sec. Segunda, Sent. 2013-01143-01, SUJ-025-CE-S2-2021, sep. 9/2021.
[17] Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda – Subsección, 19 de noviembre de 2021, Magistrada Ponente: Dra. Patricia Victoria Manjarrés Bravo. Sentencia No. 205

interrupción, definición que deberá adoptar el juez en cada caso conforme los elementos de juicio que tenga a su disposición; sobre el particular señaló:

> *"150. Como se indicó en el apartado anterior, aunque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, sin que este, se itera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral".*

Como complemento de lo anterior, el Consejo de Estado realizó las siguientes recomendaciones:

> *"152. Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurran todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral,* ***se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades****.*
>
> *153. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse" (Resaltado del Tribunal).*

Finalmente, **sobre la devolución de mayores aportes a la Seguridad Social en salud efectuados por el contratista**, sostuvo que por tratarse de contribuciones parafiscales resulta improcedente su devolución ya que su finalidad era garantizar la prestación de los servicios de salud.

Las anteriores reglas objeto de unificación el Consejo de Estado las sintetizó en los siguientes términos:

> *"167. La primera regla define que el «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal u ocasional y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.*
>
> *168. La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del plenario.*

169. La tercera regla determina que, frente a la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal".

4.3. Solicitud de Tacha de testimonios

Antes de adentrarnos a resolver el caso concreto, el Despacho se pronunciará respecto de la solicitud propuesta por el apoderado de la entidad accionada contra los testimonios recaudados y que fueron solicitados por la parte demandante, al considerar que como las señoras Jenifer Mosquera Possu, y Mónica Esperanza Lozano Murcia también tienen demanda en contra de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., y la demandante es testigo en cada uno de sus procesos, sus declaraciones carecen de imparcialidad.

Para resolver, se señala que el artículo 211 del C.G.P., dispone en relación con 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 Estado[18], consideró lo siguiente:

"*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 de acuerdo con lo manifestado, si bien la demandante fue o va a ser citada dentro de sus controversias como testigo, esto no impide su valoración 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

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

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 dar fe de tales aspectos.

El despacho advierte que la prueba testimonial recaudada en la instancia no tiene tinte alguno de interés en las resultas 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.

Hechas las anteriores precisiones se pasará a resolver el caso concreto, valorando en conjunto las pruebas documentales y testimoniales, conforme con las consideraciones anteriores.

4.3. CASO CONCRETO

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

- Con reclamación administrativa del 5 de octubre de 2018 la parte demandante solicitó a la Subred Integrada de Servicios de Salud SUR E.S.E., el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales a que tiene derecho, causadas entre el 16 de abril de 2012 hasta 31 de diciembre de 2015[19].
- Se aportan recibos de pago por aportes a seguridad social de la demandante para los años 2012 a 2015.

Conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado, arriba enunciada, para que se configure el contrato de trabajo se requiere de: (i) la existencia de la prestación personal del servicio, (ii) la continuada subordinación laboral y (iii) la remuneración como contraprestación.

PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO

[19] Ver archivo digital 01Demanda.

El material probatorio obrante en el expediente permite determinar que la señora ROSA MARÍA BULLA CANO suscribió con el Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E. los siguientes contratos de prestación de servicios:

	CONTRATO	**EJECUCIÓN**	**OBJETO**	**VALOR MENSUAL**	**Archivo 05Memorial20200716**
1	OPS 1290 de 2012	19 a 30 de abril de 2012	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$376.000	Fl. 30 – 33
2	OPS 1608 de 2012	2 de mayo a 30 de junio de 2012	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.880.000	Fl. 53 – 56
3	OPS 2221 de 2012	3 a 31 de julio de 2012	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$940.000	Fl. 76 – 79
4	OPS 2910 de 2012	8 a 31 agosto de 2012	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$720.667	Fl. 86 – 89
5	OPS 3263 de 2012	3 a 30 de septiembre de 2012	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$940.000	Fl. 98 – 101
6	OPS 3800 de 2012	1 a 31 de octubre de 2012	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$940.000	Fl. 112 - 115
7	OPS 4341	1 a 31 de noviembre de 2012	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$940.000	Fl. 124 - 127
8	OPS 4916	3 a 31 de diciembre de 2012	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.414.877	Fl. 136 - 139
9	OPS 263	2 a 31 de enero de 2013	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.414.877	Fl. 168-171
10	OPS 895	1 a 28 de febrero de 2013	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.414.877	Fl. 182-185
11	OPS 1532	1 de marzo a 31 de mayo de 2013	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$4.348.200	Fl. 194-197
12	OPS 2233 y adición valor y plazo	4 a 30 de junio de 2013	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.449.400	Fl. 225-228, 230
13	OPS 2892	2 a 31 de julio de 2013	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.449.400	Fl. 244 a 247
14	OPS 3556, prórroga y adición valor	1 a 31 de agosto de 2013	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.449.400	Fl. 255 a 258, 260
15	OPS 4243 y adición valor	2 a 30 de septiembre de 2013	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.500.000	Fl. 268 – 271
16	OPS 4947 y adición valor	1 a 31 de octubre de 2013	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.500.000	Fl. 286 – 289
17	OPS 5641	1 a 14 de noviembre de 2013	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$700.000	Fl. 299 – 302
18	OPS 6048 y 2 adiciones valor	2 a 31 de diciembre de 2013	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.500.000	Fl. 312 – 315, 308, 310
19	OPS 320	2 a 31 de enero de 2014	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.500.000	Fl. 338 – 341
20	OPS 1020	3 a 29 de febrero de 2014	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.500.000	Fl. 348 a 351
21	OPS 1799	3 a 31 de marzo de 2014	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.500.000	Fl. 358 a 361
22	OPS 2291	1 a 30 de abril de 2014	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.500.000	Fl. 373 a 376
23	OPS 2633	2 a 31 de mayo de 2014	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.500.000	F. 385 – 388
24	OPS 2998	3 a 30 de junio de 2014	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.500.000	Fl. 396 – 399
25	OPS 3638	1 a 31 de julio de 2014	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.500.000	Fl. 412 a 415
26	OPS 4396	1 a 31 de agosto de 2014	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.500.000	Fl. 417 a 420
27	OPS 5121	1 a 30 de septiembre de 2014	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.500.000	Fl. 434 a 437
28	OPS 5851 y adición al valor	1 a 31 de octubre de 2014	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.500.000	Fl. 449 a 452
29	OPS 6548	4 a 30 de noviembre de 2014	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.500.000	Fl. 462 - 465
30	OPS 7282 y adición den valor	1 a 31 de diciembre de 2014	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.500.000	Fl. 473 a 476
31	OPS 289	2 a 31 de enero de 2015	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.500.000	Fl. 507 – 510

32	OPS 1001	2 de febrero a 31 de marzo de 2015	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$3.000.000	Fl. 518 – 519
33	OPS 1765	1 abril a 30 de junio de 2015	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$4.664.700	Fl. 537 - 538
34	OPS 2583	1 de julio a 30 de septiembre de 2015	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$4.664.700	Fl. 558 – 559
35	OPS 3482	1 a 31 de octubre de 2015	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.554.900	Fl. 578 – 579
36	OPS 4302	3 a 30 de noviembre de 2015	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.554.900	Fl. 586 – 587
37	OPS 5134	1 a 31 de diciembre de 2015	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.554.900	Fl. 589-590
	OPS 349	4 a 30 de enero de 2016	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	$1.554.900	Fl. 639 – 640
	Último contrato sin firma demandante ni constancia de pago				

La prueba anteriormente relacionada, permite establecer que efectivamente la señora ROSA MARÍA BULLA CANO prestó sus servicios de manera ininterrumpida y personal al Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E., desde el **19 de abril de 2012 a 31 de diciembre de 2015** y conforme con los contratos suscritos que obran todos contaban con igual objeto que fundamentalmente era para desarrollar actividades como auxiliar de enfermería.

Debe indicarse que aunque obran dos certificaciones según la cuales la demandante laboró desde el **19 de abril de 2012 a 31 de octubre de 2014 y desde el 4 de diciembre de 2014 a 31 de enero de 2016** (aportada como respuesta a un oficio librado por el Despacho) y otra en la cual consta que laboró ininterrumpidamente **desde el 19 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015** (aportada con la demanda), corroboradas las órdenes de prestación de servicios se evidencia que no existió interrupción alguna en el periodo 19 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015 y que el contrato 349 de 4 de enero de 2016 no fue suscrito por la demandante, aunque obra certificado presupuestal no hay constancia de pago alguno[20].

Véase que en todos las ordenes de prestación de servicios se prohibía subcontratar o ceder el contrato, con lo cual se reafirma que para su cumplimiento era la demandante quien de manera personal debía cumplir con las obligaciones encomendadas.

Lo anterior encuentra refuerzo con lo declarado por las testigos, quienes manifestaron haber laborado durante el periodo en el cual la demandante prestó sus servicios como auxiliar de enfermería, indicando que ella estuvo vinculada para todo el periodo por medio de contratos de prestación de servicios, que debía realizar sus actividades de manera personal, como: asistir a las casas, pesar, tallar y tomar signos vitales de sus habitantes, apoyar en las jornadas de vacunación y caracterizar a las familias más vulnerables, desplazándose al Hospital Tunjuelito II

[20] Ver archivos digitales 01Demanda y 03RespuestaOficiosAudienciaInicial.

Nivel E.S.E., lugar desde donde los transportaban a los territorios que eran indicados por la enfermera jefe.

RETRIBUCIÓN DEL SERVICIO

De conformidad con los contratos en los que se estipula *"FORMA DE PAGO.- El valor de la Orden será cancelado por el Hospital mediante pagos realizados por el Sistema Automático de Pagos — S.A.P., así: Un pago mensual previo visto bueno por parte del supervisor habiéndose cancelado los aportes por concepto de salud y pensión vigentes al respectivo mes"*, las certificaciones aportadas se acredita que la señora ROSA MARÍA BULLA CANO estuvo vinculada al Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E. bajo la modalidad de ordenes de prestación de servicios como auxiliar de enfermería lo que, aunado a los certificados de cumplimiento de contrato que reposan en el expediente, evidencian que la demandante estuvo percibiendo unos honorarios mensuales por cada uno de los contratos firmados y ejecutados, que fueron relacionados en el cuadro anterior, siendo el último contrato pagado por un valor mensual de $1.554.900. Lo que sin duda muestra la retribución del servicio personal prestado.

Igualmente, la prueba testimonial refiere que el pago realizado por el hospital Tunjuelito era mensual, a través de consignación.

CONTINUADA SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA

La existencia de este elemento de la relación laboral, se puede evidenciar en los contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante y la entidad accionada, donde se encuentran claramente enumeradas sus obligaciones tanto generales -enlistadas en el contrato- como especiales (relacionadas en las certificaciones mensuales de actividades) para con el Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E., para la prestación de los servicios contratados desde el 19 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015.

Obra además certificaciones mensuales de las actividades realizadas por la demandante, en las cuales consta un horario de trabajo establecido para septiembre, octubre de 2012 y agosto de 2013[21], para los demás periodos lo que se evidencia es el cumplimiento de unas horas. Véanse las certificaciones de actividades: 184 horas para el mes de junio de 2013, para julio del mismo año 202 horas, 192 horas en agosto y diciembre de 2013, enero y febrero de 2014, 203 horas en marzo de 2014, 197 horas en abril de 2014, 154 horas en mayo de 2014, 181,5 horas en junio, julio de 2014, 187.5 en agosto de 2014, 163.5 en septiembre de 2014,

[21] Ver fl. 109, 120, 266 Archivo digital 05Memorial20200716.

178.5 en octubre de 2014, 174.5 horas en noviembre de 2014, 184 horas en diciembre de 2014, 184 horas en febrero, marzo, abril de 2015, 172 horas en mayo, junio de 2015, 176 horas en julio de 2015, 178 horas en agosto de 2015, 188 horas en septiembre de 2015, 180 horas en octubre de 2015, 154.1 en noviembre de 2015, 184 horas en diciembre de 2015, (Archivo 05, fl. 235, 253, 296, 346, 356, 367, 382, 394, 405, 425, 432, 443, 459, 470 484, 525, 548, 552, 564, 568, 576, 584, 603, 597), lo cual implicó una jornada mínima de 8 horas diarias.

Lo anterior permite corroborar que en efecto la demandante debía cumplir una jornada laboral para el desempeño de sus actividades y así lo declaran las testigos citadas en la actuación.

De igual manera, refieren que las labores a desempeñar eran fijadas por una enfermera jefe, no podían ser realizadas de manera autónoma, sino bajo un cronograma elaborado por el Hospital, lo cual encuentra sustento en las ordenes de prestación de servicios en la cual se consigna que *"la supervisión del presente contrato estará a cargo del ENFERMERA (sic), quien certificará el cumplimiento de las actividades"*.

Las declaraciones confrontadas con las pruebas documentales aportadas al proceso permiten concluir:

- La prestación personal e ininterrumpida de los servicios de la demandante en el Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E. - hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. en el periodo comprendido entre **19 de abril de 2012 a 31 de diciembre de 2015**.

- Que durante el periodo antes indicado, la señora ROSA MARÍA BULLA CANO, fue contratada en la modalidad de órdenes de prestación de servicios por parte del otrora Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E. hoy Subred de Servicios de Salud Sur E.S.E, para realizar una actividad de carácter permanente de la entidad (promoción y prevención en salud), con el fin de desconocer sus obligaciones prestacionales, afectando sus derechos legales y prestacionales, según los parámetros normativos y jurisprudenciales referenciados en la parte considerativa de la presente providencia.

- El cumplimiento de un horario o de unas horas mensuales en las que la accionante realizó sus actividades, que de acuerdo con lo manifestado por las testigos y las certificaciones obrante requería un servicio diario de mínimo 8 horas.

- Conforme con lo certificado por la Subred desde el año 2005 existe el cargo que se denomina "AUXILIAR ÁREA DE SALUD" Código 412, Grado 17 y, lo que se evidencia en el aparte del Acuerdo 009 de 2015 que modifica el Manual Específico de funciones del Hospital Tunjuelito II Nivel ESE[22], es que el propósito principal era *"Desarrollar acciones propias de auxiliar de enfermería al individuo, familia y* ***comunidad a través de la aplicación de guías, protocolos, manuales y lineamientos institucionales y normativos vigente****".*

- Respecto de las funciones, encontramos lo siguiente:

Informe mensual de actividades	**Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales**
Conforme con las certificaciones de actividades mensuales, las actividades desarrolladas por la demandante eran las siguientes: Territorialización, identificación, caracterización y categorización de las poblaciones: -asesoría integral en casa a familias para caracterización y plan familiar -actualización de novedades y seguimiento, seguimiento adicional y plan de salud. - vacunación y promoción de aseguramiento	1) Realizar actividades de enfermería asignadas de acuerdo a los programas y planes operativos. 2) Distribuir las historias clínicas en cada consultorio. 3) Administrar medicamentos de acuerdo con la prescripción médica y la asignación de la enfermera jefe. 4) Entrevistar y preparar al paciente de acuerdo a la consulta e impartiendo la educación requerida. 5) Educar al individuo, familia y comunidad en los aspectos de prevención, promoción, tratamiento de los principales problemas de salud que afectan la población del área de influencia. 6) Realizar el registro diario y consolidado mensualmente de actividades realizadas. 7) Realizar las acciones de salud pública de su responsabilidad en la promoción de la salud, prevención de la enfermedad, tratamiento, rehabilitación y vigilancia en salud pública a nivel intra y extramural, necesarios en los diferentes grupos del ciclo evolutivo y de acuerdo con la normatividad vigente. 8) **Realizar notificación y seguimiento de eventos de salud pública detectados intra y extramural proporcionando información oportuna y veraz sobre los eventos de salud pública**. 9) Realizar actividades de vacunación de acuerdo a las normas vigentes del PAI. 10) Desempeñar las demás funciones relacionadas con la naturaleza del cargo y el área de desempeño.

Se puede evidenciar conforme con las certificaciones de actividades obrantes que la demandante desarrollaba funciones contenidas en el manual de funciones de la entidad, que se pueden verificar en los numerales 1), 5), 6), 7), 8) extramural, 9). Se precisa que, aunque las labores

[22] Ver folio 6 y 8 del Archivo 03RespuestaOficiosAudienciaInicial

de la demandante eran efectuadas por fuera del hospital, el manual de funciones establece el seguimiento de eventos de salud pública detectados intra y ***extramural***, que sería aplicable para el caso en estudio.

- Igualmente, se arrimó certificación expedida por el Subgerente Corporativo de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., en donde se indica que el empleo de auxiliar área de la salud, código 412, Grado 17, para los años 2012 a 2017 presenta los siguientes sueldos y prestaciones; asignación básica para 2012 $1.397.041; 2013 $1.452.085; 2014 $1.504.941; 2015 $1.582.596; 2016 $1.713.477 y 2017 $1.835.991, con los siguientes factores salariales: prima de antigüedad, recargos, dominicales y festivos, prima semestral, prima de vacaciones, bonificación especial de recreación, prima navidad, vacaciones, bonificación por servicios, reconocimiento por permanencia, cesantías, intereses a las cesantías[23].

- La dependencia y subordinación de la demandante con el Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E. - hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., por cuanto, debía cumplir horario, recibía órdenes de tiempo, modo y lugar y al ausentarse de su lugar de trabajo debía solicitar la autorización al jefe inmediato, pues, no podía delegar de forma autónoma sus funciones.

- La remuneración recibida conforme con la prestación de servicios, de acuerdo con lo pactado en cada uno de los contratos suscritos por las partes, en calidad de honorarios mensuales, conforme con lo consignado en las ordenes de prestación de servicios, en los que se consigna "*: Un pago mensual previo visto bueno por parte del supervisor habiéndose cancelado los aportes por concepto de salud y pensión vigentes al respectivo mes*".

- La existencia de 37 órdenes de prestación de servicios, suscritas entre la demandante y el Hospital Tunjuelito II Nivel, de manera sucesiva, entre el **19 de abril de 2012 a 31 de diciembre de 2015**, evidenciándose así, por parte de la entidad demandada el ánimo de emplear de modo permanente y continúo sus servicios, tal como consta en cada uno de los contratos aportados y certificados por la entidad.

Extraño es que en una relación en la que se supone una total autonomía e independencia en desarrollo de la actividad contratada, se exija el cumplimiento de horario de trabajo en un lugar específico lo que demuestra el control y supervisión de la Entidad sobre la labor de la demandante, desvirtuándose así estas

[23] Ver fl. 13 del archivo digital 03RespuestaOficiosAudienciaInicial.

en la prestación de los servicios contratados y superando bajo tales circunstancias el tema de la coordinación necesaria en desarrollo de la actividad contractual, aludida en la demanda y en los alegatos de conclusión por la entidad.

Debe precisarse como inicialmente se planteó, que el servicio prestado por la demandante corresponde a una labor permanente y misional de la entidad, las funciones desarrolladas son propias de la naturaleza del empleo público previsto dentro de su planta de personal, toda vez, que conforme lo Certifica la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, el cargo de auxiliar área de la salud existe desde el año 2005 dentro de la planta de personal del ente de salud.

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 enfermería, surgiéndole el derecho a que sea reconocida su relación laboral, confiriéndole al contratista las prerrogativas de orden prestacional.

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

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

> *"(...)*
> ***En este orden de ideas, la Sala considera oportuno y necesario precisar cuál es el criterio imperante** para el reconocimiento de la reparación de los daños derivados de la existencia del contrato realidad, dependiendo si las actividades contratadas bajo la modalidad de prestación de servicios son iguales a las funciones asignadas a empleos*

> *existentes en la planta de personal de la entidad o si no lo son, pues según el caso, el parámetro objetivo para la tasación de perjuicios podrá variar, en aplicación de los principios laborales de igualdad de oportunidades y remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, derivados del artículo 53 de la C.P.*
>
> *En tal sentido, dirá la Sala que los honorarios pactados son el criterio imperante cuando el cargo desempeñado por el contratista no existe en la planta de personal, pues en razón a la inexistencia del cargo, dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios".*
>
> *Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse* ***que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad*** *que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad.(…)."*

En esa medida, actualmente las prestaciones sociales que son reconocidas a las personas que fueron vinculadas mediante contratos de prestación de servicios y que logran demostrar la existencia de una relación laboral, lo son a título de restablecimiento del derecho, pues aunque queda desvirtuada la vinculación como contratista para dar lugar a una de carácter laboral, dicha vinculación no puede tener la misma connotación que la del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, en el entendido que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como los presupuestos de ley (nombramiento, posesión) requisitos que no se observan en la situación concreta del 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, acreditada la existencia en planta del cargo de auxiliar área salud, código 412, grado 17, acogiendo la motivación de la sentencia de unificación las prestaciones se liquidarán con base en la asignación básica percibida en dicho cargo.

Por lo anterior, esta Agencia Judicial **declarará la nulidad** del oficio 201803510246081 OJU-E-3218-2018 de 23 de octubre 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 ROSA MARÍA BULLA CANO y el Hospital Tunjuelito II 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 al actor los **emolumentos y prestaciones sociales devengados por el personal de planta que se hayan causado,** en los periodos que se advierten más adelante, tomando como fundamento el salario devengado por un auxiliar área salud, código 412, grado 17.

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 **19 de abril de 2012 y el 31 de diciembre de 2015,** el IBL del salario para el cargo auxiliar área salud, código 412, grado 17, 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 demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado Sistema de Seguridad Social durante su vínculo contractual 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.

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.

El Despacho advierte que, en la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado de 25 de agosto de 2016, se señaló igualmente un término razonable de 3 años a partir de la terminación del vínculo contractual.

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 la citada Sentencia de Unificación

Jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, estableció las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad:

- No aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, lo que no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el contratista, por ser un beneficio económico que no influye en el derecho pensional, *como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.*
- No hay caducidad en la reclamación de los aportes pensionales al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad.

En el caso bajo estudio, se observa que el último contrato celebrado entre la señora ROSA MARÍA BULLA CANO y el Hospital Tunjuelito II Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. finalizó el 31 de diciembre de 2015 y radicó la reclamación administrativa de sus prestaciones sociales y salariales el 5 de octubre de 2018[24], es decir dentro del término de los tres (3) años, sin que operara la excepción de prescripción formulada por el apoderado de la entidad accionada.

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,

F A L L A

PRIMERO: Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del Oficio con Radicado 201803510246081 OJU-E-3218-2018 de 23 de octubre de 2018, mediante el cual se negó la existencia de una

[24] Ver fl. 27 Archivo digital 01Demanda.

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 ROSA MARÍA BULLA CANO identificada con cédula de ciudadanía No. 52.099.682, **todos los emolumentos y prestaciones sociales devengados por un empleado de planta de la entidad y que se hayan causado, en el periodo comprendido entre el 19 de abril de 2012 a 31 de diciembre de 2015**, tomando como fundamento el salario devengado por un auxiliar área salud, código 412, grado 17.

b) A reconocer, liquidar y pagar a la accionante **las diferencias resultantes en los aportes al Sistema de Seguridad Social, por el periodo comprendido entre el 19 de abril de 2012 a 31 de diciembre de 2015,** 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, se deberá tener en cuenta 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 demandante, 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: Una vez en firme esta sentencia devuélvase a la parte actora el remanente de los gastos procesales, si hubiese lugar al mismo, y archívese el expediente, dejando las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez