

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CINCUENTA Y CINCO (55) ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintidós (2022)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
PROCESO N°.	11001-33-42-055-2018-00134-00
DEMANDANTE:	PABLO ANTONIO VEGA
DEMANDADO:	SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR - E.S.E.
TEMA:	CONTRATO REALIDAD
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA N°. 058

Procede el despacho a dictar la sentencia que en derecho corresponde, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, presentada por el señor Pablo Antonio Vega, a través de apoderado judicial, en contra de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., formulando las siguientes pretensiones:

PETICIONES

PRIMERA: Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio **No OJU-E 2008-2017 de fecha 31 octubre de 2017**, suscrito por la Doctora **GLORIA EMPERATRIZ BARRERO CARRETERO**, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la "**SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**" por medio de la cual se **NEGO** el pago de las Acreencias Laborales derivadas de la existencia de un contrato de trabajo realidad que existió entre el **HOSPITAL TUNAL III NIVEL, HOY "SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E."** y el señor **PABLO ANTONIO VEGA**, entre el periodo comprendido del día **1 DE MARZO 2008 HASTA 31 DE OCTUBRE DE 2015** y que mutó en una relación jurídica de índole laboral.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad precedente singularizada y **previa declaratoria de la existencia del contrato de trabajo realidad se CONDENE** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE** a pagarle a mi representado **PABLO ANTONIO VEGA**, a título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** los siguientes conceptos:

a. A título de reparación del daño, las diferencias salariales existentes entre los servicios remunerados por prestación de servicios y los salarios legales y convencionales pagados en la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** a los **AUXILIARES DE ENFERMERIA APH-MOTO desde 1 DE MARZO 2008 HASTA 31 DE OCTUBRE DE 2015** normas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4° art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

b. Que pague a título de indemnización el valor equivalente al auxilio de las **Cesantías** causadas durante todo el tiempo de prestación de servicios liquidado con la asignación legal asignada al cargo de **AUXILIARES DE ENFERMERIA APH-MOTO** de la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. 1 DE MARZO 2008 HASTA 31 DE OCTUBRE DE 2015** sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4° art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

c. Los **Intereses a la Cesantías** causados sobre los saldos que arroje la liquidación del auxilio a las cesantías año por año conforme al literal anterior.

d. Que pague a título de indemnización el valor equivalente a las **Primas de carácter legal de SERVICIOS** de Junio y diciembre de cada año causadas **1 DE MARZO 2008 HASTA 31 DE OCTUBRE DE 2015** sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4° art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

e. Las **Primas de carácter Extralegal de Navidad** de cada año. causados **1 DE MARZO 2008 HASTA 31 DE OCTUBRE DE 2015** sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4° art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

f. Las **Primas de carácter Extralegal de Vacaciones** de cada año causadas **1 DE MARZO 2008 HASTA 31 DE OCTUBRE DE 2015**, sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4° art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

g. La **compensación en dinero de las vacaciones** causadas que no fueron otorgadas ni disfrutadas en tiempo ni compensadas en dinero, sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4° art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

h. A título de reparación del daño los porcentajes de cotización correspondientes a los aportes en SALUD Y PENSION que le correspondía realizar a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** y que debió cancelar al Fondo pensional y a la E.P.S. **1 DE MARZO 2008 HASTA 31 DE OCTUBRE DE 2015** sumas que deben ser ajustados en los términos del inciso 4 art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

i. La devolución del importe de la totalidad de los descuentos realizados por la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** a el señor **PABLO ANTONIO VEGA**, durante la prestación de los servicios por concepto de retención en la fuente.

j. La **indemnización extralegal por el despido Injusto** con ocasión del retiro del servicio de mi mandante sin Justa causa y sin que mediara comunicación escrita para el efecto.

k. **La Indemnización contenida en la ley 244 de 1995 artículo 2°** a razón de un día de asignación de salario por cada día de mora en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales legales, extralegales y cesantías reclamadas hasta cuando se produzca el pago reclamado.

l. La **indemnización prevista en el parágrafo 1° del artículo 29 de la ley 789 de 2002.** Denominada salarios moratorios por falta en el pago oportuno de los aportes a la seguridad social y parafiscales de los últimos tres meses, en razón de un día de salario por cada día de retardo en sufragar los aportes parafiscales de los tres últimos meses anteriores a la terminación del contrato, del señor **PABLO ANTONIO VEGA** y hasta cuando acredite el pago de los aportes.

m. **Sanción moratoria** por la falta de pago oportuno de los intereses a las cesantías, ley 52 de 1975 decreto reglamentario 116 de 1976, ley 50 de 1990, Ministerio de la protección social concepto 106816 de 22 de abril de 2008.

n. **Indemnización de perjuicios** El valor correspondiente en dinero establecido por el juez por el incumplimiento en el suministro de calzado y vestido de labor, ante la insatisfacción de las dotaciones habituales.

o. Las cotizaciones en forma retroactiva la Caja de compensación Familiar CAFAM durante el tiempo que laboro la demandante es decir **1 DE MARZO 2008 HASTA 31 DE OCTUBRE DE 2015** dichas sumas deberán ser ajustadas conforme al inciso 4° art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

p. Que se condene al demandado al pago de la indemnización que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no afiliar a la demandante al Fondo Nacional del Ahorro, ni haber efectuado las consignaciones de las cesantías a este.

TERCERA: Condénese a la entidad demandada que pague al señor **PABLO ANTONIO VEGA**, la suma de **100 salarios mínimos** legales mensuales vigentes por concepto de **daños morales**.

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

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

SEXTA: Se **DECLARE** que el tiempo laborado por el señor **PABLO ANTONIO VEGA**, identificado con la ciudadanía número 19.432.893 Bogotá; bajo la modalidad de contratos Sucesivos denominados de "arrendamiento de servicios de carácter privado" y de "prestación de servicios" con la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, se deben computar para efectos pensionales, **ORDENANDO** emitir la Certificación laboral para el efecto.

SEPTIMA: Se **COMPULSEN** copias de la sentencia dirigidas al Ministerio de Trabajo para que imponga **MULTA** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** contenida en la Ley 1429 de 2010 artículo 63, por haber contratado a El demandante **PABLO ANTONIO VEGA**, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.432.893 de Bogotá: a través de Contratos de arrendamiento de servicios personales de carácter privado y de prestación de servicios en forma constante ininterrumpida y habitual.

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

I. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos fueron estudiados y señalados, en la audiencia inicial de 30 de septiembre de 2019, como consta en acta y CD visibles a folios 129-133 y 141 del expediente, así:

1.- El señor Pablo Antonio vega, se vinculó con la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., a través de contratos de prestación de servicios.

2.- El Hospital Tunal Empresa Social del Estado hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., jamás le realizó anticipos económicos al accionante por los contratos celebrados.

3.- Durante el tiempo que laboro el señor Pablo Antonio vega, el Hospital Tunal Empresa Social del Estado, no le reconoció ni pago prestaciones sociales.

4.- El demandante no podía delegar funciones a alguna persona de su elección, y para ausentarse debía pedir autorización.

5.- El señor Pablo Antonio vega, siempre utilizó las herramientas dadas por el hospital para desarrollar su actividad como AUXILIAR DE ENFERMERIA APH-MOTO, pues nunca llevo papelería, equipos, herramientas o suministro para desarrollar sus funciones.

6.- El señor Pablo Antonio vega, presentó petición el 18 de octubre de 2017, radicó derecho de petición ante la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ES.E., solicitando el pago de prestaciones sociales por todo tiempo laborado, interrumpiendo el término de prescripción (fls. 5-10).

7.- La entidad dio respuesta con el Oficio N°. OJU-E-2008-2017 del 31 de octubre de 2017 con radicado del 1 de noviembre de 2017, suscrito por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., negando lo solicitado por el demandante (fls. 11-18).

I. NORMAS TRANSGREDIDAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante manifestó como normas trasgredidas:

De orden constitucional: los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 125, 126, 209, 277 y 351-1.

De orden legal: el Decreto 3074 de 1968, Decreto 3135 de 1968 artículo 8, Decreto 1848 de 1968 artículo 51, Decreto 1045 de 1968 artículo 25, Decreto 01 de 1984, Decreto 1335 de 1990, Ley 4 de 1992. Ley 332 de 1996, Ley 1437 de 2011, Ley 1564 de 2012, Ley 100 de 1993, en sus 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 artículo 32, Ley 50 de 1990 artículo 99, Ley 4 de 1990 artículo 8°, Ley 100 de 1993 artículo 195; Ley 3135 de 1968; Decreto 1250 de 1970 artículos 5° y 71, Decreto 2400 de 1968 artículos 26, 40, 46 y 61, Decreto 1950 de 1973 artículos 108, 180, 215. 240, 241 y 242, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1919 de 2002 artículo 2°, y Código Sustantivo del Trabajo artículos 23 y 24.

En cuanto al concepto de violación, la parte demandante sostuvo que la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., pretende desconocer la relación laboral que existió con el demandante quien ostentó el cargo de Auxiliar de Enfermería APH – Moto, desde el 1 de marzo del 2008 hasta el 31 de octubre del 2015, aclarando que pretendió esconder una relación laboral, y con el fin de no realizar contratación directa del señor Pablo Antonio Vega, utilizó ordenes de prestación de servicio, contratación con Cooperativas de Trabajo Asociado; teniendo entonces, que el principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los intervinientes en una relación laboral opera plenamente para este asunto, ya que al haberse escondido la realidad, se concretará la protección del derecho al trabajo y demás garantías laborales.

En ese sentido, afirmó que su representada cumple con los presupuestos de una relación laboral como lo ha establecido por el Consejo de Estado, pues existió la prestación personal del servicio, una remuneración y subordinación.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA

Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

La Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., contestó la demanda el 19 de diciembre de 2018, y se opuso a cada una de las pretensiones, atendiendo a que el hospital en los contratos aplicó las condiciones y requisitos establecidos y lo que pretende el demandante, es desconocer la Ley 80 de 1993.

Señaló que, no se demostraron los elementos de subordinación y permanencia, luego, no se puede presumir que existe un contrato laboral. Sumado a que, el demandante firmó de forma voluntaria y consciente los contratos temporales de prestación de servicios, en los que se estipulaba que entre las partes no mediaba relación laboral.

Manifestó que, en la celebración de los contratos de servicios entre el demandante y el Hospital Tunal III Nivel E.S.E., siempre se garantizaron los derechos del contratista, nunca existió subordinación, ni dependencia, se realizaron los pagos de honorarios y se cumplieron a cabalidad las cláusulas estipuladas, sin que ello genere un contrato laboral.

Propuso las excepciones de prescripción, pago, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia del vínculo de carácter laboral, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, buena fe, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los contratos celebrados entre las partes, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, compensación, inexistencia de perjuicios, improcedencia de la indemnización solicitada, inexistencia de la obligación e imposibilidad de deducir obligaciones y responsabilidad a la demandada, cosa juzgada e innominada.

III. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 23 de marzo de 2018 (fl.83), ante los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Bogotá, correspondiéndole conocer por reparto, al Juzgado 55 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, quien mediante auto de 7 de mayo de 2018, la admitió, (fls.85-86).

IV. AUDIENCIA INICIAL

El 30 de septiembre de 2019, fue llevada a cabo audiencia inicial (fls.129-133 y CD fl. 141), en la que se verificó la asistencia de las partes, se saneó el proceso, se resolvieron excepciones previas, se establecieron hechos probados, se fijó el litigio, se agotó la etapa de conciliación declarándola fallida, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, y se fijó fecha para llevar a cabo audiencia de pruebas.

VI. AUDIENCIA DE PRUEBAS

El 25 de noviembre de 2019, fue llevada a cabo audiencia de pruebas (fls.172-174 y CD fl.183), en la que se verificó la asistencia de las partes, se saneo el proceso, se incorporó el recaudo probatorio, así mismo, se evidenció por parte el despacho que la entidad no dio respuesta integral a lo solicitado en los oficios N°. J55-2019-1215 y N°. J55-2019-1217, por cuanto, en los programas de actividades y turnos allegados, tampoco se allegó copia de los acuerdos, resoluciones o decretos, que se fijaron para la planta de personal de la entidad que regían para los años 2008 a 2015, ni el listado de las personas que fueron contratadas en el cargo de Auxiliar de Enfermería APH - MOTO, desde marzo 2008 hasta la fecha, lo que llevó a que se requiriera por segunda vez. De otro lado, se practicó el testimonio de Mario Alonso Monsalve Mojica y el interrogatorio de parte a Pablo Antonio Vega, ordenando correr traslado una vez se allegarán las documentales.

VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la demandante: presentó alegatos el 24 de septiembre de 2020, visible a folios 213-218, manifestó que de acuerdo con las pruebas recaudadas durante en el proceso y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial, se deben acoger todas las pretensiones de la demanda, pues no queda duda alguna de la prestación personal del servicio del demandante, donde recibió pago mensual como pago de nómina, subordinación al recibir órdenes directas de sus jefes inmediatos, quienes simultáneamente daban órdenes al personal de planta, quienes ejercían las mismas funciones que el demandante y existió rotación de turnos supervisados por sus superiores.

Afirmó que, se comprobó la existencia de cargos de planta que desempeñaban las mismas funciones que el demandante y que los testimonios fueron coherentes al informar sobre la situación que se vivió en torno a la actividad laboral desempeñada por el demandante; con lo que se demostró los elementos constitutivos de la relación laboral.

El apoderado de la entidad demandada: presentó alegatos el 5 de octubre de 2020, visible a folios 220-223, y señaló que de las pruebas recaudadas en el proceso, se puede concluir que no se dan los elementos para que sea declarado nulo el acto administrativo OJU-E-2017 del 31 de octubre del 2017, indicó que el demandante suscribió de forma voluntaria los contratos, y la inexistencia de continuidad entre los contratos celebrados, ya que se llevaron a cabo contratos con la Cooperativa de Trabajo Asociado "PROMOVIENDO", y posteriormente, se realizaron contratos con la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur, sin que exista continuidad entre los mismos.

Indicó que, al haberse presentado petición el 31 de octubre de 2017, se interrumpió la prescripción, sin embargo, afirmó que se encuentran prescritos los derechos laborales anteriores.

Por último, reiteró que no se configuró subordinación, ya que las directrices impartidas al contratante en ejecución del contrato, eran referentes al transporte de muestras de laboratorio o su organización, para ser transportada por otros contratistas APH - MOTO, las cuales eran obligaciones contractuales.

El Ministerio Público: no emitió concepto.

VIII. CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

Tal como se estableció en la fijación del litigio, audiencia inicial de 30 de septiembre de 2019 (fl.129-133), consiste en determinar: si entre el señor Pablo Antonio Vega y la accionada, existió una relación de naturaleza laboral, entre el 1 de marzo de 2008 y el 31 de octubre de 2015; en consecuencia, establecer si hay lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, primas extralegales, indemnizaciones, aportes a salud y pensión, sanción moratoria, cotizaciones a la caja de compensación familiar, daños morales e intereses de mora, debidamente indexados.

Acervo Probatorio

1. Documentales

En el expediente obra la siguiente documentación relevante:

- Fotocopia de la reclamación pago de prestaciones sociales y expedición de certificaciones laborales y pagos realizados ante la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. de fecha 18 de octubre del 2017 (fls.5-10).

- Fotocopia del oficio N°. OJU-E-2008-2017- del 1 de noviembre del 2017, suscrito por la Jefe Oficina Asesora Jurídica, por medio del cual se da respuesta negativa a la petición anterior (fls11-18).
- Fotocopia de la certificación de la Conciliación Extrajudicial emitida por la Procuraduría Novena Judicial II Para Asuntos Administrativos (fls.19-20).
- Fotocopia del carnet que acredita al señor Pablo Antonio Vega como Auxiliar de Enfermería del Hospital el Tunal E.S.E. (fl.21).
- Fotocopia de la certificación laboral emitida por la Cooperativa de Trabajo Asociado "PROMOVIENDO", en la que se informa que el demandante desde el 1 de marzo de 2008, presta sus servicios como auxiliar de enfermería en la empresa al cliente Hospital Tunal III Nivel. (fl.22).
- Fotocopia de la Certificación emitida el 11 de marzo de 2012, por el Líder de Contratación del Hospital el Tunal E.S.E., en la que se indica que el demandante presta sus servicios como auxiliar de enfermería APH, mediante modalidad de contrato de prestación de servicios desde el 22 de agosto de 2009 (fl.23).
- Fotocopia del Contrato de Prestación de Servicios N°. 939 del 2015. (fls.24-27).
- Fotocopias de los otros sí N°. 2, 3 y 4 con la prórroga y Adición del Contrato de Prestación de Servicios N°. 939 del 2015 (fls.28-30).
- Fotocopia de las Planillas Integradas de Autoliquidación y Aportes – SOI (fls.31-33).
- Fotocopia de la Planilla Pagosimple (fl.34).
- Fotocopia de los extractos de cuenta de ahorros del Banco Davivienda (fls.35-43).
- Oficio N°. 201903510058973, mediante el que se allega CD que contiene copia del expediente Administrativo del señor Pablo Antonio vega (fls.123-124).
- Memorial radicado ante la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Bogotá el 4 de octubre de 2019, en el que el apoderado del demandante desiste de la prueba de oficio Convención Colectiva (fl.148).
- Oficio N°. OJU-E-05092-19 del 9 de octubre del 2019, mediante el cual la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., allega respuesta recibida por el Subgerente Corporativo, referente a copia del manual de funciones y certificación de emolumentos legales y extralegales, en el que se informa que revisado las bases de datos y manuales de funciones y competencias laborales de la institución se evidenció que el empleo de Auxiliar de Enfermería APH-Moto, no existe. (fls.151-152).
- Oficio N°. OJU-E-05130-19 del 11 de octubre del 2019, mediante el cual la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., allega copia del acto administrativo por medio del cual la superintendencia Nacional de Salud concedió habilitación al Hospital el Tunal hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., en donde consta que la planta de personal del hospital debe contar con Auxiliar de Enfermería APH-MOTO (fls.153-159).
- Oficio N°. 3674 del 16 de octubre del 2019, por medio del cual la gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., da respuesta a la solicitud de información requerida mediante oficio N°. J55-2019-1226 (fls.160-161).
- Oficio N°. OJU-E-05249-19 del 21 de octubre del 2019, mediante el cual la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., allega copia de todas las agendas de trabajo, cuadros de turno en donde fue programado el demandante durante el tiempo de vinculación con la Subred (fls.163-165CD).
- Oficio N°. OJU-E-05386-19 del 28 de octubre del 2019, mediante el cual la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., allega copia de los contratos suscritos entre el demandante y la demandada, hoja de vida del demandante, pago de los conceptos obligatorios con destino al régimen de seguridad social en salud y pensiones, certificación contractual de prestación de servicios (fls.167-170 CD).
- Oficio N°. OJU-E-05951-19 del 5 de diciembre del 2019, mediante el cual la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., allega CD con el listado de los Auxiliares de enfermería APH Moto – prestación de servicios Hospital el Tunal (fls.186-188CD y 193-195CD).

- Oficio N°. OJU-E-5960-19 del 5 de diciembre del 2019, mediante el cual la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., allega CD con copia de las agendas de trabajo, cuadros de turno en donde fue programado el demandante durante su tiempo de vinculación (fls.190-192CD).
- Oficio N°. OJU-E-6111-19 del 18 de diciembre del 2019, mediante el cual la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., allega CD con copia de los Acuerdos, Resoluciones y Decretos que se fijaron para la planta de personal de la entidad que regía para los años 2008 al 2015 y copia el listado de los Auxiliares de enfermería APH Moto – prestación de servicios Hospital el Tunal (fls.196-198CD).

2. Testimoniales

Se recepcionó la declaración del señor Mario Alonso Monsalve Mojica, identificado con la cédula de ciudadanía N°. 4.253.188.

3. Interrogatorio de Parte

Se tomó el interrogatorio de parte del señor Pablo Antonio Vega, identificado con cédula de ciudadanía N°. 19.432.893.

II. NORMAS Y JURISPRUDENCIA

Inicialmente, se debe señalar que el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, de acuerdo con la Constitución Política, precisa que las personas que se vinculan de manera laboral con el Estado, lo hacen a través de una relación legal y reglamentaria, como: empleos de carrera administrativa, libre nombramiento y remoción, provisionales y periodo fijo, siendo llamados empleados públicos. De otra parte, existe otro tipo de relación laboral que se realiza mediante contratos de trabajo, siendo estos trabajadores oficiales. Finalmente, preexiste vínculo derivado de la relación contractual con la administración, que se realiza a través de contratos y órdenes de prestación de servicios.

Visto este panorama, para determinar cuál de las relaciones con el Estado, se presentan el caso estudiado, es preciso estudiar los siguientes aspectos:

1. Contrato de Prestación de Servicios

En lo referente a los contratos de prestación de servicios el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, precisa:

ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

...

3o. Contrato de Prestación de Servicios. <Apartes subrayados **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES**> 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.

2. Contrato Laboral

Los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señalan la definición del contrato de trabajo y sus elementos esenciales, veamos:

ARTICULO 22. DEFINICION

1. *Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.*
2. *Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, (empleador), y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.*

ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES

1. *Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos **tres** elementos esenciales:*
 - a. **La actividad personal del trabajador**, es decir, realizada por sí mismo;*
 - b. **La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador**, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y*
 - c. **Un salario como retribución del servicio.***

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

De los anteriores elementos, es necesario precisar que la diferencia entre contrato de prestación de servicios y contrato laboral, es la existencia de tres elementos: prestación personal del servicio, continuada subordinación laboral y remuneración como contraprestación de este.

Atendiendo lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997, estableció diferencias, así:

...

*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. Negrillas fuera de texto

Por consiguiente, quien celebra un contrato de prestación de servicios, tiene la condición de contratista independiente, sin derecho a prestaciones sociales, por su parte, quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas.

Es así como, el contrato de prestación de servicios desaparece cuando se demuestra subordinación o dependencia respecto del empleador, dando paso a la configuración del derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, de conformidad

con el principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.

En desarrollo de lo anterior, la Corte Constitucional¹ precisó que la administración no puede considerar que los contratos de prestación de servicios son para desempeñar funciones de carácter permanente, por esto indicó:

(...) la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucionales y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”; (ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”; (iii) al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”; (iv) al criterio de excepcionalidad, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”; y (v) al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.

De otra parte, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, en sentencia de 19 de febrero de dos mil 2009², sobre este punto precisó:

La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido. Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado. A Juicio de la Sala, la labor desarrollada por la actora durante varios años, advierte la necesidad de sus servicios y la vulneración del artículo 53 de la Constitución que establece una “estabilidad en el empleo”, que jamás pudo ostentar en igualdad de condiciones a los empleados públicos del establecimiento demandado, configurándose la existencia del contrato realidad, pues se dieron los tres elementos que tipifican la relación laboral como son la subordinación, el salario como retribución y la actividad personal del funcionario.

... Negrillas fuera de texto

Es importante destacar que, la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, que conlleva a que el contratista se someta a las condiciones que se requieran para el proceso 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, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-171 de 2012.

² Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01 (3074-05)

Ahora bien, para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público, y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

En ese camino, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han sido claros al precisar que, para que se configure la relación laboral en el contrato de prestación de servicios, se requiere demostrar los tres elementos arriba citados: *i.)* prestación personal del servicio, *ii.)* continua subordinación y dependencia laboral y *iii.)* 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.

3. Interrupción del Contrato

En lo relacionado al reconocimiento de las prestaciones sociales sin solución de continuidad, cuando se presentan interrupciones entre los contratos, el Consejo de Estado mediante sentencia del 4 de mayo de 2017³, precisó:

...

Así las cosas, la línea jurisprudencial en materia de la aplicación de la primacía de la realidad sobre las formas, en los que se debate la existencia de una relación laboral regida en principio bajo la modalidad de contratos de prestación de servicio, no se ha encargado de definir o precisar el término que se debe tener en cuenta para determinar la pérdida de la solución de continuidad, en aquellos contratos de prestación de servicios que se pactan en forma continua y por un tiempo determinado, pero que presentan interrupción en la celebración de uno y otro.

En ese orden, ha considerado la jurisprudencia para algunos casos que, en los eventos donde se presentan interrupciones contractuales en virtud del cual, queda cesante el contratista, habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones sociales sin solución de continuidad siempre y cuando entre la terminación de una orden de servicio y el inicio de la siguiente haya transcurrido un término razonable, sin definir de manera concreta límite temporal alguno.

...⁴ Negrillas fuera de texto

Es decir, no resulta relevante que se presenten interrupciones entre los diferentes contratos, siempre y cuando estas sean razonables, de tal forma que pueda inferirse que existe continuidad en la prestación.

4. Reconocimiento de Prestaciones Sociales y Salariales

En cuanto al reconocimiento de prestaciones sociales y salariales, el Consejo de Estado en sentencia de 5 de noviembre de 2020, refirió:

Esta corporación en la sentencia del 25 de agosto de 2016, expediente 0088-16-SUJ2 No.005/16 con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter señaló que 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

³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación N°. 08001-23-31-000-2007-00062-01(1736-15).

⁴ Resaltado por el Despacho.

respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales».

La citada sentencia además de reiterar la importancia del elemento «subordinación» para determinar la existencia del contrato realidad, unificó la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo relacionado a la forma como deben ser reconocidas las prestaciones sociales y salariales de aquellos empleados que demuestran una verdadera relación laboral. Para ello, precisó lo siguiente:

[...] 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 disfrizó 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.

Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo.

De igual forma, en dicha providencia se trajo a colación que la sentencia de unificación dejó claro que, para el reconocimiento de los perjuicios era necesario acreditarlos mediante el debido material probatorio, así:

*Pero lo anterior no es óbice para que la persona (demandante) reclame el pago de los perjuicios que estime le fueron causados por el acto presuntamente ilegal, pues en virtud del artículo 138 del CPACA “Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; **también podrá solicitar** que se le repare el daño”, sin embargo, aquellos deben acreditarse a través de los medios probatorios que el sistema normativo prevé.*

Ahora bien, en lo que atañe al ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el docente vinculado por contrato de prestación de servicios, cabe anotar que este corresponderá a los honorarios pactados, ya que no es dable tener en cuenta, en este caso, el empleo de planta, pues los docentes oficiales se encuentran inscritos en el escalafón nacional

*docente que implica remuneraciones diferenciadas según el grado en el que estén.*⁵ Subrayado fuera de texto

5. Hospital el Tunal III Nivel

El Hospital Tunal III Nivel, fue creado mediante el Acuerdo 20 de 1990, “*Por el cual se organiza el Sistema Distrital de Salud de Bogotá*”, y modificado por el Acuerdo 17 de 1997, “*Por el cual se transforman los Establecimientos Públicos Distritales Prestadores de Servicios de Salud como Empresa Social del Estado*”, en sus artículos 5 y 31 enuncia las funciones de las Empresas Sociales del Estado. Al respecto, el Artículo 5 señala que “*el objeto de la Empresa Social del Estado será la prestación de servicios de salud, entendidos como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud. En consecuencia, en desarrollo de este objeto, adelantará acciones y servicios de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación de la salud, los cuales deberá dirigir prioritariamente a la población pobre y vulnerable, independiente de si está afiliada o no al Régimen Subsidiado de la Seguridad Social*”.

A su turno, el artículo 31 de la citada norma, establece que “*Los Establecimientos Públicos que se transforman por el presente Acuerdo en Empresas Sociales del Estado y que venían prestando las funciones de inspección y vigilancia a los factores de riesgo, del ambiente y del consumo, de acuerdo con la competencia que señala la Ley, continuarán prestando estas funciones. La Secretaría Distrital de Salud contratará con las Empresas Sociales del Estado la prestación de dicho servicio*”.

En ese entendido, el Consejo de Estado⁶ ha precisado:

«(...) Su objeto es dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en salud en el Departamento de Arauca, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia (art. 3º) y sus funciones se encuentran detalladas en el art. 13º ibídem y en esencia son las siguientes: (i) La dirección del sector salud en el ámbito departamental, (ii) gestionar la prestación de los servicios de salud, (iii) adoptar, difundir, implantar y ejecutar la política de salud pública formulada por la Nación y (iv) ejercer en su jurisdicción la vigilancia y el control del aseguramiento en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y en los regímenes de excepción definidos en la Ley 100 de 1993.

De lo anterior, se puede establecer que las funciones desarrolladas por la demandante en calidad de contratista, son inherentes al objeto de la UAE de Salud de Arauca, toda vez que la asistencia técnica y seguimiento para evaluar la gestión operativa y funcional del plan de salud de las entidades territoriales del Departamento de Arauca, sin duda contribuye al desarrollo de los objetivos y funciones del ente demandado, cual es la dirección del sector salud en el ámbito Departamental. Igualmente se trata de funciones permanentes pues al ser inherentes al objeto de la entidad, requieren continuidad y permanencia en su desarrollo.

(...)

Como se advierte, las funciones asignadas a la demandante no son transitorias como se afirma en el texto del contrato, pues claramente se

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección "A", cinco (5) de noviembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 76001-23-31-000-2011-01043-01(1688-18).

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección B. cuatro (04) de febrero de 2016. Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14).

trata de funciones inherentes al objeto de la entidad que requieren una continuidad y permanencia para el desarrollo de los fines sociales de la UAE de Salud de Arauca.

De otra parte, no se encuentra probado que dichas funciones no podían llevarse a cabo con personal de la planta de cargos, por el contrario, el acto de creación de la entidad (Decreto 333 de 18 de Julio de 2005) permite establecer que dentro de las funciones de la entidad se encontraban las funciones contratadas con la demandante, razón por la cual, era deber de la entidad crear los empleos necesarios en su planta de personal para atender las funciones encomendadas en el acto de creación, y no acudir a la contratación de servicios para asegurar el cumplimiento de las funciones que le son inherentes, toda vez que dicho instrumento no puede ser utilizado para encubrir verdaderas relaciones laborales con la administración y eludir los derechos y garantías laborales previstas a favor de los empleados públicos.

(...)

*Como se indicó, la demandante ejerció **funciones inherentes a la entidad**, como lo es la asistencia técnica y seguimiento para evaluar los planes de salud de las entidades territoriales del Departamento de Arauca, por un espacio de tiempo superior a 42 meses comprendidos entre el 02 de abril de 2007 y el 31 de diciembre de 2011, por lo tanto, es evidente que se trata del cumplimiento, en forma permanente, de funciones propias de la entidad que como tal, **no podían ser ejercidas de manera autónoma e independiente por la contratista, sino que debían cumplirse con sujeción a los precisos términos indicados por la administración**, bajo los parámetros, planes, programas y proyectos establecidos para el desarrollo del sector salud, atendiendo las actividades que por escrito le eran asignadas por el líder de proyecto de gestión del PSPIC, cumpliendo los horarios establecidos por la entidad, y utilizando para el desarrollo de las mismas, los bienes y elementos suministrados por la Unidad.*

*Para la Sala es claro que **las actividades encomendadas no eran ocasionales, accidentales o transitorias**, ya que los servicios de asistencia técnica, coordinación, elaboración de informes, revisión presupuestal, coordinación y elaboración de planes operativos y proyectos, promoción del liderazgo de las entidades territoriales, inducción de personal, seguimiento al cumplimiento de metas del POA, entre otras, contratadas por la entidad, **contradicen el carácter temporal propio de este tipo de acuerdo**. Debe recordarse que la modalidad contractual de prestación de servicios se encuentra justificada como un instrumento temporal y excepcional, para atender funciones ocasionales y no funciones permanentes o propias de la entidad, o que siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados. En el presente caso, **las actividades desarrolladas son permanentes e inherentes a la dirección del sector salud en el ámbito departamental a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, en ese orden, corresponden al giro ordinario de la entidad.***

En el proceso no se acreditó la existencia de cargos similares dentro de la planta de personal de la entidad para el desarrollo de las actividades contratadas, sin embargo, dicha situación no exonera de responsabilidad a la entidad demandada toda vez que por tratarse de actividades inherentes al objeto de la entidad que debían ser desarrolladas de forma permanente y subordinada, no podían ser contratadas con terceros, al tenor del artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 que prohíbe la contratación de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, caso en el cual debieron crearse los empleos correspondientes para atender con personal de planta las funciones propias y permanentes de la

entidad, toda vez que las actividades contratadas son inherentes al objeto de la entidad y por tal razón, debieron ser atendidas en forma permanente y con personal de planta con el fin de asegurar los fines y cometidos de la entidad, y acudir a la celebración de contratos de prestación de servicios como ocurrió.

(...)

En consecuencia, la regla general es que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos y no a través de la contratación de servicios con terceros, pues aunque se trata de una modalidad legalmente válida, puede resultar inconstitucional su uso indebido, como cuando se emplea con la finalidad de disfrazar una verdadera relación de trabajo.

Sobre lo que debe entenderse como función permanente, la Corte Constitucional ha acudido a los siguientes criterios de identificación: “(i) criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”; (ii) *criterio de igualdad, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”;* (iii) *al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”;* (iv) *al criterio de excepcionalidad, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”;* y (v) *al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral”».*
Negrillas fuera de texto

Caso Concreto

En el caso bajo estudio es preciso entrar a analizar cada uno de los elementos que configuran la relación laboral, así:

1. Prestación Personal del Servicio

El demandante prestó sus servicios al Hospital Tunal III Nivel hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., en cumplimiento de diferentes contratos de prestación de servicios, desempeñando sus funciones con diferentes interrupciones, desde el 2 de enero de 2008 al 31 de octubre de 2015.

Lo cual, es verificado con los contratos de prestación de servicios, visibles en el CD folio 236, y las certificaciones allegadas (fls. 169, CD fl.170), así:

CONTRATO N°	DESDE	HASTA	OBJETO
N°. 668	02-01-2008	29-02-2008	<i>En desarrollo del presente contrato el CONTRATISTA se obliga para con el HOSPITAL EL TUNAL E.S.E. a prestar sus servicios como AUXILIAR DE ENFERMERÍA.</i>
N°. 1021	22-09-2009	28-02-2010	<i>En desarrollo del presente contrato el CONTRATISTA se obliga a prestar sus</i>

			<i>servicios como AUXILIAR DE ENFERMERÍA - MOTOS de URGENCIAS HOSPITAL EL TUNAL E.S.E.</i>
N°. 462	01-03-2010	31-01-2011	<i>En ejecución del presente contrato el contratista se obliga a desarrollar sus actividades como AUXILIAR ENFERMERIA -APH MOTO en el HOSPITAL EL TUNAL E.S.E para apoyar la realización de las actividades propias en los servicios que lo requieran.</i>
N°. 316	01-02-2011	31-01-2012	<i>En ejecución del presente contrato el contratista se obliga a desarrollar sus actividades como AUXILIAR DE ENFERMERÍA - APH MOTO en el HOSPITAL EL TUNAL E.S.E para apoyar la realización de las actividades propias de los servicios que lo requiera.</i>
N°. 716	01-02-2012	(31-12-2012) Solamente obra en el expediente proroga hasta el 31-10-2012	<i>En ejecución del presente contrato el contratista se obliga a desarrollar sus actividades como AUXILIAR DE ENFERMERIA APH - MOTO en el HOSPITAL EL TUNAL E.S.E para apoyar la realización de las actividades propias de los servicios que lo requiera</i>
N°. 563	01-01-2013	30-09-2013	No fue allegado
N°. 2415	08-10-2013	31-12-2013	<i>En ejecución del presente contrato el contratista se obliga a desarrollar sus actividades como AUXILIAR DE ENFERMERIA APH - MOTO en el HOSPITAL EL TUNAL E.S.E para apoyar la realización de las actividades propias de los ATENCION PREHOSPITALARIA</i>
N°. 909	08-01-2014	07-03-2015	<i>En ejecución del presente contrato el contratista se obliga a desarrollar sus actividades como AUXILIAR DE ENFERMERIA APH - MOTO en el HOSPITAL EL TUNAL E.S.E para apoyar la realización de las actividades propias de los ATENCION PREHOSPITALARIA.</i>
N°. 939	08-03-2015	31-10-2015	<i>En ejecución del presente contrato el contratista se obliga a desarrollar sus actividades como AUXILIAR DE ENFERMERIA APH - MOTO, en el HOSPITAL EL TUNAL E.S.E para apoyar la realización de las actividades propias de los servicios que lo requiera.</i>

Es así como, se observa que la demandada contrató directamente con el demandante sus labores, mismas que fueron desarrolladas, aunque se presentaron interrupciones, en los periodos comprendidos, entre: 01 de marzo de 2008 a 21 de septiembre de 2009 (1 año 6 meses y 20 días). De otra parte, a folio 22 del expediente, se evidencia certificado de la Cooperativa de Trabajo Asociado Promoviendo C.T.A, en el cual, se indica que el demandante trabajó para esa cooperativa desde el mes 1 de marzo de 2008; y a folio 169 del expediente, se observa certificación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur, en la cual, se indica que el señor Vera, tuvo con dicha entidad, el contrato de prestación de servicios N°. 668, desarrollado de 2 de enero de 2008 a 29 de febrero de 2008, siendo esa la autoridad que debe expedir la certificación, puesto que fue a ella, a quien el demandante prestó sus servicios y es quien cuenta con la información respectiva; en tal virtud, se atenderá la citada certificación.

De otro lado, en el citado certificado obrante a folio 169, se establece que el contrato N°. 716, tenía plazo de ejecución, desde el 1 de febrero de 2012 a 31 de diciembre de 2012, no obstante, se evidencia que en el expediente únicamente se prorrogó hasta el 31 de octubre de 2012, por lo cual, es hasta esa fecha que se puede darse por probada su ejecución.

A su vez, pese a que se reporta el contrato N°. 563, con plazo de ejecución de 1 de enero de 2013 a 30 de septiembre de 2013, no se aportó copia, de manera que permita soportar la información, razón por la cual, no será tomado como probado, lo que lleva a que se presente solución de continuidad.

Finalmente, si bien se presentaron interrupciones entre el 1 a 7 de octubre de 2013, y 1 a 7 de enero de 2014, estas no tuvieron mayor representatividad, pudiéndose afirmar que, desde el 8 de octubre de 2013 a 31 de octubre de 2015, la prestación de servicio a la entidad demandada, no tuvo solución de continuidad.

Ahora bien, de los contratos de prestación de servicios firmados por el señor Pablo Antonio Vega, se estableció que era necesario que prestara sus servicios de manera personal a los intereses de la entidad, como se indicó en cada objeto contractual, así:

- Contrato de Prestación de Servicios N°. 668

*PRIMERA OBJETO: En desarrollo del presente contrato el **CONTRATISTA** se obliga para con el HOSPITAL EL TUNAL E.S.E. a prestar sus servicios como **AUXILIAR DE ENFERMERÍA**.*

- Contrato de Prestación de Servicios N°. 1021

*PRIMERA OBJETO: En desarrollo del presente contrato el **CONTRATISTA** se obliga a prestar sus servicios como **AUXILIAR DE ENFERMERÍA – MOTOS de URGENCIAS HOSPITAL EL TUNAL E.S.E.***

- Contrato de Prestación de Servicios N°. 462

*PRIMERA OBJETO: En ejecución del presente contrato el contratista se obliga a desarrollar sus actividades como **AUXILIAR ENFERMERIA -APH MOTO** en el HOSPITAL EL TUNAL E.S.E para apoyar la realización de las actividades propias en los servicios que lo requieran.*

- Contrato de Prestación de Servicios N°. 316

*PRIMERA OBJETO: En ejecución del presente contrato el contratista se obliga a desarrollar sus actividades como **AUXILIAR DE ENFERMERÍA – APH MOTO** en el HOSPITAL EL TUNAL E.S.E para apoyar la realización de las actividades propias de los servicios que lo requiera.*

- Contrato de Prestación de Servicios N°. 716

*PRIMERA OBJETO: En ejecución del presente contrato el contratista se obliga a desarrollar sus actividades como **AUXILIAR DE ENFERMERIA APH - MOTO** en el HOSPITAL EL TUNAL E.S.E para apoyar la realización de las actividades propias de los servicios que lo requiera*

- Contrato de Prestación de Servicios N°. 2415

*PRIMERA OBJETO: En ejecución del presente contrato el contratista se obliga a desarrollar sus actividades como **AUXILIAR DE ENFERMERIA APH - MOTO** en el HOSPITAL EL TUNAL E.S.E para apoyar la realización de las actividades propias de los **ATENCION PREHOSPITALARIA***

- Contrato de Prestación de Servicios N°. 909

*PRIMERA OBJETO: En ejecución del presente contrato el contratista se obliga a desarrollar sus actividades como **AUXILIAR DE ENFERMERIA APH - MOTO** en el HOSPITAL EL TUNAL E.S.E para apoyar la realización de las actividades propias de los **ATENCION PREHOSPITALARIA**.*

- Contrato de Prestación de Servicios N°. 939

*PRIMERA OBJETO: En ejecución del presente contrato el contratista se obliga a desarrollar sus actividades como **AUXILIAR DE ENFERMERIA APH - MOTO**,*

en el HOSPITAL EL TUNAL E.S.E para apoyar la realización de las actividades propias de los servicios que lo requiera

Luego, se evidencia que todos los objetos de los contratos de prestación de servicios, estaban dirigidos a las actividades de auxiliar de enfermería, manejo y distribución de insumos y medicamentos, que debían ser utilizados en la prestación de servicios de salud de la entidad, en funciones propias del Hospital del Tunal III Nivel.

2. Subordinación

En cuanto a los diferentes aspectos que rodearon el trabajo de la demandante, y la determinación de si existió subordinación, se estudió el siguiente material:

- Testimonio

- Tacha de Testigo

Se advierte que la entidad tachó el testimonio del señor Mario Alonso Monsalve Mojica, por considerar que carece de imparcialidad, al encontrarse adelantando demanda en contra de esta.

De este modo, se debe indicar que la tacha de testimonios, se encuentra regulada en el artículo 211 del Código General del Proceso, el cual establece que cuando sea propuesta por imparcialidad o falta de credibilidad de un testigo, la misma se analizara para el momento del fallo, es decir, que no excluye la admisibilidad de la prueba, sino que obliga al juzgador a examinarlo con mayor rigurosidad, así:

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.*

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.

Sobre este punto, se trae a colación lo dicho sobre este tema, por el Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 18 de mayo de 2017, con radicado N°. 2013-0015401/2170-2015, precisó:

El testimonio, como parte de los diversos medios de prueba previstos por el legislador, se orienta al convencimiento del juez, pues quien lo solicita, lo hace en su propio interés y asume las consecuencias tanto favorables como adversas de la declaración.

Antes de solicitar la prueba, la parte habrá tenido en su esfera individual la posibilidad de analizar el beneficio que le puede traer la declaración del tercero frente a sus intereses. Así mismo, habrá tenido oportunidad de verificar la capacidad del testigo, para evitar que la jurisdicción se desgaste con la citación y comparecencia de personas que de antemano se sabe que tienen una inhabilidad absoluta para declarar.

Respecto de los testigos sospechosos, quienes se encuentran en situaciones que afectan su credibilidad e imparcialidad y cuya declaración, si bien puede recibirse, ha de analizarse con severidad, es decir, la norma citada en precedencia no permite que de antemano y solo con la manifestación de tacha se descalifique el testigo y se impida la recepción de la declaración, sino todo lo

contrario, una vez rendida la versión jurada deberá ser apreciada con mayor severidad de tal manera que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha, por lo que, la regulación contenida en la disposición prenotada es la manifestación de las reglas de la sana crítica aplicada al ordenamiento procesal.

Precisado lo anterior, este despacho debe señalar que, a pesar de lo manifestado por la entidad, se pudo observar que el testimonio rendido no carece de imparcialidad; puesto que fue rendido sobre aspectos que conoció por haber laborado con el demandante, lo que le permitió presenciar los hechos que hoy se discuten. De igual forma, el testimonio fue claro, coherente y concordante, por lo cual, se concluye que no se vio alterada su objetividad; en consideración a lo anterior, no son procedentes los argumentos señalados en la tacha, ni le resta credibilidad a la declaración.

Por lo tanto, se valora, así:

Del señor Mario Alonso Monsalve Mojica, se estableció:

- El demandante ingresó a la institución aproximadamente en el año 2008, cumplía labores de auxiliar de enfermería y ambulancia, también funciones de surtido de ambulancias y motos del hospital, era la persona encargada de llevar el control de insumos y posteriormente, tenía que hacer llegar los faltantes de insumos a las bases, así mismo, cuando un auxiliar de los asignados a la ambulancia no llegaba, por orden del jefe, debía cumplir sus labores en esas ambulancias.
- Tenía que mantener inventario de la bodega asignada, y si alguien se enfermaba, la persona para hacer esos turnos era él.
- Las funciones en los contratos eran avaladas por un jefe, de quien recibía órdenes y no podía irse de su sitio de trabajo.
- El horario era de 7 de la mañana a 7 de la noche.
- La entrega y recibo de turno, se hacía en bitácora, posteriormente, dejaba registro de la hora que se iba de la oficina.
- Los jefes que tenía, eran Diana Soto, Marcela Peña, y Fredy Hernández.
- Citaba a las reuniones, porque le decían que convocara todas las ambulancias, para hacer capacitaciones, entonces, él tenía que ir a la base para que le firmaran acta y asistir a las capacitaciones.
- Debía portar carnet y uniforme.
- A veces le llamaban la atención en su oficina, porque no surtía las ambulancias, pero no se tenía en cuenta que en esa bodega eventualmente no había insumos.
- El pago se le consignaba en una cuenta del Banco Davivienda, allí se pagan los honorarios.
- Laboró en la institución Hospital el Tunal, hasta el 9 de agosto del 2016, cuando hubo la fusión con la Subred, en adelante, tuvo trabajo hasta abril 2017.

Interrogatorio de Parte

En el interrogatorio de parte del señor Pablo Antonio Vega, se estableció:

- Se desempeñó como auxiliar de enfermería, trabajaba en el servicio de urgencias y ambulancias, inició trabajando o apoyando el programa de moto ambulancia, como auxiliar de enfermería en el año 2008.
- Inició en febrero de 2008 y terminó con cancelación del contrato el 31 de octubre de 2015.
- Sus contratos fueron continuos, no hubo interrupción, inició con una cooperativa de trabajo llamada Promoviendo, que asignaba el tema en varios hospitales, hasta que se acabaron los trabajos por cooperativa y quedaron directos para trabajar con el hospital.
- En el año 2008 o 2009, inició con el hospital.
- No le hicieron llamados de atención, ni tuvo procesos disciplinarios.

- Se necesitó una persona que apoyara el servicio de logística de las ambulancias, en asistencia de insumos, papelería, medicamentos, y equipos quirúrgicos.
- Nunca delegó funciones, porque tenía inventario bajo su responsabilidad, eran medicamentos, material quirúrgico, balas de oxígeno, equipos ventiladores, respiradores, tensiómetros, glucómetros.
- A veces cuando el personal no asistía, le tocaba reemplazarlo, era necesario cubrir el turno de la ambulancia, hasta que se supliera la necesidad.
- No existía dentro del Hospital el Tunal, cargo igual o similar de planta.
- No es pensionado.
- Las actividades que señaló estaban descritas en cada contrato.
- No podía desplazarse sin avisar.
- El horario era de 7 de la mañana hasta que terminará, no se podía ir y dejar una cosa a la deriva, no se podía porque tenía que estar pendiente de todo.
- Para poder laborar, debía tener una oficina dónde estaba en custodia todos los equipos, monitores, ventiladores, balas de oxígeno portables, balas de oxígeno centrales grandes, estaba pendiente dentro y fuera del hospital.

De esta manera, en relación con el elemento de subordinación o dependencia, se advierte que el actor cumplía con un programa de actividades mensuales, dentro de un horario de trabajo establecido por la entidad y atendiendo órdenes de superiores.

Además, tanto del testimonio como del interrogatorio de parte, se establece que, si el accionante se ausentaba debía pedir permiso. Por lo tanto, es evidente la falta de autonomía y libertad para desarrollar sus funciones, mismas que no podían ser ejercidas de otra forma, dada la naturaleza de su cargo.

Por lo anterior, se determinó que el demandante realizaba prestación directa de su labor, en actividades propias de la entidad, como auxiliar de enfermería APH Moto y otras, siguiendo órdenes de la demandada, cumpliendo tareas asignadas, lo que si bien requería de conocimientos, no eran científicos, sus actividades correspondían a labores propias de la naturaleza de la entidad, como: auxiliar de enfermería y administrador de insumos necesarios para la prestación de servicios de salud, en el Hospital el Tunal III Nivel E.S.E., actividades que debía prestar en la entidad, donde contaba con una oficina donde se almacenaban dichos insumos.

Así las cosas, claramente se desvirtuó que el demandante haya podido realizar de manera independiente y sin la dirección de la entidad sus labores; elementos, que llevan a establecer que el señor Vega, actuaba bajo subordinación, en tanto, debía cumplir sus funciones de acuerdo con las órdenes impartidas por sus jefes. Es así como, resulta evidente que no se cumplen con las características del contrato de prestación de servicios, no hay elementos para inferir la existencia de una relación de coordinación entre las partes contratantes.

3. Remuneración

El despacho comprobó que el demandante recibía de la accionada, sumas de dinero como contraprestación directa por sus laborales, pagadas mensualmente, afirmación a la que se llega, luego de confrontar la información contenida en cada uno de los contratos, en los que se determina su valor, así como de las siguientes:

- Certificación de 23 de octubre de 2019, suscrita por la Directora de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, en la que se enumeran los contratos celebrados entre el demandante y entidad, señalando el valor total de cada contrato. (fl.169)
- Fotocopias parciales, de: planillas de aportes y de extractos de cuenta del Banco Davivienda, del señor Pablo Antonio Vega, de los años 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015. (fls. 24-30 y 35-43)

En conclusión: *i.)* se estructura la existencia de un contrato realidad, al demostrarse sus tres elementos: prestación directa, subordinación y remuneración, *ii.)* se desvirtúa la existencia de contrato de prestación de servicios, y *iii.)* se desvirtúa la presunción de legalidad del acto administrativo.

4. Prescripción

En lo referente a la prescripción, el Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación⁷ de fecha 9 de septiembre de 2021, precisó:

“145. En lo atinente a la prescripción de derechos laborales en el orden administrativo, el Decreto 3135 de 1968 (que previó la integración de la Seguridad Social entre el sector público y el privado y reguló el régimen prestacional de los empleados públicos y los trabajadores oficiales) estableció, en su artículo 41, lo siguiente:

*Artículo 41.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto **prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.***

146. El mencionado precepto fue posteriormente reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, que en su artículo 102, precisó y reiteró el mismo lapso:

Artículo 102.- Prescripción de acciones.

- 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, **prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.***

[...]

147. Ahora, si bien lo expuesto no deja de ser un conjunto limitado de normas, ha tenido la virtualidad de generar un amplio debate al interior de esta corporación, debido a las variadas interpretaciones a que puede dar lugar. De hecho, a día de hoy, pueden identificarse cuatro momentos o tesis en lo que concierne a la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al tema de la prescripción. 71 Con todo, esta Sección unificó su criterio y, en la actualidad, cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter], estableció a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios:

*[...] en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución **entre uno y otro tiene un lapso de interrupción**, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio.*

148. En la misma providencia, más adelante se señaló lo siguiente:

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de Unificación de Jurisprudencia. Conforme al artículo 271 de la Ley 1437 De 2011, medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

*[...] 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.** (Negrillas fuera del texto)*

*149. En suma, la tesis que actualmente impera en la Sección Segunda, en materia de prescripción de derechos derivados del contrato realidad (o relación laboral encubierta o subyacente), es que esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, **dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral.**” Negrillas fuera de texto*

Es así como, se debe tener en cuenta que, en la sentencia de unificación, la segunda regla determina que, se infiere continuidad en la prestación del servicio, si entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, se comprende un período de 30 días hábiles o aun siendo superior, se evidencie que existía ánimo de continuidad en la relación laboral.

De otra parte, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, establecen el término de prescripción de 3 años, que se contabiliza a partir de que el derecho se hace exigible y se interrumpe con el reclamo escrito.

De esta manera, se presenta el fenómeno de prescripción, frente a los periodos en los cuales hubo solución de continuidad, pues, no se demostró necesidad del servicio ni animo de continuarlo, esto es: 02 de enero de 2008 a 29 de febrero de 2008; 22 de septiembre de 2009 a 28 de febrero de 2010; 01 de marzo de 2010 a 31 de enero de 2011; 01 de febrero de 2011 a 31 de enero de 2012 y 01 de febrero de 2012 a 31 de octubre de 2012; ya que debió solicitarse el reconocimiento de las prestaciones, en el término de prescripción de tres años, lo cual no ocurrió; por tanto, se declarará su prescripción.

De otro lado, si bien se presentaron interrupciones entre el 1 a 7 de octubre de 2013, y 1 a 7 de enero de 2014, sin embargo, estas no tuvieron mayor representatividad, pudiéndose afirmar que, desde el 8 de octubre de 2013 hasta el 31 de octubre de 2015, la prestación de servicio a la entidad demandada, fue personal y no tuvo solución de continuidad.

Es así como, la demandante prestó sus servicios ante el Hospital Tunal III Nivel, de manera ininterrumpida, entre el 8 de octubre de 2013 a 31 de octubre de 2015; es decir, verificados tres años atrás, desde la presentación de la reclamación ante la entidad el 1 de noviembre de 2017, no se presenta prescripción.

5. Efectos del Reconocimiento de la Relación Laboral

Declaratoria de Nulidad

Conforme a lo expuesto, se declarará nulidad del acto contenido en el oficio N°. OJU-E-2008-2017 de 31 de octubre de 2017, con radicado N°. 201703510182391 de 1 de noviembre de 2017, proferido por la demandada, mediante el cual niega la existencia de una relación laboral entre la accionante y accionada, en su lugar, se tendrá como existente una relación laboral.

A Título de Restablecimiento del Derecho

Se condenará a la accionada a reconocer, liquidar y pagar, a favor del señor Pablo Antonio Vega, identificado con cédula de ciudadanía N°. 19.432.893 las diferencias

salariales y prestaciones sociales, tomando como base para liquidarlas, los salarios que devengaba otro funcionario en cargo equivalente para la época de los hechos, siempre y cuando, el valor de lo pactado en los contratos fuere inferior, en los periodos en los cuales se demostró la relación laboral sin solución de continuidad, es decir, entre: el 8 de octubre de 2013 a 31 de octubre de 2015.

Cotizaciones al Sistema Integral de Seguridad Social

Pensiones

Se deberá tomar el ingreso base de cotización del señor Pablo Antonio Vega (100% de los honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en pensiones, deberá cotizar a la entidad la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual, se tendrán en cuenta las que la demandante acreditó como cotizaciones, durante el vínculo contractual en cada cargo, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador⁸, esto, para los periodos, de: 02 de enero de 2008 a 29 de febrero de 2008; 22 de septiembre de 2009 a 28 de febrero de 2010; 01 de marzo de 2010 a 31 de enero de 2011; 01 de febrero de 2011 a 31 de enero de 2012 y 01 de febrero de 2012 a 31 de octubre de 2012; y de 8 de octubre de 2013 a 31 de octubre de 2015; sin embargo, para cumplir esta orden, el demandante tendrá la carga probatoria de acreditar las cotizaciones que sufragó por este concepto.

Igualmente, se declarará que el tiempo laborado por la actora, bajo la modalidad del contrato realidad, se debe computar para efectos pensionales.

- Salud

Teniendo en cuenta lo señalado en la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 9 de septiembre de 2021⁹, se tendrá en cuenta la tercera regla que dispone lo siguiente:

“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.”

Es así como, no se ordenará la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud que hubiere podido sufragar de más por el demandante; pues de conformidad con la regla jurisprudencial, estos aportes son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico, no constituyen un crédito en favor del interesado; por tratarse de recursos de naturaleza parafiscal, y no admiten otro tipo de destinación que no sea el sostenimiento mismo del sistema.

En el mismo, sentido no se accederá a la devolución de las sumas pagadas por el demandante por concepto de cotizaciones a la aseguradora de riesgos laborales.

- Pago de Cesantías

Respecto a las cesantías, el Consejo de Estado, en reiteradas oportunidades ha dejado en claro que, es con la sentencia que se reconoce la existencia del vínculo

⁸ De conformidad con la sentencia de unificación del Consejo de Estado proferida el 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso N°. 23001233300020130026001.

⁹Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016)

laboral, luego, es a partir de su ejecutoria, que se genera la relación, por lo cual, no hay lugar a reconocer esta prestación. Igualmente, por sustracción de materia, se negará la sanción por su pago tardío y el pago de intereses, contenidas en la Ley 244 de 1995; e indemnización por no afiliación al fondo, en el entendido en que a pesar de que se reconozca la relación laboral, lo cierto es que, no existe la condición necesaria para su reconocimiento.

- Cotizaciones a la Caja de Compensación Familiar

Respecto devolver las cotizaciones impagadas a la Caja de Compensación Familiar, el Consejo de Estado, a través de la sentencia del 19 de febrero de 2009¹⁰, precisó:

“De las Cajas de Compensación

La Ley 21 de 1982 estableció la regulación de las Cajas de Compensación Familiar para cumplir las funciones propias de la seguridad social, hallándose sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la Ley; así como el subsidio familiar como aquella prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, para aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.

De conformidad con esta normativa la demandante no disfrutó, mientras duró su relación contractual desnaturalizada, de los beneficios que otorgan las Cajas de Compensación como son, percibir el subsidio familiar y acceder a los centros de recreación, educación y cultura, entre otros, presentándose la imposibilidad de percibirlos por el transcurso del tiempo, por lo que los dineros que la Administración debió sufragar a ese ente deben ser pagados, a título de indemnización, para que la actora los disfrute, debiéndose ordenar su reconocimiento”.

A su vez, para que puedan reconocerse los aportes de la Caja de Compensación Familiar, el Consejo de Estado¹¹, afirmó:

*Acerca del subsidio familiar, en estricto sentido también **es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social.** La Corte Constitucional en Sentencia C-508 de 1997, puso de presente que, de acuerdo con su desarrollo legislativo, en Colombia, el subsidio familiar se puede definir como una prestación social legal de carácter laboral²⁰, y desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone. De tal manera que ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar.*

*Inicialmente, el subsidio estuvo centrado en el componente monetario que se reconoce al trabajador, en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento. **En esa dimensión, el sistema de subsidio familiar es un mecanismo de redistribución del ingreso.***

Posteriormente, se autorizó a las cajas de compensación el desarrollo de obras de beneficio social, lo cual les permitió diversificar su actividad, de manera que,

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B. Proceso No. 73001233100020000344901.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. siete (7) de febrero de (2019). Rad. 66001-23-33-000-2011-00282-01(1824-17)

además de la tarea de reparto del subsidio en dinero, incursionaran también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación.

El sistema de subsidio familiar, fue definido en la Ley 21 de 1982, con los siguientes componentes centrales: **En primer término como “una prestación social pagadera en dinero, en especie y en servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.”**²¹

A partir de esta definición legal se constituyeron tres modalidades de subsidio familiar a saber: **en dinero, en especie y en servicios.** El subsidio en dinero es “la cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo que dé derecho a la prestación”; el subsidio en especie es “el reconocimiento de alimentos, vestidos, becas de estudio, textos escolares, drogas y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la reglamentación (...)”, y el subsidio en servicios es “aquél que se reconoce a través de la utilización de obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar (...)”²². La ley dispone que todos los empleadores, tanto del sector privado como del público, tienen la obligación de efectuar aportes para el subsidio familiar en el porcentaje legalmente establecido sobre la nómina mensual de salarios. El acceso a los beneficios, sin embargo, es diferenciado, puesto que el sistema opera como mecanismo de solidaridad, tanto entre trabajadores de distintos niveles salariales, como entre diferentes empleadores, que tiene como beneficiarios directos a los trabajadores de más bajos ingresos.

Sobre ese esquema inicial, en diferentes etapas, se han introducido importantes reformas, entre ellas la derivada de la Ley 100 de 1993 que le asignó a las cajas de compensación un papel activo en la gestión del régimen subsidiado de salud, o la que amplió el papel de las cajas en la gestión del subsidio familiar de vivienda. La transformación más importante del sistema se produjo con la expedición de las Leyes 633 de 2000 y 789 de 2002, que ampliaron el marco de acción de las cajas, vinculándolas, más allá de la administración de una prestación social de carácter laboral, al concepto global de la protección social, abriéndolo a la prestación de servicios para no afiliados y desempleados.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-834 de 2007 expresó que el concepto de “protección social” contenido en la Ley 789 de 2002, es distinto de “seguridad social”, por cuanto, “aquél es un conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos, para obtener como mínimo los derechos a la salud, la pensión y al trabajo, al paso que, la seguridad social es, tanto un servicio público, como un derecho irrenunciable de toda persona, que adquiere el carácter de fundamental por conexidad, cuando resulten afectados derechos tales como la salud, la vida digna y la integridad física y moral, entre otros”.

Bajo los anteriores supuestos, observa la Subsección que en el caso concreto no se acreditó por parte del señor ... **la calidad de beneficiario del subsidio familiar reprochado, pues el artículo 5º de la citada Ley 21 de 1982 prevé que “El subsidio familiar se pagará exclusivamente a los trabajadores beneficiarios...”**, enlistando los requisitos en su artículo 18, así:

“1º. Tener el carácter de permanentes.

2º. Encontrarse dentro de los límites de remuneración señalados en el artículo 20;

3º. Haber cumplido los requisitos de tiempo trabajado indicados en el artículo 23,

y 4º. Tener personas a cargo, que den derecho a recibir la prestación, según lo dispuesto en el Capítulo IV de esta ley.”

De cuyo numeral cuarto, el artículo 27 establece que darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:

- “1º. Los hijos legítimos los naturales, los adoptivos y los hijastros.*
- 2º. Los hermanos huérfanos de padre.*
- 3º. Los padres del trabajador.”*

Y a renglón seguido, determina que esos familiares se consideran personas a cargo cuando convivan y dependan económicamente del trabajador, sumado a que se hallen dentro de los condicionamientos indicados en el articulado sucesivo.

Luego entonces, las pruebas decretadas y practicadas no permiten llegar al convencimiento del cumplimiento a cabalidad de las exigencias legales para que el accionante sea beneficiario de esta prestación social, pues lo afirmado en la ..., tocante a que es “2” el número de personas que dependen económicamente del solicitante y que su parentesco es esposa e hijo, no va más allá de su propio dicho, que además, carece de fundamentación probatoria por lo menos, para verificar el cuarto requisito que instituye el examinado artículo 18.

Razones por las cuales y en el desarrollo efectivo de la alzada interpuesta, se negará la pretensión encaminada al pago del subsidio familiar analizado.
Negrillas fuera de texto

Es decir que, para que opere reconocimiento del subsidio familiar, debe estar probado en las diligencias que quien solicita su reconocimiento para la época haya tenido derecho a recibirlo, es así como, revisadas las pruebas obrantes; no se acreditó tal derecho, lo que lleva a que deberá ser negado.

- Indemnización por Despido Injusto

No se accederá a esta pretensión, toda vez que la declaratoria de una relación laboral, lo que genera es el reconocimiento de prestaciones sociales y demás acreencias derivadas de la desnaturalización de los contratos de prestación de servicios, que en todo caso, no implican conferir la condición de empleado público y por ende, no hay lugar al reconocimiento de tal indemnización.

- Indexación

De otra parte, 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:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el 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.

Costas y Agencias en Derecho

Toda vez que en el presente caso la condena es parcial, puesto que accede a unas de las pretensiones y se niegan otras, el despacho se abstendrá de condenar en costas y agencias en derecho, de conformidad con lo reglado en el artículo 188 del CPACA y numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Cinco (55) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá** - Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR probada la excepción de **prescripción**, de los derechos laborales causados con anterioridad al 7 de octubre de 2013; salvo lo relacionado con efectos pensionales.

SEGUNDO.- DECLARAR nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N°. OJU-E-2008-2017 de 31 de octubre de 2017, radicado N°. 201703510182391 de 1 de noviembre de 2017, proferido por la demandada, mediante el cual niega la existencia de una relación laboral entre accionante y accionada.

TERCERO.- DECLARAR existencia de una relación laboral de derecho público, entre el señor Pablo Antonio Vega, identificado con cédula de ciudadanía N°. 19.432.893, y la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur - E.S.E. - Hospital Tunal III Nivel, entre: 2 de enero de 2008 a 29 de febrero de 2008; 22 de septiembre de 2009 a 28 de febrero de 2010; 01 de marzo de 2010 a 31 de enero de 2011; 01 de febrero de 2011 a 31 de enero de 2012; 01 de febrero de 2012 a 31 de octubre de 2012; y 8 de octubre de 2013 a 31 de octubre de 2015; sin que esto constituya declaración de empleado público; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur - E.S.E. - Hospital Tunal III Nivel, a **reconocer, liquidar y pagar** a favor de Pablo Antonio Vega, identificado con cédula de ciudadanía N°. 19.432.893, las diferencias salariales y prestaciones sociales, tomando como base para liquidarlas, los salarios que devengaba otro funcionario en cargo equivalente para la época de los hechos, esto es, si el valor de lo pactado en los contratos fue inferior, en el periodo en el cual se demostró relación laboral sin solución de continuidad, es decir, entre el 8 de octubre de 2013 a 31 de octubre de 2015, descontando los tiempos no laborados.

De otra parte, deberá hacerse el pago de los aportes a la entidad de seguridad social en pensiones, para los periodos: 02 de enero de 2008 a 29 de febrero de 2008; 22 de septiembre de 2009 a 28 de febrero de 2010; 01 de marzo de 2010 a 31 de enero de 2011; 01 de febrero de 2011 a 31 de enero de 2012; 01 de febrero de 2012 a 31 de octubre de 2012; y 8 de octubre de 2013 a 31 de octubre de 2015; en la proporción que legalmente corresponda y conforme al cargo desempeñado, tiempo que se debe computar para efectos pensionales.

De esta manera, se deberá tomar el ingreso base de cotización del demandante, (100% de los honorarios) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y las que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en pensiones, se deberá cotizar la suma faltante, en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual, se tendrán en cuenta las que el demandante acreditó como cotizaciones durante el vínculo contractual, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, éste tendrá la carga de cancelar o completarlas, según el caso, en el porcentaje que le correspondía como trabajador, para cumplir esta orden el demandante tendrá la carga probatoria de acreditar las cotizaciones que sufragó por este concepto.

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:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el 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.

QUINTO.- NEGAR las demás súplicas de la demanda; por las razones expuestas.

SEXTO.- NO CONDENAR en costas ni agencias en derecho; por los motivos arriba indicados.

SÉPTIMO.- NO ACEPTAR la renuncia al poder presentada por el Doctor Guillermo Bernal Duque, identificado con la cédula de ciudadanía número 80.411.214 y tarjeta profesional número 98.138 del C. S. de la Jud., atendiendo a que no se cumple con lo establecido en la parte final del inciso 4 del artículo 76 del Código General del Proceso.

OCTAVO.- RECONOCER personería adjetiva a la Doctora Ligia Astrid Bautista Velásquez, identificada con la cédula de ciudadanía número 39.624.872 y tarjeta profesional número 146.721 del C. S. Jud., en los términos y con las facultades del memorial poder allegado.

NOVENO.- La entidad deberá cumplir la sentencia en los términos señalados en los artículos 187, 189, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA.

DÉCIMO.- Ejecutoriada la presente providencia, por la secretaría del juzgado **DEVOLVER** a la parte interesada, el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, **LIQUIDAR** las costas y **ARCHIVAR** el expediente, con las anotaciones en el Sistema de Gestión Judicial XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:
Luis Eduardo Guerrero Torres
Juez
Juzgado Administrativo
055
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **c84cf04ce8bf287f865c3f65f991a7020e1ba165b4939a66e838d0b7339a3e7b**

Documento generado en 26/10/2022 07:49:33 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>