

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de octubre de dos mil veintidós (2022)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
PROCESO N°.	11001-33-42-055-2017-00250-00
DEMANDANTE:	FRANCY YAMELY DOMINGUEZ SALAZAR
DEMANDADA:	SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E.
TEMA:	CONTRATO REALIDAD
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA N°. 055

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 la señora Francy Yamely Domínguez Salazar, a través de apoderado judicial, en contra de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., formulando las siguientes pretensiones:

PETICIONES

- 1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en oficio de respuesta con radicado E-703/2017 de fecha 05 de abril de 2017 expedido por la demandada, mediante el cual niega tanto el reconocimiento de la existencia de una relación de trabajo permanente entre la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E- y mi representada FRANCY YAMELY DOMINGUEZ SALAZAR, como también el pago de acreencias laborales y/o prestaciones sociales surgidas de esa vinculación laboral**
- 2. Que a título de restablecimiento del derecho conculcado o indemnización, se declare que entre la demandante y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E- existió una relación laboral permanente sin solución de continuidad desde 16 de junio de 2012 hasta 30 de abril de 2016, con las mismas funciones que corresponden al cargo de enfermero Profesional, Código 243 Grado 19 y/o profesional universitario Área de la salud, código 243 Grado 19 de la planta orgánica de personal de esta Institución.**
- 2.1. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la demandada a liquidar y pagar las siguientes acreencias laborales:**
- 2.1.1. Prima semestral** a que tiene derecho correspondiente a los años: 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.
- 2.1.2. Prima de navidad** a que tiene derecho correspondiente a los años: 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.
- 2.1.3. Prima de antigüedad** a que tiene derecho, atendida su fecha de inicio en el año 2012 hasta abril de 2016.
- 2.1.4. Prima técnica** a que tiene derecho correspondiente a los años: 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.

2.1.5. Reconocimiento en dinero de vacaciones causadas y no disfrutadas a que tiene derecho correspondiente a los años: 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.

2.1.6. Prima de vacaciones a que tiene derecho correspondiente a los años: 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.

2.1.7. Bonificaciones por servicios prestados a que tiene derecho mi representada correspondiente a cada uno de los años del 2012 hasta el 2016.

2.1.8 Bonificación por recreación

2.1.9 Bonificación por permanencia

2.1.10. Auxilio de cesantía a que tiene derecho correspondiente a los años: 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.

2.1.11. -Intereses sobre cesantías a que tiene derecho correspondiente a los años: 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.

2.1.12.- Horas extras por trabajos suplementarios, recargos por dominicales y festivos trabajados y causados por mi representada desde 16 de junio de 2012 hasta el 30 de abril del 2016, certificados de conformidad a planillas o cronogramas de control de actividades personal de enfermería, obrantes en la base de datos o archivos del Hospital.

2.1.13. – Reintegrar a favor de mi representada los aportes de seguridad social en pensión, salud y riesgos profesionales pagados por ella durante el período comprendido entre junio de 2012 a abril de 2016.

2.1.14. Pago del mayor valor de salarios dejados de cancelar durante toda la relación laboral por nivelación a la retribución del cargo de Enfermero, código 243, grado 19 y/o Profesional Universitario Área de la Salud, Código 243, grado 19.

2.1.15.- Indemnización por terminación sin justa causa de la relación laboral.

2.1.16.- Reintegro de cargas tributarias descontadas como contratista.

2.1.17. Las demás prestaciones sociales y prerrogativas, surgidas de la relación laboral permanente que legalmente perciban los empleados de planta.

2.1.18. La indexación de los valores atrás reclamados.

2.1.19. La sanción y/o indemnización por mora respecto a la omisión de pago de auxilio de cesantía y sus intereses hasta que se pague efectivamente la deuda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 y Ley 50 de 1990 artículo 99 y por mora en el pago de acreencias y prestaciones sociales en atención al Artículo 65 del C.S.T.

Para la liquidación de estas acreencias laborales deberá tomarse como base el monto promediado de lo pagado a mi representada más los factores de incremento de salario surgidos durante toda su relación de trabajo. En todo caso, el salario con sus factores y prestaciones sociales, no deberán ser inferiores a los que corresponden al cargo de Enfermero nivel Profesional, código 243, grado 19 y/o hoy Profesional Universitario Área de la Salud, código 243, grado 19 de la planta orgánica de personal.

3. Se condene a las demandadas a pagar las costas y agencias en derecho.
4. Que la parte demandada de cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 189 y 192 del CPACA. Negrillas fuera de texto

I. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos fueron estudiados y señalados, en la audiencia inicial de 20 de mayo de 2019, como consta en acta y CD visibles a folios 224 - 227 y 240 del expediente, así:

*1.- El apoderado de la señora Francy Yamely Dominguez Salazar, presentó petición el 17 de marzo de 2017, ante la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E.** (fls.6 a 9), y la entidad dio respuesta con el Oficio N°. E-703/2017 del 5 de abril de 2017, suscrito por la Gerente de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E., negando lo solicitado por la demandante (fls.3 a 5).*

II. NORMAS TRANSGREDIDAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante manifestó como normas trasgredidas:

De orden constitucional: los artículos 13, 25, 48, 53, 121 y 125.

De orden legal: Leyes 6 de 1945, 10 de 1990, 80 de 1993, 245 de 1995, 269 de 1996 y Decretos 2127 de 1945, 2400 de 1968 y 1042 de 1978.

En cuanto al concepto de violación, sostuvo que la señora Francy Yamely Domínguez Salazar, al desarrollar sus actividades de enfermera, cumplió con la totalidad de los supuestos de un vínculo laboral, en el Hospital Centro Oriente E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios Centro Oriente E.S.E. - UPS Centro Oriente, de conformidad con las pruebas existentes en el plenario, por lo cual, no es de recibo que se le haya mantenido ejerciendo funciones del cargo, con subordinación y dependencia durante más de cuatro años, malinterpretando y aplicando indebidamente la norma invocada, por parte de la entidad.

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

III. CONTESTACION DE LA DEMANDA

Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E.

La Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., a través de apoderada judicial, contestó la demanda el 12 de febrero de 2018, y se opuso a las pretensiones.

Señaló que, en el presente caso se evidencia que no existió ninguna relación laboral con la demandante, toda vez que las vinculaciones con la entidad se originan en la suscripción de contratos de prestación de servicios, fundamentados en la Constitución y la Ley, los cuales prevén de manera inequívoca que de esta relación contractual no deriva para la entidad, el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y demás emolumentos pretendidos por la accionante.

Consideró que, hay inexistencia del derecho, mala fe de la demandante y que sus honorarios le fueron cancelados en su totalidad, citando como sustento jurisprudencia del Consejo de Estado y Corte Constitucional.

IV. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 25 de julio de 2017 (fl.78), ante los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Bogotá, correspondiéndole conocer al Juzgado 55 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, quien mediante auto de 20 de octubre de 2017, la admitió (fls.88-89).

V. AUDIENCIA INICIAL

El 20 de mayo de 2019, fue llevada a cabo audiencia inicial (fls.224-227 y CD fl. 240), en la que se verificó la asistencia de las partes, se saneó el proceso, resolvieron excepciones previas, establecieron los hechos probados, se fijó el litigio, se agotó la etapa de conciliación declarándola fallida, se decretaron pruebas solicitadas por las partes, y se fijó fecha para llevar a cabo audiencia de pruebas.

VI. AUDIENCIA DE PRUEBAS

El 5 de agosto de 2019, fue llevada a cabo audiencia de pruebas (fls. 250-252 y CD fl.255), en la que se verificó la asistencia de las partes, se incorporó el recaudo probatorio, se requirió nuevamente a la entidad al no haber allegado completamente la información solicitada y se practicaron los testimonios de las señoras: Adriana Milena Pérez Casallas, Rusbith Patio Perdomo y Margot Betancourt Caicedo, se ordenó correr traslado, cuando las pruebas se allegaran e ingresar el expediente para continuar con su trámite.

VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la demandante: presentó alegatos de conclusión, el 26 de octubre de 2020, visible a folios 273 a 277, manifestó que se ratificaba en los argumentos y fundamentos de derecho de la demanda, indicó que se encuentran probados los elementos de una relación laboral de carácter permanente, expresión del contrato de realidad.

Adujo que, la demandante laboró ininterrumpidamente al servicio exclusivo y personal del Hospital Centro Oriente, como se probó con los testimonios y las documentales que conforman el expediente, avizorando que no hubo solución de continuidad en las labores prestadas, pese a las interrupciones observadas en la relación de contratos.

Así, es procedente el reconocimiento y pago de las prestaciones solicitadas.

La apoderada de la entidad demandada: no presentó alegatos de conclusión.

El Ministerio Público: no emitió concepto.

VIII. CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

Tal como se estableció en la fijación del litigio, en la audiencia inicial de 20 de mayo de 2019 (fls. 224 a 227), consiste en determinar: si entre la señora Francy Yamely Domínguez Salazar y la entidad accionada, existió una relación de naturaleza laboral del 16 de junio de 2012 al 30 de abril de 2016, sin solución de continuidad, por cumplir las funciones correspondientes al cargo de enfermera nivel profesional, Código 243, Grado 19 de la planta orgánica de personal; en consecuencia, determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, primas, bonificaciones, cesantías, vacaciones, horas extras, aportes a seguridad social, salarios dejados de cancelar, indemnización por terminación sin justa causa, y sanción mora, debidamente indexadas.

Acervo Probatorio

1. Documentales

En el expediente obra la siguiente documentación relevante:

- Respuesta negativa a reclamación administrativa para el pago de acreencias laborales y/o prestaciones sociales, radicado N°. E-703/2017, de fecha 05 de abril de 2017, suscrita por la Gerente Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente (fls.3-5).
- Reclamación Administrativa para el pago de acreencias laborales y/o prestaciones sociales con radicado N°. R-2016/2017 de 17 de marzo de 2017, suscrito por el apoderado de la demandante (fls.6-9)
- Constancia de conciliación extrajudicial de 5 de junio de 2017 (fl.12).
- Petición con radicado N°. R-2017/2017 de 17 de marzo de 2017, solicitando pruebas documentales, suscrito por el apoderado de la parte demandante (fl.13).
- Respuesta N°. E-705/2017 de 5 de abril de 2017, con anexo de documentales solicitadas en petición de 17 de marzo de 2017 (fls.14 a 63):
 - Fotocopia de la constancia de 28 de marzo de 2017, expedida por la Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E, en la que se enuncian los contratos de prestación de servicios, con fecha de inicio, terminación, y los valores, suscritos entre la demandante y la USS Centro Oriente (fl.15).
 - Fotocopia del contrato de prestación de servicios N°. 478/2012, celebrado entre la demandante y el Hospital Centro Oriente E.S.E (fls.16-17).
 - Fotocopia del Acta N°.1 de prórroga y adición al contrato N°. 478/12 suscrito entre la demandante y el Hospital Centro Oriente II Nivel (fl.17 vlto).
 - Fotocopia del Contrato de Prestación de Servicios N°. 908 de 2012 (fl.18).
 - Fotocopia del Acta de adición en la cuantía al contrato N°. 908/12 (fl.19).
 - Fotocopia del Acta de adición en la cuantía al contrato N°. 908/13 (fl.19 vlto).
 - Fotocopia del Contrato de Prestación de Servicios N°. 404 de 2013 (fl.20).
 - Fotocopia de las Actas de prórrogas en el plazo con adiciones al contrato N°. 404/13 (fls.21-23 vlto).
 - Fotocopia del Contrato de Prestación de Servicios N°. 462 de 2014 (fl.24).
 - Fotocopia del Acta de prórroga en el plazo y adición en la cuantía al contrato N°. 462/14 (fl.25 y 25 vlto).
 - Fotocopia del Acta de adición en la cuantía al contrato N°. 462/64 (fl.26).
 - Fotocopia del Contrato de prestación de servicios N°. 235 de 2015 (fl. 26 vlto y 27).
 - Fotocopias de las Actas de prórroga en el plazo, adición en la cuantía y al contrato N°. 235/15 (fl.27 vlto a 28).
 - Fotocopia del Acta de modificación al contrato N°. 235 de 2015 (fl.29).
 - Fotocopia del Acta de prórroga en el plazo, adición en la cuantía al contrato N°. 235/15 (fl.30).
 - Fotocopia del Acta de adición en la cuantía y modificación al contrato N°. 235/15 (fl.31 y 31 vlto).
 - Fotocopia de las Actas de prórrogas en el plazo, adición en la cuantía al contrato N°. 235/15 (fls.32-34 vlto).
 - Fotocopia del manual específico de funciones y de competencias laborales del empleo Profesional Universitario Área de Salud, (fls.35-36).

- Fotocopia de la certificación de 30 de marzo de 2017, expedida por el Profesional Especializado de talento humano, en la que constan los valores de los factores salariales y prestacionales que corresponden al cargo de planta de enfermero código 243, grado 19, (fl.37).
 - Fotocopia de la constancia de 13 de mayo de 2016, expedida por el Profesional Especializado del Hospital Centro Oriente II Nivel, donde se informan los contratos suscritos por la demandante, objeto, duración, valor total de la contratación y sus funciones (fls.38-40)
 - Fotocopia de diploma de enfermera de la demandante (fl.41).
 - Fotocopia de acta de grado N°. 117 de la accionante (fl.42).
 - Fotocopia de diploma de especialización de la actora (fl.43).
 - Fotocopia de acta individual de graduación N° 14 de la demandante (fl.44).
 - Información de la demandante correspondiente al FOSYGA (fl.45).
 - Fotocopia de la Planilla Integrada de autoliquidación aportes comprobante de pago anual, años 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016 (fls.46-50)
 - Resumen de pago y soportes del banco DAVIVIENDA (fls.51-57).
 - Fotocopia de la Planilla Integrada Autoliquidación Aportes – Certificado Histórico de Pagos, banco BBVA (fls.58-62)
 - Fotocopia del Registro Civil de Nacimiento de la señora Laura Sepúlveda Domínguez, hija de la demandante (fl.63)
-
- Fotocopia de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el Hospital Centro Oriente III Nivel E.S.E., y la actora, así como, actas de prórrogas y comprobantes de pagos, realizados del banco BBVA a la demandante (fls.121-200).
 - Fotocopia del formato de hoja de vida de la accionante (fls.201-204).
 - Fotocopia de la constancia expedida por la Dirección de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E. de fecha 15 de noviembre de 2017, en la que se relacionan los contratos entre la demandante y la entidad demandada, (fl.205).
 - CD con respuesta al oficio N°. 0539 del 20 de mayo de 2019, en el que se allega copia de los contratos celebrados entre las partes, certificados de disponibilidad presupuestal, pagos, informes de cumplimiento y certificado de 31 de mayo de 2019, suscrito por la Subdirectora Operativa de Talento Humano, en el que se informa que en la planta de personal de los antiguos hospitales y en la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E, en las vigencias 2012 a 2016, no existió el cargo de Profesional Universitario Código 243 Grado 1, (fl.248).
 - Oficio radicado el 31 de octubre de 2019, en respuesta al oficio N°. J55-2019-0919, en el que se informa que lo referente a enfermería mediante correo electrónico de 7 de octubre del mismo año, indicó que no se encontraron soportes de turnos realizados por la enfermera Francy Yamely Domínguez Salazar. (fl.259)
 - Fotocopia del oficio con número de consecutivo 2265 de 15 de agosto de 2019, suscrito por la Dirección de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., en el que se certifica que la señora Adriana Milena Pérez, prestó sus servicios de manera personal y autónoma a la entidad, mediante contrato de prestación de servicios, (fl.261).
 - Fotocopia del certificado de fecha 14 de agosto de 2019, suscrito por el Director Operativo de Talento Humano, en el cual, consta que la señora Rusbith Patio Perdomo, se encuentra vinculada en calidad de empleada pública al Hospital Centro Oriente hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E, desde el 24 de julio de 1986, ocupando el cargo de enfermero código 243, grado 20. (fl.262)
 - Fotocopia del certificado de 14 de agosto de 2019, suscrita por el Director de Talento Humano de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., en la que consta que la señora Margot Betancourt Caicedo estuvo

vinculada en calidad de empleada pública al Hospital Centro Oriente E.S.E., desde el 16 de febrero de 1993 hasta el 30 de junio de 2017, ocupando el empleo de auxiliar área salud, código 412 grado 17. (fl. 263).

2. Testimoniales

Se recibieron declaraciones, de las señoras: Adriana Milena Pérez Casallas, identificada con cédula de ciudadanía N°. 52.534.372, Rusbith Patio Perdomo, identificada con cédula de ciudadanía N°. 26.591.972, y Margot Betancourt Caicedo, identificada con la cédula de ciudadanía N°. 51.577.523.

IX. NORMAS Y JURISPRUDENCIA

Inicialmente el despacho 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 ocurre, en: 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, el vínculo derivado de la relación contractual con la administración, que se realiza a través de contratos u 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.

...

30. 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 concurran 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. Negrilla 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:

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-171 del 7 de marzo de 2012.

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

De otra parte, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - mediante sentencia del 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

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

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

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, al presentarse interrupciones entre los contratos, el Consejo de Estado, en la citada Sentencia de Unificación de 9 de septiembre de 2021³, precisó:

“[...]

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

151. Adicionalmente, como complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones:

152. Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 **celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.**

153. Segunda: en cualquier caso, **de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual.** En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse. [...]” Negrillas fuera de texto

Es decir, no resulta relevante que se presenten interrupciones entre los diferentes contratos, siempre y cuando estas sean inferiores a 30 días o aun siendo superiores, pueda inferirse que existe continuidad en la prestación.

4. Características del Contrato Estatal

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

En la citada sentencia de unificación, el Consejo de Estado⁴, sobre los elementos que deben tenerse en cuenta para establecer si se configura contrato de prestación de servicios, señaló:

“[...] se pueden considerar como características del contrato estatal de prestación de servicios las siguientes:

87. (i) Solo puede celebrarse por un «término estrictamente indispensable» y para desarrollar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», y no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes de esta.

88. (ii) Permite la vinculación de personas naturales o jurídicas; sin embargo, en estos casos, la entidad deberá justificar, en los estudios previos, porqué las actividades «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados». 25

89. (iii) El contratista conserva un alto grado de autonomía para la ejecución de la labor encomendada. En consecuencia, no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia. De ahí que el artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 determina que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales». 26

90. A este respecto, conviene aclarar que lo que debe existir entre contratante y contratista es una relación de coordinación de actividades, la cual implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente del objeto contractual, **como puede ser el cumplimiento de un horario o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados.**27

91. En definitiva, los contratistas estatales **son simplemente colaboradores episódicos y ocasionales de la Administración, que vienen a brindarle apoyo o acompañamiento transitorio a la entidad contratante, sin que pueda predicarse de su vinculación algún ánimo o vocación de permanencia.**

[...]

101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que **el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre**

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de Unificación. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), sentencia del 9 de septiembre del 2021

funcionarial. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente.

[...]

103. La reiterada jurisprudencia de esta corporación –que aquí se consolida- ha considerado, **como indicios de la subordinación**, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

104. i) **El lugar de trabajo. Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades.** Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

105. ii) **El horario de labores.** Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. **Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.**

106. iii) **La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del ius variandi,³⁵ la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante **es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual.** Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

107. iv) **Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.** El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la **realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral** a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, **la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia.** Por consiguiente, el

interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

108. A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. **En cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral**

[...]

120. Mediante el contrato de prestación de servicios, **el legislador pretendió atender situaciones especiales o contingentes relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades, por lo que estableció su celebración por un periodo temporal.** Así lo consagra el inciso segundo del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que a letra transcrita, señala lo siguiente: «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable». En ese sentido, **la temporalidad y excepcionalidad de la contratación son la esencia de este tipo de contratos. Por consiguiente, con ellos no pueden suplirse, de manera definitiva, las funciones permanentes o misionales de las entidades, pues su ejercicio solo corresponde a vinculaciones legales y reglamentarias.**

121. Pero ¿qué debe entenderse por término estrictamente indispensable? La Ley 80 no lo señala, ni tampoco da más elementos para conocer el significado de esa expresión, con lo cual pareciera haberse dejado al arbitrio de la Administración determinar cuándo un contrato de prestación de servicios se ajusta a ese requisito y, consecuentemente, si lo que se pacta es una vinculación para satisfacer una necesidad temporal (el fin de la norma) o una contratación con ánimo laboral disimulada. **El problema, entonces, radica en que esta indefinición ha permitido a distintos órganos del Estado contratar, indefinidamente, a personas naturales para cubrir funciones que claramente no son transitorias, contingentes o eventuales, sino que forman parte de su giro ordinario y necesariamente requieren ser atendidas por personal de planta.**

[...]

134. En ese orden de ideas, la Sala unifica el sentido y alcance del «término estrictamente indispensable» como aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, **representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento.**

135. Para la Sala, la anterior interpretación unifica el significado y alcance del «término estrictamente indispensable» del numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, **el cual se acompasa plenamente con la interdicción de prolongar indefinidamente la ejecución de los contratos estatales de prestación de servicios.**

[...]

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

[...] 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.

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

151. Adicionalmente, como complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones:

152. Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.

153. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse.

[...]

3.4. Síntesis de las reglas objeto de unificación

167. La primera regla define que el «**término estrictamente indispensable**», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en **la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal u ocasional y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.**

168. La segunda regla **establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del plenario.**

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

4. Hospital Centro Oriente II Nivel E.S.E.

El Hospital Centro Oriente II Nivel E.S.E., 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 Estado⁵ 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.

⁵ CONSEJO DE ESTADO - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D.C., cuatro (04) de febrero de 2016. Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14).

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 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

La demandante prestó sus servicios en el Hospital Centro Oriente E.S.E hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., en cumplimiento de diferentes contratos de prestación de servicios, desempeñando sus funciones desde el 16 de junio de 2012 al 30 de abril de 2016, en donde los objetos contractuales fueron referentes al cargo de: Enfermero Profesional y/o Profesional Área de la Salud.

Lo cual, es verificado con los contratos prestación de servicios, visibles de folios 16 a 34, y de la certificación allegada (fl. 15), y se establecieron, así:

CONTRATO N°	DESDE	HASTA	OBJETO
N°. 478 de 2012	16-06-2012	27-10-2012	<i>El CONTRATISTA se obliga para con el HOSPITAL a prestar servicios independientes, como LIDER SEDE ASISTENCIAL SAMPER MENDOZA</i>
N°. 908 de 2012	06-11-2012	30-09-2013	<i>El contratista se compromete para con el HOSPITAL a Prestar servicios de LIDER SEDES ASISTENCIALES SAMPER MENDOZA – RICAURTE, de manera autónoma e independiente, es decir, sin que exista relación laboral, utilizando sus propios medios. Así mismo, se obliga a desarrollar todas y cada una de las especificaciones señaladas en su propuesta documento que hace parte del contrato para todos los efectos legales.</i>
N°. 404 de 2013	01-10-2013	30-09-2014	<i>El contratista se compromete para con el HOSPITAL a Prestar servicios de PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN PROCESOS ADMINISTRATIVOS LIDER DE LAS SEDES ASISTENCIALES SAMPER MENDOZA Y RICAURTE, de manera autónoma e independiente, es decir, sin que exista relación laboral, utilizando sus propios medios. Así mismo, se obliga a desarrollar todas y cada una de las especificaciones señaladas en su propuesta documentos que hace parte del contrato para todos los efectos legales.</i>
N°. 462 de 2014	01-10-2014	31-01-2015	<i>El contratista se compromete para con el HOSPITAL a Prestar servicios de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, de manera autónoma e independiente, es decir, sin que exista relación laboral, utilizando sus propios medios. Así mismo, se obliga a desarrollar todas y cada una de las especificaciones señaladas en su propuesta; documento que hace parte el contrato para todos los efectos legales.</i>
N°. 235 de 2015	1-02-2015	30-04-2016	<i>El contratista se compromete para con el HOSPITAL a prestar servicios de LIDER SAMPER MENDÓZA, de manera autónoma e independiente, es decir, sin que exista relación laboral, utilizando sus propios medios. Así mismo se obliga a desarrollar todas y cada una de las especificaciones señaladas en su propuesta; documento que hace parte del contrato para todos los efectos legales.</i>

Conforme a lo anterior, se evidenció que la entidad contrató de manera directa a la demandante, y sus labores fueron desarrolladas permanentemente, y pese a que se presentaron interrupciones entre contratos, estas fueron por menos de 30 días, es decir, es indiscutible que la prestación de sus servicios al Hospital Centro Oriente E.S.E hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., fue personal.

Ahora bien, de los contratos de prestación de servicios firmados por la señora Francy Yamely Domínguez Salazar, se estableció el objeto contractual, para lo cual, se transcribirán algunos apartes, así:

Contrato de Prestación de Servicios N°. 478 de 2012:

*“CLAUSULA PRIMERA OBJETO DEL CONTRATO: El **CONTRATISTA** se obliga para con el **HOSPITAL** a prestar servicios independientes, como **LIDER SEDE ASISTENCIAL SAMPER MENDOZA***

Contrato de Prestación de Servicios N°. 908 de 2012:

*“CLAUSULA PRIMERA OBJETO DEL CONTRATO: El contratista se compromete para con el **HOSPITAL** a Prestar servicios de LIDER SEDES ASISTENCIALES SAMPER MENDOZA – RICAURTE, de manera autónoma e independiente, es decir, sin que exista relación laboral, utilizando sus propios medios. Así mismo, se obliga a desarrollar todas y cada una de las especificaciones señaladas en su propuesta documento que hace parte del contrato para todos los efectos legales.”*

Contrato de Prestación de Servicios N°. 404 de 2013:

*“CLAUSULA PRIMERA OBJETO DEL CONTRATO: El contratista se compromete para con el **HOSPITAL** a Prestar servicios de PROFESIONAL ESPECIALIZADO EN PROCESOS ADMINISTRATIVOS LIDER DE LAS SEDES ASISTENCIALES SAMPER MENDOZA Y RICAURTE, de manera autónoma e independiente, es decir, sin que exista relación laboral, utilizando sus propios medios. Así mismo, se obliga a desarrollar todas y cada una de las especificaciones señaladas en su propuesta documentos que hace parte del contrato para todos los efectos legales.”*

Contrato de Prestación de Servicios N°. 462 de 2014:

*“CLAUSULA PRIMERA OBJETO DEL CONTRATO: El contratista se compromete para con el **HOSPITAL** a Prestar servicios de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, de manera autónoma e independiente, es decir, sin que exista relación laboral, utilizando sus propios medios. Así mismo, se obliga a desarrollar todas y cada una de las especificaciones señaladas en su propuesta; documento que hace parte el contrato para todos los efectos legales.”*

Contrato de Prestación de Servicios N°. 235 de 2015:

*“CLAUSULA PRIMERA OBJETO DEL CONTRATO: El contratista se compromete para con el **HOSPITAL** a prestar servicios de LIDER SAMPER MENDÓZA, de manera autónoma e independiente, es decir, sin que exista relación laboral, utilizando sus propios medios. Así mismo se obliga a desarrollar todas y cada una de las especificaciones señaladas en su propuesta; documento que hace parte del contrato para todos los efectos legales.”*

Es así como, se evidencia que los objetos contractuales, estaban dirigidos a las actividades de un profesional especializado en el área de salud, con la característica de ser líder de las sedes en las cuales desempeñó sus labores, para lo cual, era necesario realizar actividades dentro de la entidad, es decir, tenía que asistir al hospital, le suministraban insumos y herramientas para el desarrollo de su trabajo.

2. Subordinación

El juzgado entró a verificar los diferentes aspectos que rodearon el desarrollo del trabajo de la demandante, con el objetivo de determinar si existió subordinación, para lo cual, estudio el siguiente material:

A los anteriores documentales, se sumó la valoración conjunta con los testimonios:

La señora Adriana Milena Pérez Casallas, sobre la demandante, señaló:

- Fue su jefe.
- Era la coordinadora del “CAMI” y laboró con ella cuatro años, la cual cumplía horarios de 7:00 a.m. a 5:00 p.m.
- Tuvo jefes que le delegaban funciones.
- Cumplió a cabalidad con el horario y las funciones dentro de la entidad.
- Realizaba cuadros de turnos para el área de asistencia y administrativa, posteriormente se le asignaron funciones relacionadas con farmacia.
- Tuvo como jefe al señor Reyes Murillo, Gerente del Hospital Centro Oriente.
- No se ausentaba de su lugar de trabajo a menos que se hubiera reuniones en el hospital.
- Se le vinculó con contrato de prestación de servicios.
- Hubo personal que desempeñó funciones similares, pero no fueron contratados bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios.
- Prestó sus servicios durante cuatro años, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios en el hospital centro oriente.
- Se desplazaba a diferentes sedes para realizar actividades relacionadas con listas de chequeo y otros, en las farmacias, previas ordenes de su jefe inmediato.
- El jefe todos los días presencialmente, vía telefónica y a través de correo electrónico, le impartió órdenes relacionadas con farmacia.
- La única vinculación de la demandante fue con el Hospital Centro Oriente.

La señora Rusbith Patio Perdomo, sobre la demandante, señaló:

- Fue su jefe, como coordinadora de enfermería en la sede Samper Mendoza, desde mayo de 2012.
- Era la encargada de la coordinación, turnos y supervisión de trabajo, en un horario de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.
- Fue compañera hasta junio de 2016.
- Dependía del subdirector administrativo del hospital.
- Estuvo en algunas ocasiones en consulta externa o recibiendo turno desde las 6:30 a.m.
- No dejó de asistir a su puesto de trabajo.
- Había personal de planta realizando funciones similares.
- Se desplazaba previa autorización del supervisor.
- El Doctor Reyes, le impartía instrucciones.
- Había labores que tenía que desempeñar, bajo directrices de su jefe inmediato.
- La demandante tenía que pedir el respectivo permiso o autorización con su jefe inmediato.
- Tuvo como superiores a los señores Elizabeth Beltrán y el Doctor Reyes.

La señora Margot Betancourt Caicedo, sobre la demandante, señaló:

- Se vinculó por contrato de prestación de servicios.
- Fue coordinadora del “CAMI” y realizaba labores en la farmacia.
- Su horario era de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., de lunes a viernes y eventualmente asistía los sábados y domingos.
- No dejó de trabajar, su servicio fue continuo.
- Había personal de planta que ejercían sus mismas labores y funciones.
- Realizó sus actividades en el Samper Mendoza y otros.
- Estuvo en servicios de consulta externa, urgencias y hospitalización.

Por lo anterior, se determinó que la demandante realizó prestación directa de su labor, en una actividad propia de la entidad, como es la de desarrollar funciones de jefe y

coordinadora de enfermería del CAMI, cumplía con un programa de actividades mensuales dentro de un horario de trabajo establecido por la entidad demandada y atendiendo órdenes de superiores. Además, de los testimonios se establece que, si la accionante se ausentaba debía reportar el permiso. Por lo tanto, se evidencia la falta de autonomía y libertad para desarrollar sus funciones, mismas que no podían ser ejercidas de otra forma dada la naturaleza de las labores de su cargo.

Adicionalmente, se debe señalar que la demandante cumplía labores que, si bien requerían conocimientos de enfermería, estos no eran científicos. Siendo entonces que sus actividades correspondían a labores propias de la naturaleza de la entidad, como es la coordinación del personal que presta servicios de salud, funciones que debía desarrollar al interior del Hospital Centro Oriente II Nivel E.S.E, en cumplimiento de turnos determinados por la entidad; por lo cual, se evidencia que las funciones que realizaba la demandante, no están revestidas con un carácter ocasional o transitorio, ni eran extrañas a la entidad contratante, por cuanto dichas funciones son esenciales para el cumplimiento los objetivos legalmente establecidos.

Igualmente, la vinculación de la demandante se realizó por contratos de prestación de servicios, que fueron celebrados sucesivamente, de lo que puede afirmarse que hubo continuidad en la labor y en las órdenes que debía cumplir, quedando así demostrado, el elemento de subordinación.

Adicionalmente, se debe resaltar que revisados los contratos suscritos entre las partes, esto es: N°. 908 de 2012, N°. 404 de 2013, N°.462 de 2014 y N°. 235 de 2015, dentro de la clausula de obligaciones, se estableció en cabeza de la contratista: “**3) Acatar las órdenes que durante el desarrollo del contrato imparta EL HOSPITAL.**”, lo cual, permite inferir que, la demandante no tenía autonomía para el desarrollo del objeto contractual.

Así las cosas, claramente no se logró desvirtuar que la demandante haya podido realizar de manera independiente y sin la dirección de la entidad sus labores; luego, la señora Domínguez Salazar, actuó bajo permanente subordinación, en tanto, debía cumplir sus funciones de acuerdo con las órdenes impartidas por el hospital. Por tanto, resulta evidente que no se cumplen con esta característica del contrato de prestación de servicios, ni hay elementos para inferir la existencia de una relación de coordinación entre las partes contratantes.

3. Remuneración

El despacho comprobó que la demandante recibía por parte de la accionada, sumas de dinero como contraprestación directa por sus laborales, las cuales fueron 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 y en los siguientes documentales:

- Constancia suscrita por el Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente, de 28 de marzo de 2017, en la que se enumeran los contratos celebrados entre la demandante y la entidad, señalando el valor de cada uno (fl. 15)
- Constancia suscrita por la Directora Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente, de 15 de noviembre de 2017, en la que se enumeran los contratos celebrados entre la demandante y la entidad, señalando el valor de cada uno (fl. 205)
- Documento denominado pagos financiera, en el que se enlistan los pagos y fechas en que fueron realizados a la demandante. (fl. 248 CD)

De otra parte, se debe señalar que el Hospital Centro Oriente II Nivel E.S.E., dentro de sus actividades contaba con la de atención permanente de pacientes, es así como, se evidencia que las funciones que realizaba la demandante como jefe y coordinadora del CAMI, no estaban revestidas de carácter ocasional o transitorio, ni eran extrañas a la entidad, por cuanto dichas funciones son esenciales para el cumplimiento de los objetivos.

En conclusión, se determina: *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.

- Prescripción

En lo referente a la prescripción, el Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación⁶ 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*

⁶ 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).

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:

*[...] 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.** (Negritas 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.”

De esta manera, se debe tener en cuenta que la sentencia de unificación, indica en la segunda regla, un período de 30 días hábiles, comprendidos entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, para la configuración de la no solución de continuidad. Así mismo, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, establecen el termino de prescripción de 3 años, que se contabiliza a partir de que el derecho se hace exigible y se interrumpe con el reclamo.

Luego, teniendo en cuenta lo señalado por la sentencia de unificación, el estudio de la prescripción debe hacerse por separado para cada periodo que presenta solución de continuidad, al haber culminado en cada uno la relación contractual, la demandante tenía la carga de solicitar el reconocimiento de su prestación dentro del término prescriptivo.

En el caso, el último contrato finalizó el 30 de abril de 2016, y la solicitud de reconocimiento laboral se presentó el 17 de marzo de 2017 (fl. 206), misma que se respondió mediante el acto aquí acusado, y la demanda fue presentada el 25 de julio de 2017 (fl. 78), es decir, dentro del término de los tres años, por lo cual, no existe prescripción.

Declaración de Nulidad

Conforme a lo expuesto, se declarará nulidad del acto administrativo contenido en el oficio radicado N°. E-703/2017 de 5 de abril de 2017.

A título de restablecimiento del derecho

Se condenará a la entidad a reconocer liquidar y pagar a favor de Francy Yamely Domínguez Salazar, identificada con cédula de ciudadanía N°. 52.272.090, a título de las diferencias salariales y prestaciones sociales, tomando como base para liquidarlas, los salarios que devengaba otro funcionario en un cargo equivalente para la época de los hechos, esto es, si el valor de lo pactado en los contratos fue inferior, en los periodos correspondientes en los cuales se demostró la relación laboral sin solución de continuidad, es decir, entre el 16 de junio de 2012 al 30 de abril de 2016; descontando los días no laborados.

Cotizaciones al Sistema Integral de Seguridad Social

Pensiones

Se deberá tomar el ingreso base de cotización de la señora Francly Yamely Domínguez Salazar, (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, y 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 trabajador⁷, por el periodo trabajado: entre el 16 de junio de 2012 al 30 de abril de 2016; descontando los días no laborados.

Sin embargo, para cumplir con esta orden la demandante tendrá la carga probatoria de acreditar las cotizaciones que sufragó por este concepto.

El tiempo laborado por la demandante durante el periodo comprendido entre el 16 de junio de 2012 a 30 de abril de 2016; descontando los días no laborados, se computará para efectos de cotización en pensión.

- Salud

Teniendo en cuenta lo señalado en la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 9 de septiembre de 2021⁸, 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 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.

⁷ 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 No. 23001233300020130026001.

⁸Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016)- Demandante: Gloria Luz Manco Quiroz

- Descuentos por Concepto de Retención en la Fuente

Ahora bien, en cuanto a la devolución de aportes retención en la fuente, no es posible acceder, toda vez que como lo ha precisado el Consejo de Estado, *“esa figura reviste un cobro anticipado de un impuesto, esto es, un concepto tributario, que desborda el objeto de la controversia laboral del epígrafe. Además, la desnaturalización de la vinculación de la actora a través de contratos de prestación de servicios, no implica el reintegro de dineros que se hayan erogado para su celebración”*⁹. Entonces, la finalidad de la declaratoria del contrato realidad es el reconocimiento de derechos prestacionales y pensionales dejados de percibir, y no la devolución con ocasión de la celebración del contrato,¹⁰ razón por la cual será negada.

- 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 2009¹¹, 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 Estado¹², 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.*

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección B. Rad. 2012-01454-01(2550-16), noviembre 1 de 2018.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección B. Rad. 2008-00655 01 (1422-2011), noviembre 17 de 2011.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección B. Rad. 73001233100020000344901.

¹² 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)

*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, 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 ingresos²³.*

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 lo solicita 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.

- Perjuicio Moral

En cuanto a la pretensión encaminada a obtener la indemnización del perjuicio moral causado al demandante, no le asiste vocación de prosperidad, toda vez que no se aportó prueba alguna al plenario que permita establecer la causación de este, por lo cual se negará.

- Vacaciones Compensación en Dinero

En el caso de la compensación en dinero de las vacaciones, derivados de un contrato

realidad, el Consejo de Estado¹³, ha señalado:

*Esa, es la razón argumentativa del reconocimiento **de las vacaciones** y prima de vacaciones que para el apelante fueron excluidas en la sentencia impugnada, pero que a la luz de la misma, **al considerárseles como prestaciones sociales emanadas de la relación laboral declarada, están comprendidas en la decisión al haber sido preestablecidas por el legislador en virtud de los servicios subordinados prestados al empleador, así:***

(...)

Bajo esa tesitura, habrá de reformarse el numeral 2º de la providencia apelada para incluir expresamente estas dos prestaciones, donde el derecho al descanso previsto en el artículo 53 de la Constitución Política¹⁸, al no haberse disfrutado de la forma establecida, será reconocido monetaria y excepcionalmente en los términos del Decreto Ley 1045 de 1978¹⁹:

“ARTÍCULO 20. De la compensación de vacaciones en dinero. Las vacaciones solo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos: a) Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual solo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año; b) Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces.”

Por tanto, siendo las vacaciones una prestación social proveniente de la relación laboral que se declara; se ordenará a la entidad demandada, pagar al demandante los dineros por vacaciones compensadas en dinero, durante el periodo comprendido entre el 16 de junio de 2012 a 30 de abril de 2016; descontando los tiempos no laborados.

- Horas Extras y Recargos

Respecto a las horas extras nocturnas y los recargos nocturnos y dominicales, como quiera que no fueron probados con las documentales allegadas, se negarán.

- 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

¹³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. CP. César Palomino Cortés. Bogotá, D.C., 7 de febrero de 2019. Rad. 66001-23-33-000-2011-00282-01(1824-17).

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 nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N°. E-703/2017 de 5 de abril de 2017, proferido por la demandada, mediante el cual niega la existencia de una relación laboral entre accionante y accionada; de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO.- DECLARAR existencia de relación laboral de derecho público, entre la señora Francy Yamely Domínguez Salazar y la accionada, desde el dieciséis (16) de junio de dos mil doce (2012) al treinta (30) de abril de dos mil dieciséis (2016), sin que esto constituya declaración de empleado público; de acuerdo a lo expresado en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al Hospital Centro Oriente II Nivel E.S.E - hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., a **reconocer liquidar y pagar** a favor, de: Francy Yamely Domínguez Salazar, identificada con cédula de ciudadanía N°. identificada con cédula de ciudadanía N°. 52.272.090, 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, si el valor de lo pactado en los contratos fue inferior, en los periodos en los cuales se demostró la relación laboral sin solución de continuidad, es decir, desde el dieciséis (16) de junio de dos mil doce (2012) al treinta (30) de abril de dos mil dieciséis (2016); descontando los días no laborados; de acuerdo a lo expresado en la parte considerativa de esta sentencia.

Igualmente, deberá hacerse el pago de los aportes a la entidad de seguridad social en pensiones, desde el dieciséis (16) de junio de dos mil doce (2012) al treinta (30) de abril de dos mil dieciséis (2016); descontando los periodos no laborados, en la proporción que legalmente corresponda, tiempo que se debe computar para efectos pensionales.

En pensión, 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

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

QUINTO.- NO CONDENAR en costas ni agencias en derecho, por los motivos arriba indicados.

SEXTO.- 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.

SÉPTIMO.- 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 pertinentes de cada actuación 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: eedaf025d747dadcc26df12037d5e9c9c3d57e925cf172521a3c61165bb2b18a

Documento generado en 19/10/2022 10:53:24 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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