



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

RADICACIÓN: No. 110013335-012-2017-00304-00
PROCESO NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE: NANCY JULIETH ROJAS LEON
ACCIONADA: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR
E.S.E.

**ACTA N° 30 – 2020
AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO
ARTICULO 182 DE LA LEY 1437 de 2011**

En Bogotá D.C. a los cinco (05) días de febrero de dos mil veinte (2020), siendo las 9:53 a.m., fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su Secretaria ad hoc constituyó audiencia pública en la **Sala 12** de la sede judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

Parte demandante: Se presentó la doctora **Laura Paola Mora Herrera**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No 1.067.933.722 y T.P. 309.579 del C.S. de la J., quien actúa como apoderada sustituta del doctor Jorge Enrique Garzón Rivera, identificado con cédula de ciudadanía N° 79.536.856 y T.P. 93.610 del C.S. de la J.

El despacho le reconoce personería jurídica a la doctora Laura Paola Mora Herrera.

Parte demandada: No compareció a la diligencia el apoderado de la parte demandada

El ministerio público no se hace presente.

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

1. Saneamiento del proceso
2. Alegaciones Finales
3. Decisión de Fondo

SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5° del CPACA, se procede a evacuar la etapa de **saneamiento del proceso**, para tal efecto se concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento.

Como la apoderada no expresa ninguna irregularidad que sanee y el Despacho tampoco evidencia causal que invalide lo actuado, se da por agotada esta etapa.

Decisión notificada en estrados.

ALEGACIONES FINALES

A continuación, se corre traslado a las partes para que presenten alegatos de conclusión. Los argumentos expuestos quedan consignados en la videograbación anexa a la presente acta.

Se deja constancia que el apoderado de la entidad no comparece.

Decisión notificada en estrados

FALLO

1. Problema Jurídico

Corresponde al Despacho determinar si de los contratos suscritos entre **NANCY JULIETH ROJAS LEON** y la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIO DE SALUD SUR E.S.E.**, se pueden establecer los elementos necesarios para declarar la existencia de una relación laboral y el consecuente derecho al pago de las prestaciones sociales.

2. Consideraciones

En desarrollo de lo previsto en los artículos 25 y 53 de la Constitución Política de 1991¹, se aplica el **principio de la primacía de la realidad** para garantizar derechos de los trabajadores, en eventos donde se han celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral. En tal sentido, es importante diferenciar los elementos y características del contrato de prestación de servicios y los elementos de la relación laboral.

2.1. De los contratos de prestación de servicios con entidades estatales y las relaciones laborales

La contratación por prestación de servicios con el Estado ha sido desarrollada a través del Decreto Ley 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y la Ley 190 de 1995².

El numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el Contrato de Prestación de Servicios con Entidades Estatales de la siguiente manera:

¹ El artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado." De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

² LEY 190 DE 1995, (Junio 06). Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa." Se refiere a la obligación de las personas que presten servicios al Estado mediante contratos de prestación de servicios de diligenciar el formato de hoja de vida, incluirse en el sistema de información de personal, actualizar sus datos, cumplir con requisitos mínimos, y ser objeto de control social

“ARTÍCULO 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:
(...)

3. Contratos de Prestación de servicios: 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.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Los apartes destacados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en la sentencia C 154 de 1997³, de cuyas consideraciones el Despacho cita las siguientes:

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

- a) La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.
- b) La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato.
- c) La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

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

De acuerdo con el aparte jurisprudencial transcrito, el enunciado “En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales” contenida en el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no constituye una “presunción

³ Sentencia C-154/97 Referencia: Expediente D-1430, Norma acusada:, Numeral 3o. -parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 “por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa”, Actores: Norberto Ríos Navarro, Tulio Elí Chinchilla Herrera, Alberto León Gómez Zuluaga, Carlos Alberto Ballesteros Barón y Germán Enrique Reyes Forero., Magistrado Ponente:, Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, Santafé de Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

de iure” y puede ser desvirtuada si se acredita la existencia de las características esenciales de la relación laboral.

Ahora bien, en relación con la frase “cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta”, la Corte Constitucional precisó su alcance en los siguientes términos:

“No es cierto, entonces, como lo indican los accionantes que cada vez que una entidad presente una insuficiencia de personal en su planta, pueda acudir como remedio expedito de la misma al contrato de prestación de servicios a fin de solventar la crisis que se pueda generar; la contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes, únicamente, opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden. Desde luego que si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la justicia del trabajo, si se trata de un trabajador oficial o ante la jurisdicción contencioso administrativa, con respecto al empleado público.

De otro lado, se plantea que la pretendida discriminación conlleva no sólo una desnaturalización del contrato de prestación de servicios, sino también a la vulneración del derecho al trabajo reconocido en el preámbulo y artículos 1, 2 y 25 de la Constitución y por ende de los principios mínimos laborales consagrados en el artículo 53 de la Carta Política, en especial en lo que a la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y la estabilidad en el empleo, se refiere.”

De manera que, según la interpretación de la frase: “cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta”, esta se refiere a la posibilidad de contratar la realización de tareas de carácter temporal en los casos en los que la entidad no cuenta con el personal de planta con el conocimiento profesional, técnico o científico para la ejecución de esta actividad en particular.

La Corte Constitucional expresamente señaló que es contrario a la Constitución interpretar este enunciado como una autorización o alternativa para suplir una insuficiencia de personal en su planta y vincular mediante esta modalidad a personas para desarrollar idénticas funciones que sus empleados en condiciones de inferioridad, pues si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada.

1. Que su actividad en la entidad haya sido **personal**
2. Que por dicha labor hubiere recibido una **remuneración**
3. Que con el empleador exista **subordinación o dependencia**

Los dos primeros elementos son comunes tanto para las vinculaciones por contratos de prestación de servicio y las relaciones laborales, de manera que el tercer elemento es el que permite definir el carácter contractual o laboral de la vinculación.

Por lo tanto para demostrar la existencia de una relación de trabajo debe estar probada fehacientemente la subordinación y dependencia, de tal manera que sin la menor duda se pueda establecer que:

- i) se realizaron funciones públicas en las mismas condiciones de los servidores públicos vinculados laboralmente a la entidad,
- ii) se impuso al contratista del Estado el cumplimiento del manual de funciones que regula los empleos del organismo,
- iii) se desarrollaron actividades propias del objeto social, con instrumentos, herramientas y equipos de su propiedad y en sus propias instalaciones,
- iv) se impartieron directrices, instrucciones y lineamientos que anularon la autonomía con la que debió desarrollarse el objeto contractual,
- v) existió continuidad en la prestación del servicio a través de contratos u órdenes de prestación de servicios,
- vi) se sometió al contratista a un horario de trabajo por lo que debía solicitar permisos para ausentarse⁴

2.2. De la diferencia entre coordinación y subordinación

El Consejo de Estado diferencia entre el concepto de coordinación propio de los contratos de prestación de servicios y el concepto de subordinación pues el cumplimiento de órdenes o sujeción a reglamentos no implica "per se" la existencia de la relación laboral:

"De otra parte, en cuanto a la dirección y coordinación de los contratos de prestación de servicio como modalidad contractual estatal, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, establece que la dirección general y la obligación de ejercer control y vigilancia de la ejecución del contrato recaerán en las entidades estatales.

*Atendiendo lo dispuesto en la norma precitada, esta Sección ha sostenido que **entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye 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, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación***⁵ (Negrilla fuera de texto).

Así, existen elementos tales como la coordinación de actividades, donde el contratista se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, el cumplimiento de un horario o el hecho de recibir una serie de instrucciones de superiores o tener que reportar informes sobre sus resultados, que no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación, pues las ordenes e imposición de horarios y controles está muy relacionada con el tipo de actividad que se contrate.

2.3. Formas de desvirtuar el contrato de prestación de servicios

⁴ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D", 14 de febrero de 2019, Magistrado Ponente: Luis Alberto Álvarez Parra, referencia No. 2014-00554.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección "B" Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá D.C., 31 de mayo de 2016.

Dado que en algunos contratos la coordinación y vigilancia propias de la relación puede confundirse con el elemento de subordinación propio de la relación laboral, el Consejo de Estado expuso que hay otras características que los diferencian⁶:

“Los contratos de prestación de servicios, en el ordenamiento colombiano se encuentran regulados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con la Ley 1150 de 2007, y se configura cuando: **i)** Se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados⁷; **ii)** no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; ; **iii)** se acuerde un valor por honorarios prestados. Por la misma naturaleza del contrato, esto tiene vigencia temporal o transitoria y la autonomía e independencia⁸ del contratista desde el punto de vista técnico y científico,⁹ constituyen elementos esenciales del contrato de prestación de servicios.¹⁰ Y están previstos para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad.

No obstante lo anterior, los denominados contratos de prestación de servicios pueden ser desvirtuados cuando: **1)** Se demuestran los elementos constitutivos de la relación laboral, a saber: **a)** Subordinación¹¹ o dependencia

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

⁷ Sentencia C-614/09

⁸ La Corte Constitucional en sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y el de prestación de servicios:

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

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

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

⁹ 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. Corte Constitucional. Sentencia C-154-97

¹⁰ La vigencia del contrato de prestación de servicios es, por su naturaleza, temporal y sólo podrá celebrarse por el término estrictamente indispensable para ejecutar el objeto convenido. Y, en caso contrario, como lo ha dicho la Corte “será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente[3]”. C-739-02.

¹¹ “Dentro del elemento subordinación se destaca, como ya lo ha sostenido la jurisprudencia, **el poder de dirección en la actividad laboral y la potestad disciplinaria que el empleador ejerce sobre sus trabajadores para mantener el orden y la disciplina en su empresa. Esa facultad, como es obvio, se predica solamente respecto de la actividad laboral y gira en torno a los efectos propios de esa relación laboral. Sin embargo, aun en ese ámbito de trabajo la subordinación no puede ni debe ser considerada como un poder absoluto y arbitrario del empleador frente a los trabajadores. En efecto, la subordinación no es sinónimo de terca obediencia o de esclavitud toda vez que el trabajador es una persona capaz de discernir, de razonar, y como tal no está obligado a cumplir órdenes que atenten contra su dignidad, su integridad o que lo induzcan a cometer hechos punibles. El propio legislador precisó que la facultad que se desprende del elemento subordinación para el empleador no puede afectar el honor, la dignidad ni los derechos de los trabajadores y menos puede desconocer lo dispuesto en tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la**

respecto del empleador; b) Prestación personal y; c) Remuneración por trabajo cumplido¹². 2) cuando se contrata para desarrollar funciones de carácter permanente de la entidad.”¹³

Por último se anota que en el desarrollo jurisprudencial sobre la aplicación del principio de primacía de la realidad, se le ha indicado al Juez la obligación de “desentrañar la relación laboral” para identificar su naturaleza¹⁴. En esta tarea se deben analizar aspectos como:

- **La permanencia de las funciones.** Es decir que la labor sea inherente a la entidad y perdure en el tiempo de manera estable. Se precisa que la permanencia se analiza frente a las funciones, no a la duración de la vinculación de la persona. Se ha dado el caso que algunas entidades contratan la prestación de una labor permanente e inherente y suscribe contratos de prestación de servicios por lapsos muy cortos para evadir este requisito. Y sin embargo, continúa sufriendo esta función con nuevas o sucesivas contrataciones.
- **Parámetro de comparación con los demás empleados de planta.** Otro aspecto que indica el encubrimiento de una relación laboral es la equivalencia o similitud entre las actividades desarrolladas por el contratista y aquellas descritas en los manuales de funciones de los cargos de planta, se encuentren o no ocupados.
- **Desempeño de deberes de servidores públicos.** En la relación laboral administrativa el empleado público no está sometido exactamente a la “subordinación” frente a un superior o jefe inmediato como ocurre en la relación laboral privada. Aquí está obligado es a obedecer y cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos administrativos correspondientes, para proferir sus decisiones o actos; de manera que cuando el contratista profiere decisiones, actos o desarrolla funciones que consagran los deberes, obligaciones y prohibiciones previstas para los servidores públicos, este tipo de decisiones es otro indicativo del encubrimiento de una relación laboral.

Cuadro comparativo entre el contrato de prestación de servicios y una relación laboral

Según lo analizado en el marco normativo y jurisprudencial, a continuación se relaciona las siguientes características:

| CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS | RELACIÓN LABORAL |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • Labores relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad • Se suscribe con personas naturales cuando las actividades a realizar no pueden ejecutarse con personal de planta o requieren conocimientos especializados, experiencia, capacitación y formación profesional de una persona. • Existe autonomía e independencia técnica y científica. • Es temporal, su duración es por tiempo limitado. | <ul style="list-style-type: none"> • Se da la existencia de 3 elementos: <ol style="list-style-type: none"> 1. Subordinación o dependencia (se imparten directrices, instrucciones y lineamientos que anulan la autonomía) 2. Remuneración por trabajo cumplido. 3. Las funciones son de carácter permanente. • Cumplimiento de manual de funciones. • Realización de actividades permanentes, propias del objeto social de la entidad e inherentes ella. • Las funciones se desarrollan con |

materia obliguen a Colombia”. Sentencia C-934/04

¹² El artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo define el contrato de trabajo en los siguientes términos: “...Es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal u otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración”.

¹³ Sentencia del 11 de febrero de 2016, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, MP: César Palomino Cortés.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, C.P.: Tarsicio Cáceres Toro.

| | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • Existe un valor de sus honorarios. • No puede haber contratistas con las mismas funciones del personal de planta. | <p>herramientas, instrumentos y equipos de propiedad de la entidad y en sus instalaciones.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Hay continuidad en la prestación del servicio • Hay cumplimiento del horario de trabajo |
|--|---|

2.4. Prescripción de los derechos derivados del contrato realidad

En relación con la prescripción de los derechos derivados de un contrato de trabajo, es imperioso distinguir entre el derecho al trabajo en sí mismo considerado y el término para ejercer la acción derivada de una relación laboral.

En relación con tal distinción en la Sentencia C-072 de 1994 la Corte declaró exequibles el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral y el artículo 488 del actual Código Sustantivo del Trabajo, relativos a la prescripción general de tres (3) años para el ejercicio de las acciones derivadas de las leyes sociales y laborales, afirmando lo siguiente:

*"La prescripción extintiva es un medio de extinguir la acción referente a una pretensión concreta, pero no el derecho sustancial fundamental protegido por el artículo 25 de la C.P., **porque el derecho al trabajo es en sí imprescriptible.**"*

*No se lesiona al trabajador por el hecho de que la ley fije términos para el ejercicio de la acción laboral. El derecho de los trabajadores se respeta, simplemente se limita el ejercicio de la acción, y se le da un término razonable para ello.
(...)*

La prescripción trienal acusada, no contradice los principios mínimos fundamentales establecidos por el Estatuto Superior, porque la finalidad que persigue es adecuar a la realidad el sentido mismo de la oportunidad, con lo cual logra que no se desvanezca el principio de la inmediatez, que, obviamente, favorece al trabajador, por ser la parte más necesitada en la relación laboral. El derecho de los trabajadores no puede menoscabarse (art. 53 C.P.), y es en virtud de ello que la prescripción de corto plazo garantiza la oportunidad a que tienen derecho los que viven de su trabajo". (Resaltado fuera de texto).

Igualmente, el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional en sentencia C-916 de 2010 ratificó la constitucionalidad del término trienal de prescripción, afirmando lo siguiente:

"(i) El núcleo esencial del derecho al trabajo no se desconoce, por el hecho de existir la prescripción de la acción laboral concreta.

(ii) La prescripción extintiva lo es de la acción, pero en momento alguno hace referencia al derecho protegido por el artículo 25 constitucional.

(iii) No se lesiona al trabajador por el hecho de que la ley fije términos para el ejercicio de la acción laboral. El derecho de los trabajadores se respeta, simplemente se limita el ejercicio de la acción, y se le da un término razonable para ello. El núcleo esencial del derecho al trabajo no sólo está incólume, sino protegido, ya que la prescripción de corto plazo, en estos eventos, busca mayor prontitud en el ejercicio de la acción, dada la supremacía del derecho fundamental, el cual comporta la exigencia de acción y protección oportunas. Así, pues, el legislador no hizo cosa distinta a hacer oportuna la acción; de ahí que lo que, en estricto sentido, prescribe es la viabilidad de una acción concreta derivada de la relación laboral, pero nunca el derecho-deber del trabajo.

(iv) La finalidad de la prescripción es adecuar a la realidad el sentido mismo de la oportunidad, con lo cual logra que no se desvanezca el principio de la inmediatez, que, obviamente, favorece al trabajador, por ser la parte más necesitada en la relación laboral

(v) Es acertado el racionamiento del legislador ya que, por unanimidad doctrinal -y también por elementales principios de conveniencia- lo justo jamás puede ser inoportuno, puesto que al ser una perfección social, siempre será adecuado a las circunstancias determinadas por el tiempo, como factor en el que opera lo jurídico.

(vi) Las prescripciones de corto plazo buscan también la seguridad jurídica, que al ser de interés general, es prevalente (art. 1o. superior). Y hacen posible la vigencia de un orden justo (art. 2o. superior), el cual no puede ser jamás legitimador de lo que atente contra la seguridad jurídica, como sería el caso de no fijar pautas de oportunidad de la acción concreta derivada del derecho substancial.

(vii) Las normas acusadas, lejos de atentar contra la dignidad del trabajador, se caracterizan por establecer una seguridad jurídica, por razones de beneficio mutuo de los extremos de la relación laboral, que se ven en situación de inmediatez y prontitud, razón por la cual una prescripción de largo plazo dificultaría a patronos y a trabajadores la tenencia o conservación de pruebas que faciliten su demostración en el juicio. Es por ello que la prescripción de tres años de la acción laboral es proporcionada con las necesidades, y por tanto no es contraria a la igualdad, ya que ésta consiste en una equivalencia proporcional, y no en una homologación jurídica absoluta de materias diversas, lo cual sería, a todas luces, un absurdo.

(viii) Las normas acusadas son en beneficio directo del trabajador, pues buscan la seguridad en la vida jurídica. Se le brinda a aquel la oportunidad para reclamar el derecho que le ha sido concedido, pero ponen a dicha oportunidad un límite temporal, determinado por la inmediatez que emana de la relación laboral. Después de ese lapso, no hay un verdadero interés en el reclamo, puesto que no ha manifestado su pretensión dentro de un tiempo prudente para exteriorizar su razón jurídica.”¹⁵

Ahora bien, teniendo en cuenta el anterior precedente jurisprudencial y a efectos de establecer la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el término para pretender el reconocimiento de la relación laboral, en sentencia de Unificación del Consejo de Estado¹⁶, con ponencia del Magistrado CARMELO PERDOMO CUÉTER, se dispuso lo siguiente:

“En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca de su fundamento normativo, es decir, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales **aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.** Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social.

Por lo tanto, **si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella,** pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-916 de 2010. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

¹⁶ Sentencia Unificación del Consejo de Estado, Sección Segunda radicado 23001233300020130026001 (00882015) del 25 de agosto de 2016

En la sentencia de Unificación en cita, el máximo Tribunal de la jurisdicción contenciosa realizó la distinción entre la prescriptibilidad de las prestaciones sociales y salariales derivadas de la declaratoria de un contrato realidad y la imprescriptibilidad de los aportes al sistema general de seguridad social, en los siguientes términos:

“La Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.

(...)

En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino [también] de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.” (Subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, lo manifestado por el Consejo de Estado en la sentencia de Unificación citada, nos permite dilucidar las siguientes 7 reglas de aplicación respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad:

1. 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. Dicho término, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ajusta a la Constitución Política de 1991.
2. Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.
3. Lo anterior no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.
4. Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el literal c) del numeral primero del artículo 164 del CPACA).

5. Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

6. El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

7. El juez contencioso administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

2.4. Del caso concreto

2.4.1. Presupuestos fácticos y probatorios, pretensiones y contestación de la demanda

La demandante pretende que se declare la existencia de una relación laboral entre ella y la SUBRED Sur E.S.E., y, en consecuencia, que se ordene el reconocimiento y pago de las diferencias salariales entre lo devengado por el personal de enfermería de planta y lo pagado a ella mediante los contratos, de las prestaciones sociales, así como horas extras nocturnas, recargos nocturnos y dominicales; la indemnización moratoria por el no pago de las cesantías, pago de cotizaciones a salud y pensión, la devolución de los dineros descontados por concepto de retención en la fuente y el reconocimiento y pago por concepto de los daños morales.

Del material probatorio aportado al expediente, se tiene que:

1. La señora **Nancy Julieth Rojas Leon** estuvo vinculada a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, a través de los siguientes contratos de prestación de servicios (fl. 23):

| No. ORDEN DE CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS | PLAZO DE EJECUCIÓN | | OBJETO/PERFIL | VALOR TOTAL DEL CONTRATO | UNIDAD DE SERVICIOS DE SALUD |
|--|--------------------------|--------------------------|--|--------------------------|------------------------------|
| | DESDE | HASTA | | | |
| 5570 DE 2013 | 12 de septiembre de 2013 | 30 de septiembre de 2013 | Apoyo profesional a los procesos asistenciales como enfermera urgencias, hospitalización, partos | \$1.439.693 | VISTA HERMOSA |
| 7709 DE 2013 | 1 de octubre de 2013 | 09 de octubre de 2013 | | \$647.862 | |
| 8063 DE 2013 | 10 de octubre de 2013 | 31 de octubre de 2013 | | \$1.511.677 | |
| 9607 DE 2013 | 1 de noviembre de 2013 | 15 de enero de 2014 | | \$5.398.848 | |
| 01136 DE 2014 | 16 de enero de 2014 | 15 de mayo de 2014 | | \$8.897.300 | |
| 04525 DE 2014 | 16 de mayo de 2014 | 15 de noviembre de 2014 | | \$13.345.950 | |

2. En los contratos de prestación de servicios se observa que las razones de la contratación fueron:

*“a) Según estudio de necesidad y conveniencia suscrito por el REFERENTE **URGENCIAS CAMI VISTA HERMOSA**, el **HOSPITAL** requiere la contratación del Recurso Humano para cumplir con su Objeto Social (...)”*

3. El objeto de los contratos de prestación de servicios fue **“El CONTRATISTA se compromete para con el Hospital con total autonomía e independencia a realizar actividades como APOYO PROFESIONAL DE ENFERMERÍA EN LOS PROCESOS ASISTENCIALES EN SALUD-URGENCIAS, HOSPITALIZACIONES, PARTOS”**.

4. Así mismo se escucharon, en audiencia de 26 de septiembre de 2019 los testimonios de **DANIEL CALVO DIAZ** y **NELLY YORYET AGUILAR HERNANDEZ**, esta última fue tachada por el apoderado de la parte demandada por cuanto tiene una acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la **SUBRED**; razón por la cual el valor de su testimonio estará condicionado al análisis de las demás pruebas. Así mismo, se escuchó en audiencia el interrogatorio de parte de la demandante.

5. Por su parte, la entidad demandada en la contestación manifestó que entre las partes del presente asunto no ha existido relación laboral y propone como excepciones la prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y la sanción moratoria, ausencia de vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido y legalidad del contrato de prestación de servicios (folios 76 a 83).

6. De igual forma la entidad allegó respuesta a cuestionario por parte de la Gerente de la **SUBRED** de Servicios de Salud Sur E.S.E (folios 102 a 103) e historia laboral (118 a 120), Listado de los Jefes de Enfermería, su tipo de vinculación con el Hospital Vista Hermosa y los salarios devengados durante la vigencia 2013 a 2015 (Fl. 109), Manual de Funciones para el cargo de Profesional Enfermero, código 243, grado 19, contenido en Acuerdo No. 002 de 17 de marzo de 2006 y Resolución No. 132 de 24 de abril de 2015 (Fl.111-114), certificación de los salarios del cargo mencionado y los emolumentos a los que tiene derecho para las vigencias 2013 a 2015 (fl. 115).

Pues bien, el Despacho realizará el estudio del material probatorio allegado por las partes con el fin de determinar si existieron los elementos propios de una relación laboral en los contratos suscritos entre la accionante y la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR**.

2.4.2. De los elementos que configuran una relación laboral

Como se advirtió en las consideraciones del presente fallo, los elementos que configuran un contrato de trabajo son 3: prestación personal del servicio, remuneración y subordinación. Estos elementos se configuran en el caso objeto de estudio, teniendo en cuenta lo siguiente:

2.4.2.1. Prestación personal del servicio

La prestación personal del servicio consiste en la efectiva ejecución de la labor por parte del trabajador o contratista según sea la modalidad, este elemento exige el desempeño de todo el esfuerzo personal en el desarrollo de la actividad contratada.

En el caso concreto, tenemos que, de las pruebas documentales allegadas por las partes, tales como la copia de los contratos de prestación de servicios, se puede concluir que evidentemente la demandante prestó sus servicios de manera personal y directa en la sede Vista Hermosa de la SUBRED Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., a través de los contratos de prestación de servicios señalados en la demanda.

Los servicios prestados por la demandante iniciaron el 12 de septiembre de 2013 y se prolongaron hasta el 15 de noviembre de 2014, debiendo realizar las actividades contractuales de manera personal sin el apoyo de personas diferentes.

Lo anterior se colige de la prueba documental aportada al proceso y de los testimonios rendidos por los señores **DANIEL CALVO DÍAZ** y **NELLY YORYET AGUILAR HERNANDEZ**.

2.4.2.2. La remuneración

La remuneración constituye la retribución en dinero de la labor ejecutada. En lo que atañe a la modalidad del contrato de prestación de servicios, esta remuneración ha sido denominada honorarios.

En lo que respecta a este elemento, en el sub judice se encuentra lo siguiente:

- La actora percibió una contraprestación económica por la labor personal que realizó a favor de la entidad demandada, según lo estipulado en cada contrato de prestación de servicios, remuneración que dependía de la apropiación y el registro presupuestal correspondiente.
- En los contratos se estipuló un valor total para el mismo, el cual se cancelaría de manera mensual y estaba sujeto a la certificación o aprobación del cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del coordinador designado.
- A folio 23 de la demanda se puede observar certificación de los contratos suscritos por la demandante con la entidad.

De esta forma, se colige que las actividades contractuales desarrolladas por la demandante y, en favor de la SUBRED Integrada de Servicios de Salud Sur, fueron debidamente remuneradas, con lo que se estructura uno de los elementos necesarios para demostrar la existencia de un contrato realidad, según los lineamientos trazados por el Consejo de Estado.

2.4.2.3. La subordinación

En cuanto a este elemento constitutivo de la existencia de una relación laboral, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado¹⁷ que es la "aptitud que tiene el empleador para impartirle órdenes al trabajador y exigirle su cumplimiento, para dirigir su actividad laboral e imponerle los reglamentos internos de trabajo a los cuales debe someterse, "todo dirigido a lograr el objetivo misional trazado".

Para analizar el elemento de subordinación en el subjudice, el Despacho tiene lo siguiente:

I) Instrucciones recibidas:

Dentro de los testimonios rendidos por 2 terceros y según se desprende de la declaración de parte rendida por la demandante, se establece que durante la

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 31 de mayo de 2016, Exp. 05001233300020130081301 (36872014).

prestación del servicio, la señora **NANCY JULIETH ROJAS LEON** recibía instrucciones de sus jefes directos, como se desprende de las siguientes declaraciones:

Testigo **NELLY YORYET AGUILAR HERNANDEZ**: **PREGUNTA**: Usted nos indica que la demandante recibía órdenes, ¿nos puede indicar qué tipo de órdenes recibía? **RESPONDE**: Una de las órdenes era que tenía que cumplir el horario, que no podíamos llegar tarde, el de vigilar que nosotros los auxiliares llegáramos a cumplir el horario, que tenía que pasar la queja si alguno de nosotros llegaba a faltar, tenía que cumplir con las reuniones que programaban, eso básicamente.”

Declaración de parte **NANCY JULIETH ROJAS LEON** (demandante): **PREGUNTA**: Dentro del contrato que usted suscribió con el Vista Hermosa, habían una serie de actividades que usted debía desarrollar, usted podría precisarnos cuáles eran? **RESPONDE**: Cuando firmé contrato con el Hospital Vista Hermosa, firmé contrato en el cargo de enfermera Jefe, el cual conlleva a las actividades tales como: asistenciales, básicamente administración de medicamentos, apoyo a la parte de medicina con procesos invasivos y demás, revisión de historia clínicas, hacía cumplir las órdenes del médico, dirigiéndoles las órdenes al personal auxiliar, que finalmente, el objetivo era cumplir con las órdenes médicas. Del resto todas las actividades fueron 100% asistenciales. **PREGUNTA**: ¿Estas órdenes que ustedes hacían cumplir, estaban documentadas por escrito? **RESPONDE**: Claro, en la Historia Clínica reposan allí todo lo que es evolución médica, órdenes médicas y demás observaciones que se quieren realizar a algún paciente, entonces todo queda realizado y queda consignado en la historia clínica del paciente.”

ii) Horario

De igual forma, se pudo establecer que la demandante cumplió un horario de trabajo:

TESTIGO NELLY YORYET AGUILAR HERNANDEZ: “**PREGUNTA**: Usted nos habla de unos turnos de trabajo, usted nos puede indicar si estos turnos eran programados por la demandante o por el Hospital. **RESPONDE**: Siempre eran programados por el Hospital. (...) **PREGUNTA**: Puede informarle, por favor, al despacho, ¿cómo se controlaba que la demandante cumpliera con este horario de trabajo? **RESPONDE**: El Hospital manejaba un listado de turnos, entonces ahí estamos todos programados, la hora de salida, la hora de llegada y el turno correspondiente. Como nosotras trabajábamos noche de por medio, entonces aparecía noche, libre, noche, libre y pues uno llevaba siempre la secuencia. (...) **PREGUNTA**: ¿Ustedes no tenían ninguna injerencia en esa determinación de los turnos? **RESPONDE**: No, nada, es a donde ellos nos roten.”

TESTIGO DANIEL CALVO DÍAZ: “**PREGUNTA**: Puede informarle al Despacho si tiene conocimiento que la demandante cumplía un horario, cumplía turnos de trabajo. **RESPONDE**: Para todo el personal tanto de planta como contratistas, tanto los de planta le salen una planilla donde están planillados los turnos que van a hacer durante el mes, y los de contrato también tienen una planilla donde se [registran] los turnos que va a ejecutar durante todo el mes. **PREGUNTA**: Estos turnos de los que usted nos menciona, ¿la demandante los podía modificar? **RESPONDE**: No señora, esos turnos estaban ya dentro de esa planilla y eso venía por el jefe de departamento de la enfermería, quien coordinaba toda la parte de enfermería dentro del hospital. **PREGUNTA**: Puede informarle al despacho, en caso de que la demandante necesitara algún permiso o necesitara ausentarse de su lugar de trabajo por algún motivo, ¿nos puede indicar qué debía hacer? **RESPONDE**: Para eso... digamos si necesitaba algún permiso, si tenía alguna cita

médica o alguna vuelta personal que tenía que hacer, había un formato en el cual se tenía que diligenciar y se firmaba por el coordinador del servicio y se llevaba al departamento de enfermería y el jefe de enfermería le daba el aval y si aceptaba el cambio con el colega con el que iba ella a cambiar el turno; porque tenía que hacer el cambio de turno, digamos ella estaba en la noche, tenía que hacer con la otra persona de la otra noche, de la noche siguiente tenía que hacer el cambio de turno, pero tenía que estar autorizado por la jefe del departamento.”

iii) Carné

Uno de los testigos también señaló que la demandante debía portar un carné, el cual la identificaba como funcionaria de la entidad.

TESTIGO DANIEL CALVO DIAZ: “**PREGUNTA:** Puede indicarle al despacho, por favor, si la demandante debía portar algún elemento que la identificara como empleada del Hospital. **RESPONDE:** Sí, señora, para eso el Hospital tenía o tiene su carné de identificación el cual se tenía para ingresar o a cualquier de las áreas que se quisiera dirigir tenía que presentarse con el carné o sino la vigilancia no la dejaba ingresar a las otras instalaciones. **PREGUNTA:** Este carné era el mismo para el personal de planta o había una diferencia en el carné. **RESPONDE:** No, este carné era para todo el mundo igual, lo identificaba como funcionario del hospital, decía funcionario solamente.”

No obstante lo anterior, en sentencia proferida por el Consejo de Estado¹⁸ del 03 de octubre de 2019, se afirmó que “en los contratos de prestación de servicios, cuando existe una relación de coordinación de actividades entre el contratante y el contratista, donde el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, no necesariamente se configura el elemento de subordinación indispensable para reconocer la existencia de una relación laboral con el Estado”.

Ahondando en los requisitos de la subordinación, precisó:

“Así las cosas, teniendo en cuenta que según el principio dispositivo que rige el proceso contencioso-administrativo al demandante le incumbe probar los hechos en los que fundamenta sus pretensiones, y que la subordinación es un factor determinante de la relación laboral -puesto que su presencia supone la dependencia del contratista respecto de la Administración-, debe haber suficiente claridad probatoria para poder diferenciarla de la coordinación de actividades y, por lo tanto, no basta con afirmarla para acreditar su existencia. Este ha sido el criterio hermenéutico de esta Subsección para diferenciar el vínculo laboral del contractual, precisándose que no toda relación de servicios implica per se la existencia del elemento subordinatorio, ya que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación de actividades, donde el segundo es libre de someterse a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, como: a) un horario; b) el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores; y, c) tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.” (Sub rayado del Despacho)

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, Bogotá, D. C., 3 de octubre de 2019. Radicación número: 73001-23-33-006-2012-00195-01(0015-14)

Así las cosas, según el precedente establecido por el máximo tribunal de esta jurisdicción, no basta con acreditar que en el desarrollo de las actividades pactadas en un contrato de prestación de servicios se haya cumplido un horario, que se acataron las instrucciones de funcionarios de mayor jerarquía dentro de la entidad y que se hayan rendido informes de resultados o gestión, para que se configure la existencia de una relación laboral, pues tales circunstancias también son propias de la necesaria coordinación y vigilancia que debe existir en un contrato de prestación de servicios.

Además de lo anterior, se requiere demostrar que se presentan elementos diferenciadores que permiten distinguir la subordinación de la coordinación propia de los contratos de prestación de servicios. En palabras del Consejo de Estado, existen otras características que permiten distinguir un contrato de prestación de servicios de una relación laboral encubierta¹⁹:

"No obstante lo anterior, los denominados contratos de prestación de servicios pueden ser desvirtuados cuando: 1) Se demuestran los elementos constitutivos de la relación laboral, a saber: a) Subordinación²⁰ o dependencia respecto del empleador; b) Prestación personal y; c) Remuneración por trabajo cumplido²¹. 2) cuando se contrata para desarrollar funciones de carácter permanente de la entidad."²²

En este orden de ideas, conforme el desarrollo jurisprudencial sobre la aplicación del principio de primacía de la realidad, se le ha indicado al Juez la obligación de "desentrañar la relación laboral" para identificar su naturaleza²³, razón por la cual en el presente asunto, se deberán analizar los tres criterios diferenciadores indicados en la parte considerativa: i) permanencia de las funciones, ii) parámetro de comparación con los demás empleados de planta y iii) no procedencia del contrato de prestación de servicios, conforme lo señalado por la Ley 80 de 1993.

i) Permanencia de las funciones

En este punto, se debe determinar si la labor desempeñada por la accionante es inherente a la entidad y perdura en el tiempo de manera estable.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

²⁰ "Dentro del elemento subordinación se destaca, como ya lo ha sostenido la jurisprudencia, el poder de dirección en la actividad laboral y la potestad disciplinaria que el empleador ejerce sobre sus trabajadores para mantener el orden y la disciplina en su empresa. Esa facultad, como es obvio, se predica solamente respecto de la actividad laboral y gira en torno a los efectos propios de esa relación laboral. Sin embargo, aun en ese ámbito de trabajo la subordinación no puede ni debe ser considerada como un poder absoluto y arbitrario del empleador frente a los trabajadores. En efecto, la subordinación no es sinónimo de terca obediencia o de esclavitud toda vez que el trabajador es una persona capaz de discernir, de razonar, y como tal no está obligado a cumplir órdenes que atenten contra su dignidad, su integridad o que lo induzcan a cometer hechos punibles. El propio legislador precisó que la facultad que se desprende del elemento subordinación para el empleador no puede afectar el honor, la dignidad ni los derechos de los trabajadores y menos puede desconocer lo dispuesto en tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen a Colombia". Sentencia C-934/04

²¹ El artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo define el contrato de trabajo en los siguientes términos: "...Es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal u otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración".

²² Sentencia del 11 de febrero de 2016, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, MP: César Palomino Cortés.

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, C.P.: Tarsicio Cáceres Toro.

Objeto misional de la entidad demandada

El Hospital Vista Hermosa E.S.E que hace parte de la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR**, tiene como misión prestar “servicios de salud enmarcados en el modelo innovador de atención en red con enfoque en la gestión integral del riesgo, mejorando las condiciones de salud de nuestros usuarios de las localidades de Usme, Ciudad Bolívar, Sumapaz y Tunjuelito, manteniendo la participación ciudadana urbana y rural.”²⁴

Objeto y obligaciones del contrato de prestación de servicios suscrito por la demandante

En los contratos de prestación de servicios, se estipuló que la demandante fue contratada “Según estudio de necesidad y conveniencia suscrito por el **REFERENTE URGENCIAS CAMI VISTA HERMOSA, el HOSPITAL (...)** para cumplir con su Objeto Social (...)”

Los contratos No 04525 y 01136 de 2014 denominado de prestación de servicios estipularon como objeto contractual que la actora se comprometía con el Hospital a realizar las siguientes obligaciones específicas (folio 133 y 134):

“1) Entregar y recibir turno con el personal auxiliar de acuerdo a las guías de atención de enfermería establecidas por la institución. 2) Realizar actividades de acuerdo con las guías y protocolos de atención, relacionados con los procedimientos que se realizan en el servicio. 3) Verificar el cumplimiento de los planes de cuidado por parte de los auxiliares de enfermería. 4) Verificar funcionamiento de los equipos y disponibilidad de insumos de las diferentes áreas de urgencias, sala de partos y hospitalización. 5) Administrar y registrar medicamentos y procedimientos de forma clara y oportuna. 6) Notificación oportuna de casos de infecciones intrahospitalarias y verificar el procedimiento de aplicación de sondas, catéteres y entrega del formato de reporte mensual de aplicación de los mismos. 7) Verificar lavado de manos del personal e insumos y aplicar las listas de chequeo correspondientes y hacer entrega semanal al área de infecciones intra hospitalarias. 8) Realizar verificación de notas de enfermería y registros como signos vitales, control de líquidos realizados por el personal auxiliar de enfermería. 9) Programar y verificar desinfección de las áreas de urgencia y hospitalización. 10) Propender por el buen nombre institucional, con su actuar ético, propiciando un ambiente institucional de sana convivencia, basado en los valores y los principios corporativos. 11) Propender el cumplimiento de manuales, guías, protocolos y procedimientos establecidos en cada proceso, para obtener estándares satisfactorios (superior al 90%) en el desarrollo de su actuar profesional. 12) Cumplir con los compromisos definidos en los planes de mejoramiento y auditoría de la calidad que sean realizados a su quehacer diario en desarrollo de las actividades propias del contrato. 13) Utilizar adecuada y racionalmente, los insumos médicos y medioquirúrgicos, además se compromete a velar y hacer buen uso de los equipos biomédicos y de oficina que estén a su cargo. 14) Participar activamente en los procesos de inducción, capacitación, socialización y reuniones convocadas por el Hospital durante el periodo. 15) Diligenciar en forma adecuada los formatos e instrumentos propios de su actuar con criterios de legibilidad, oportunidad e integralidad. 16) Generar acciones de autocontrol y mejoramiento que garanticen la operación eficiente del área. 17) Velar por una buena presentación personal y el porte del vestuario adecuado para el desarrollo de las actividades propias del contratista. 18) Desempeñar las demás funciones que le sean asignadas por norma legal o autoridad competente y sean inherentes al propósito del empleo. 19) Entregar al supervisor del contrato y en los plazos establecidos

²⁴ <http://www.subredsur.gov.co/content/misi%C3%B3n-y-visi%C3%B3n>

por el Hospital el informe de actividades realizadas durante el mes en el formato establecido, anexando el soporte de pago a la seguridad social correspondiente al mes certificado que esté dentro de los términos estipulados por la Ley."

Las obligaciones generales se determinaron en el mismo contrato de la siguiente manera:

"OBLIGACIONES: A) EL CONTRATISTA se obliga para con **EL HOSPITAL** a desarrollar las siguientes actividades de acuerdo con la programación conforme con las necesidades de servicio que requiera el hospital así: a) **OBLIGACIONES GENERALES:** 1.) Dentro de su autonomía, y en cumplimiento de las metas respectivas, entregar el informe que requiera el Supervisor del Contrato, de los servicios prestados durante el período a cancelar, anexando tres (3) originales del mismo. 2) Prestar los servicios contratados de acuerdo con el objeto y obligaciones específicas señaladas en el presente documento. 3) Encontrarse afiliado a una Entidad Promotora de Salud, Fondo de Pensiones y ARL, cancelar mensualmente y de forma oportuna los aportes a seguridad social, dentro de los plazos establecidos por el Ministerio de la Protección Social, de acuerdo con la base y porcentaje de cotizaciones vigentes. 4) **EL CONTRATISTA** facilitará al **HOSPITAL** toda la información que le sea solicitada en relación con la ejecución del contrato, colaborará y permitirá el desarrollo de las actividades de control y vigilancia contractual. Igualmente el contratista deberá atender las instrucciones que por escrito imparta **EL HOSPITAL** acerca de la forma de dar cumplimiento con la programación referente al contrato incluidas aquellas que conduzcan a garantizar la implementación del Sistema Integrado de Gestión de Calidad del Hospital con enfoque en el Sistema Único de Acreditación y Sistema de Seguridad del Paciente. 5) Constituir las garantías estipuladas en este contrato si hubiere lugar, y entregar copia de los estudios y actualizaciones de la hoja de vida necesarios para cumplir con los requisitos de habilitación de la entidad, todo ello dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la suscripción del mismo en la Oficina de Contratación del Hospital. 6) El Contratista deberá responder por el inventario que se encuentre a su cargo, o por el instrumental, equipos y demás elementos pertenecientes al Hospital, que se entreguen para facilitar la ejecución del objeto contractual. El personal asistencial deberá cumplir de forma estricta los protocolos de seguridad y entrega de elementos y servicios del **HOSPITAL**, en los cuales se deben incluir las novedades frente a fallas de equipos entre otras, desde ya el **CONTRATISTA** autoriza al **HOSPITAL** para que efectúe descuento de las sumas que se le adeuden por el daño o pérdida de equipos que estén bajo su responsabilidad o cuando el contratista no entregue el inventario que se encuentre a su cargo. 7) Participar activamente en las actividades de socialización de los procesos y procedimientos establecidos en el Hospital, que se requieran para efectos del cumplimiento del objeto contractual. 8) Guardar la debida reserva y confidencialidad respecto a la información de que tenga conocimiento con ocasión de la ejecución del presente contrato. 9) Propender con su accionar por el buen nombre institucional, actuando éticamente, con responsabilidad e integridad en la defensa del patrimonio de la institución y, propiciando un ambiente institucional de sana convivencia, basado en los valores y los principios corporativos. 10) Diligenciar, dentro de su autonomía pero en forma adecuada, los formatos e instrumentos propios de su actuar incluida la historia clínica si a ello diera lugar con criterio de responsabilidad, ética, legibilidad, oportunidad e integralidad. 11) Participar activamente en las capacitaciones virtuales que se realicen por parte del Hospital a través de la plataforma MA-OG o las que correspondan que permitan mejorar el producto de su labor así como determinar la continuidad o no en este contrato. 12) Cumplir con los compromisos definidos en los planes de mejoramiento y auditoría de Calidad, realizados en desarrollo de las actividades propias al contrato generando acciones de autocontrol, autogestión y mejora continua en la prestación del servicio. 13) Como sistemas holísticos que es, corresponde al contratista, además de las propias de su contrato, conocer y participar en el cumplimiento de las metas (productos) establecidos por el Hospital y en el seguimiento de las mismas. 14) El contratista deberá entregar a su supervisor, la información que éste le señale en el término estipulado en la comunicación. 15. El contratista autoriza para que se notifique cualquier acto proveniente de éste contrato a través del correo electrónico suministrado de acuerdo con la Ley 527/99 y normas concordantes de la Ley 1437 de 2011 o las que las adiciones o modifiquen. 16. Es obligación del contratista conocer, divulgar y aplicar la política ambiental establecida por el Hospital Vista Hermosa

"Resolución 250 de 2010" al ejecutar contratos de servicios, obras de servicios o gestión de servicios sin crear riesgo para la salud, la seguridad o el ambiente. El contratista deberá tomar todas las medidas adecuadas para evitar la contaminación ambiental, la prevención de riesgos durante la ejecución de sus operaciones o actividades y cumplirá con todas las leyes ambientales aplicables, así mismo, deberá entregar a la entidad todos los soportes y evidencias que garanticen el cumplimiento legal ambiental. 17) El contratista no dejará sustancias o materiales nocivos para la flora, fauna o salud humana, ni contaminará la atmósfera, el suelo o los cuerpos de agua. La violación de estas normas se considerará incumplimiento grave del contrato, y podrá aplicar la terminación unilateral a que hubiere lugar, sin perjuicio de las demás acciones legales o sanciones que adelante la autoridad o ente competente del orden Distrital o Nacional. 18) El contratista garantizará que utilizará materiales que no dañen el medio ambiente en el suministro de insumos o elementos utilizados para el desarrollo del objeto del contrato."

Por su parte, los testigos y la demandante corroboraron el cumplimiento de algunas de las labores encomendadas:

Se recibió la declaración del señor **DANIEL CALVO DÍAZ**, auxiliar de enfermería de la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIO DE SALUD SUR- Hospital Vista Hermosa** para los años 2013 y 2014, quien declaró que la demandante laboró como Jefe de Enfermería durante dichos periodos, estando a cargo de uno de los servicios de urgencias. Así mismo, argumentó que, como jefe, la demandante coordinó el servicio, mandando a los auxiliares que tiene a cargo y administrando los medicamentos, según órdenes médicas; igualmente, informó que la demandante revisaba las historias e impartía las órdenes médicas, según lo señalado por los médicos.

Lo anterior fue corroborado por la señora **NELLY YORYET AGUILAR HERNANDEZ**, auxiliar de enfermería de la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIO DE SALUD SUR- Hospital Vista Hermosa** para los años 2013 y 2014, quien declaró que la demandante recibía el turno, administraba medicamentos, ayudaba con la toma de los electros, asistía los códigos o los paros, hacía notas de enfermería y tomaba signos vitales de los pacientes.

A su vez, en la declaración de parte, la demandante afirmó que desde el **12 de septiembre de 2013** y hasta el **15 de noviembre de 2014** trabajó como Enfermera Jefe en el Hospital Vista Hermosa, desempeñando actividades tales como: administración de medicamentos, apoyo a la parte de medicina con procesos invasivos, revisión de historia clínicas, verificación del cumplimiento de las órdenes del médico y dirección de las órdenes al personal auxiliar, entre otras.

Los extremos laborales referidos por la demandante, se encuentran igualmente respaldados, en el certificado de fecha 14 de septiembre de 2017 expedido por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. (Fl. 23).

Conforme a las pruebas recaudadas, se puede evidenciar que:

- La demandante fue contratada para cumplir las funciones de Enfermera Jefe.
- Las funciones que cumplió la accionante se desarrollaron mediante contratos permanentes y sucesivos durante más de 1 año.
- Las funciones de la demandante iban encaminadas al cumplimiento de la misión de la entidad demandada, pues por medio de su labor de apoyo profesional a los procesos asistenciales como enfermera de urgencias, hospitalización y partos, contribuía a brindar servicio integral de salud, objeto principal de la entidad para la que laboraba.

ii) Parámetro de comparación con los demás empleados de planta

Como se enunció en precedencia, conforme a los contratos de prestación de servicios aportados al proceso, así como de las declaraciones rendidas por los testigos, se tiene que la demandante cumplía las funciones de Enfermera Jefe.

Así mismo, se tiene que el cargo de Enfermera Jefe fue consagrado dentro de la planta de personal de la entidad demandada con la denominación de Enfermero, grado Profesional, código 243, grado 19, para los periodos 2013 a 2014, como lo manifestó la entidad demandada en oficio No OJU-E-4844-2019 de 18 de septiembre de 2019 obrante al folio 105 del expediente.

También se advierte que la demandante cumplía las funciones consagradas en el Manual de funciones de la entidad en el cargo de Enfermero, grado Profesional, código 243, grado 19 (fls. 111-114). Lo anterior es así, por cuanto de una comparación entre las funciones de los contratos de prestación de servicios y las del manual de funciones, se evidenció lo siguiente:

| FUNCIÓN DEL MANUAL (fls. 111-114) | OBLIGACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS (fls.133-134) |
|---|---|
| Realizar acompañamiento, orientación supervisión y control de actividades asignadas al personal a su cargo, verificando el cumplimiento de las metas propuestas, acordes al plan de desarrollo institución. | <ul style="list-style-type: none"> - Entregar y recibir turno con el personal auxiliar de acuerdo a las guías de atención de enfermería establecidas por la institución. - Verificar el cumplimiento de los planes de cuidado por parte de los auxiliares de enfermería. - Administrar y registrar medicamentos y procedimientos de forma clara y oportuna. - Realizar verificación de notas de enfermería y registros como signos vitales, control de lquidos realizados por el personal auxiliar de enfermería. |
| Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y por la implementación, desarrollo y aplicación de las políticas, normas y procedimientos contribuyendo a la calidad de las intervenciones | <ul style="list-style-type: none"> - Realizar actividades de acuerdo con las guías y protocolos de atención, relacionados con los procedimientos que se realizan en el servicio. - Propender el cumplimiento de manuales, guías, protocolos y procedimientos establecidos en cada proceso, para obtener estándares satisfactorios (superior al 90%) en el desarrollo de su actuar profesional. - Propender por el buen nombre institucional, con su actuar ético, propiciando un ambiente institucional de sana convivencia, basado en los valores y los principios corporativos. - Cumplir con los compromisos definidos en los planes de mejoramiento y auditoría de la calidad que sean realizados a su quehacer diario en desarrollo de las actividades propias del contrato. |
| Realizar las actividades y procedimientos propios del empleo en las áreas de urgencias, atención de partos de bajo riesgo y hospitalización de baja complejidad. | <ul style="list-style-type: none"> - Verificar funcionamiento de los equipos y disponibilidad de insumos de las diferentes áreas de urgencias, sala de partos y hospitalización. - Diligenciar en forma adecuada los formatos e instrumentos propios de su actuar con criterios de legibilidad, oportunidad e integralidad. |
| Apoyar los procesos de gestión ambiental y sanitaria de la institución que contribuyan al control de las infecciones intra Hospitalarias | <ul style="list-style-type: none"> - Notificación oportuna de casos de infecciones intrahospitalarias y verificar el procedimiento de aplicación de sondas, catéteres y entrega del formato de reporte mensual de aplicación de los mismos. - Verificar lavado de manos del personal e insumos y aplicar las listas de chequeo correspondientes y hacer entrega semanal al área de infecciones intra hospitalarias. - Programar y verificar desinfección de las áreas de urgencia y hospitalización. - Administrar y registrar medicamentos y procedimientos de forma clara y oportuna. |
| Desempeñar las demás funciones que le sean asignadas por norma legal o autoridad competente y sean inherentes al propósito del empleo | |
| Responder por la conservación, funcionamiento y el adecuado uso y manejo de los elementos y equipos bajo su responsabilidad | Utilizar adecuada y racionalmente, los insumos médicos y medioquirúrgicos, además se compromete a velar y hacer buen uso de los equipos biomédicos y de oficina que estén a su cargo. |
| Generar acciones de autocontrol y mejoramiento que garanticen la operación eficiente del área. | |

Igualmente, se tiene que dentro de la planta de personal habían funcionarios que desempeñaban las mismas funciones de la demandante, lo cual es confirmado por el oficio TH-2603-19 de 10 de septiembre de 2019 (fl.109), donde la entidad demandada enlista a los funcionarios vinculados en el cargo de Enfermero, nivel Profesional, código 243, grado 19.

iii) Desconocimiento del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y de la jurisprudencia

En el proceso no obra prueba que permita establecer que la ejecución de labores de de apoyo profesional a los procesos asistenciales como enfermera de urgencias, hospitalización y partos, propias de la entidad e inherentes a ella, requieran experiencia, capacitación y formación profesional especial que no pudiera ser atendido por los empleados de planta, ni que la duración de la labor contratada fuera de carácter temporal, pues la relación se prolongó por más de 1 año.

Para el despacho las declaraciones rendidas deben ser tenidas como ciertas, pues no se concibe una entidad hospitalaria sin personal encargado de atender de manera permanente las labores como enfermera de urgencias, hospitalización y partos.

De lo anterior se colige que la accionada, contrariando la prohibición establecida en la Ley 80 de 1993, artículo 32 y el Decreto 1950 de 1973, otorgó mediante un contrato de prestación de servicios funciones públicas permanentes, pues el objeto estipulado en los contratos, guardan identidad con el objeto de la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR**, en tanto corresponden al desarrollo de los objetivos trazados y el carácter de las labores ejecutadas son permanentes.

Adicionalmente, es claro que en el tipo de labor contratada no es predicable la autonomía e independencia plena de la contratista, desde el punto de vista técnico y científico.

En relación con lo anterior, resulta indispensable resaltar que según lo señalado por el Consejo de Estado, el elemento subordinación está implícito en la labor que una persona desempeña en el cargo de **Enfermera Jefe**, por lo siguiente:

*“Si bien es cierto que dentro del plenario no existen pruebas documentales ni testimoniales que demuestren claramente el elemento de subordinación, Vr.gr., llamados de atención, memorandos, sanciones, felicitaciones, investigaciones disciplinarias etcétera, que permitan afirmar que dependía del superior jerárquico recibiendo órdenes continuas y realmente subordinadas, también lo es, que tal elemento debe ser apreciado con el conjunto de las pruebas obrantes como uno de los indicios que contribuyen a la convicción del Juez sobre la situación fáctica materia de conocimiento. **Al encontrarse plenamente establecida la función de Enfermera Jefe, como se desprende de los dos (2) contratos de prestación de servicios, no puede dejarse a un lado la naturaleza de la función que ejerció la demandante. La labor de Enfermera Jefe no puede considerarse prestada de forma autónoma porque esta no puede definir en qué lugar presta sus servicios ni en que horario, es más, su labor de coordinación de las demás enfermeras y la obligación de suministro de medicación y vigilancia de los pacientes no puede ser suspendida sino por justa causa, previamente informada, pues pondría en riesgo la prestación del servicio de salud, o sea, que existe una relación de subordinación. En otras palabras, como ya lo ha señalado esta Corporación dada la naturaleza de las funciones se puede deducir la existencia de una prestación de servicios de forma subordinada amparable bajo la primacía de la realidad frente a las formas.”**²⁵(Subrayado y negrilla fuera del texto)*

²⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B” Consejero ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. Sentencia de 03 de junio de 2010. Radicado No. 25000-23-25-000-2002-04144-01(2384-07)

Quiere decir lo anterior que el solo hecho de que el contrato haya sido suscrito para desempeñar funciones de Jefe de Enfermería, como en el presente caso, da lugar a la existencia de la subordinación, elemento que por sí solo permite definir la presencia de una relación laboral.

Para el despacho, en el presente asunto se advierte la configuración de un contrato realidad, por cuanto se reúnen los requisitos de prestación personal del servicio, remuneración y subordinación. Así como se acreditaron los otros elementos diferenciadores, que permiten predicar la existencia de un contrato laboral: permanencia en el ejercicio de las funciones, parámetro de comparación con los empleados de planta y desconocimiento del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

2.4.3. Del restablecimiento del derecho

Determinada la existencia de una relación laboral, se procederá a declarar la nulidad de la Comunicación OJU-E-669-2017 de fecha 07 de abril de 2017, aquí demandada y se ordenará a la entidad reconocer y pagar a favor de la actora el valor de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados vinculados a dicha entidad, durante el periodo que prestó sus servicios, liquidadas conforme al valor mensual pactado para el cargo de Enfermero, del nivel Profesional, código 243, grado 19, previa determinación de la prescripción.

Para efecto del restablecimiento del derecho, la liquidación de las prestaciones sociales se realizará con el salario devengado para el cargo de Enfermero profesional, código 243, grado 19, según consta en el certificado TH-2603-19 de 10 de septiembre de 2019, obrante al folio 109.

Por otra parte, es preciso aclarar que la declaración de la existencia de la relación laboral no implica que el **DEMANDANTE** obtenga la condición de servidora pública, pues, no cumple con los requisitos para el nombramiento y el agotamiento de un proceso de selección que la actora no ha superado. Los pagos que se ordenan en esta sentencia tienen como propósito respetar las garantías constitucionales relacionadas con "igual trabajo, igual salario", presupuesto derivado del principio de la igualdad.

Frente a la pretensión de indemnización moratoria, por falta de pago de salario y prestaciones sociales, será negada pues no se probó su causación y antes de esta decisión judicial no existía un fundamento jurídico que obligara a la entidad al pago de salarios. Tampoco se accederá a los perjuicios morales, pues los mismos no fueron probados dentro del proceso.

La pretensión de sanción moratoria por el no pago de cesantías no tiene vocación de prosperidad pues dicha indemnización procede en los eventos en que las cesantías ya han sido reconocidas, sin que sea viable reclamar la mora cuando precisamente se encuentra en litigio la declaración del derecho a percibir las.

Así mismo, la pretensión relativa al reconocimiento y pago de las horas extras y recargos nocturnos se negará, pues las mismas no fueron probadas en el expediente, en tanto no se aportaron documentos con los que fuera posible determinar si las mismas estaban incluidas en los honorarios que fueron fijados en el contrato o si debían ser pagadas de forma adicional, como tampoco se tiene claro si estas horas extras fueron compensadas con los periodos de descanso, si es que los hubo.

Finalmente, en cuanto a la pretensión de que le sea devuelta la retención en la fuente correspondiente a cada uno de los cuatro contratos que suscribió con la entidad demandada, hay que decir que se trataría de una cuestión de índole tributaria ajena a lo que propiamente constituye el objeto de este litigio, por no tratarse de un asunto de naturaleza laboral. Esta tesis ha sido atendida por el Consejo de Estado en sentencia 68001 del 13 de mayo de 2015 proferida por la sección segunda, con ponencia del magistrado Antonio José Gómez, en los siguientes términos:

“De otro lado, contrario a lo manifestado por el A quo, no hay lugar a ordenar la devolución de los descuentos realizados al actor por concepto de retención en la fuente, pues si bien es cierto se desnaturalizó la vinculación de origen contractual, también lo es que la declaración de la existencia de dicha relación no implica per se la devolución de sumas de dinero que se generaron en virtud de la celebración contractual, pues la finalidad del restablecimiento del derecho es el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con la relación laboral oculta más no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato.”²⁶

Por las consideraciones expuestas, no habrá lugar a acceder a la pretensión de devolución de los dineros descontados a la demandante por concepto de retención en la fuente.

2.4.3. Prescripción

De acuerdo a la sentencia de unificación del Consejo de Estado²⁷, cuyos apartes se dejaron transcritos en la parte normativa y jurisprudencial de esta providencia, el reconocimiento de la relación laboral solo puede pretenderse dentro de los **tres años siguientes a la terminación del vínculo contractual y si hubo varios contratos** de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado cuya ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, **frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización.**

En dicha sentencia se dejó claro que el término de prescripción contemplado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 fue declarado exequible con sentencia C-916/10, y el artículo 102 de su Decreto reglamentario 1848 de 1968, también fue declarado exequible en virtud de la configuración del fenómeno de cosa juzgada constitucional según lo considerado en la sentencia C-072 de 1994”, y por ende es ajustado a la constitución los 3 años de prescripción de derechos laborales a partir de la fecha en que se hizo exigible la obligación, término que solo pueden ser interrumpido por una sola vez con la petición que se formule en dicho tiempo.

Quiere decir lo anterior, que el tema de prescripción de derechos salariales y prestacionales no fue modificado en la sentencia SU del 25 de agosto del 2016 bajo la consideración que este es un asunto que fue analizado y definido por la Corte Constitucionalidad en sentencia de exequibilidad que tiene carácter vinculante. Por ello la regla de imprescriptibilidad solo puede aplicarse a cotizaciones pensionales.

²⁶ Consejo de Estado, sección segunda, Sentencia de No. 68001 del 13 de mayo de 2015, Consejero Ponente: Antonio José Gómez.

²⁷ Consejo de Estado Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) Actuación Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5 de 25 de agosto de 2016, conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011.

En el caso sub examine, se advierte la existencia sucesiva e ininterrumpida de contratos de trabajo finalizando el último Contrato, 4525 de 2014, **15 de noviembre de 2014**, según la certificación expedida por la entidad demandada (fl.23).

La petición de reclamación del contrato realidad y las prestaciones sociales y salariales derivadas de ésta fue radicada el **24 de marzo de 2017** (fls. 5-9), esto es, 2 años y 4 meses después de la terminación del vínculo contractual, y la demanda fue radicada el **18 de septiembre de 2017**, con lo que se determina que la demanda fue interpuesta dentro del plazo indicado por el Consejo de Estado.

Por las razones expuestas, teniendo en cuenta la fecha en que fue radicada la petición se declarará que **los derechos anteriores al 24 de marzo de 2014 se encuentran prescritos.**

Lo anterior guarda sustento en la jurisprudencia del Máximo Órgano de lo Contencioso en sentencia de 7 de noviembre de 2018²⁸, que en un caso similar al que nos convoca en donde no hubo interrupción de los contratos, reiteró la jurisprudencia según la cual los derechos laborales prescriben a los tres años, salvo asuntos pensionales:

*“Como se desprende de lo previsto por el numeral 6 del artículo 180 y el inciso segundo del artículo 187 del CPACA, la excepción de prescripción extintiva de los derechos demandados se puede resolver de oficio por el juez, haya sido o no alegada, si la encuentra probada. En el presente caso se observa que la relación laboral entre las partes concluyó el 29 de febrero de 2012; y que la petición formulada por el demandante al municipio de Pereira para el reconocimiento de la relación laboral y la consecuente condena al reconocimiento y pago de salarios y 2 prestaciones sociales, se formuló el 23 de agosto de 2012, por haber laborado en dicha entidad entre el 29 de febrero del 2004 y el 29 de febrero del 2012. **Lo anterior quiere decir que los derechos laborales que se hubieren causado en favor del demandante con anterioridad al 23 de agosto de 2009 se encuentran prescritos, salvo el derecho al reconocimiento del tiempo servido con efectos pensionales, por lo que se declarará la prescripción extintiva de los mismos.**”*

2.4.4. Imprescriptibilidad de los aportes para seguridad Social.

En la misma sentencia de unificación que se viene tratando se determinó que los aportes para pensión son imprescriptibles

“(ii) sin embargo, el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión, (iii) lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal;

(iv) las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control;

(vii) el juez contencioso administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 7 de noviembre de 2018, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 66001-23- 33-000-2013-00088-01(0115-14).

existencia del vínculo laboral, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva.”

La providencia fue clara en indicar que **la imprescribibilidad se predica en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones**, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

2.4.5. Indexación

Las sumas no prescriptas que resulten de la liquidación del restablecimiento del derecho ordenado en esta sentencia se deberán actualizar conforme a lo previsto en el inciso 5º del artículo 187 del CPACA²⁹, bajo la fórmula

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por la relación existente entre el Índice Final y el Índice Inicial de precios al consumidor certificado por el DANE a la fecha de la ejecutoria de la presente sentencia. Por tratarse de pagos mensuales, la fórmula deberá aplicarse mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

2.4.6. Condena en costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado³⁰, se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo en el que se conjuga la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la actuación procesal adelantada.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la parte actora tuvo que acudir a los servicios de un apoderado, se condenará en costas a la entidad demandada, la que deberá pagar el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente a favor de la parte demandante.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 “Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa”, una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente de lo consignado a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ - SECCIÓN SEGUNDA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

²⁹ Artículo 187. CPACA, inciso 5º “Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.”

³⁰ Sentencia del 24 de octubre 2016, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la comunicación OJU-E-669-2017 de fecha 07 de abril de 2017 suscrita por la gerente de la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** lo siguiente:

- **RECONOCER** y **PAGAR** a la señora **NANCY JULIETH ROJAS LEON** las prestaciones sociales a que tenga derecho, causadas con posterioridad al 24 de marzo de 2014 (por prescripción trienal) tomando como base para realizar la liquidación el valor mensual establecido para el cargo de Enfermero, del nivel Profesional, código 243, grado 19 de la Planta de personal de la entidad demandada y descontando los honorarios devengados por la actora en virtud de los contratos de prestación de servicios.
- **LIQUIDAR** y **CONSIGNAR** al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliada la **ACTORA**, las diferencias de las cotizaciones entre lo pagado por la actora y la reliquidación que aquí se ordena, durante todo el tiempo que se mantuvo la relación laboral encubierta en contratos de prestación de servicios, de conformidad con la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: DECLARAR la **PRESCRIPCIÓN** de los derechos causados con anterioridad al 24 de marzo de 2014, salvo los aportes al sistema de pensiones, de conformidad con lo previamente expuesto.

CUARTO: Las sumas que resulten de la liquidación de esta sentencia deberán ser **ACTUALIZADAS** de conformidad con la fórmula señalada en el acápite de indexación, de igual forma se procederá con las sumas que se deben consignar en el fondo de pensiones al que se encuentre afiliada la demandante.

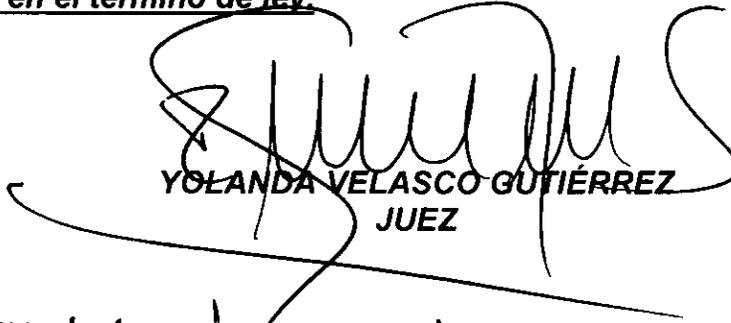
QUINTO: La entidad dará cumplimiento a este fallo en los términos establecidos en los artículos 192 y 195 del CPACA.

SEXTO: Condenar en costas a la parte demandada. Fijar como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (\$877.803 M/CTE). **DESTINAR** los remanentes del proceso a favor del Consejo Superior de la judicatura de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS. Las partes cuentan con el término de ley para interponer recursos.

La apoderada de la demandante interpone recurso de apelación que sustentaran en el término de ley.



YOLANDA VELASCO GUTIÉRREZ
JUEZ

La parte demandante,



LAURA PAOLA MORA HERRERA.

Secretaría ad-hoc,



KATHERINE MULLER RUEDA

1

2

3

