

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2019-00393-00

Demandante: Eny Yadira Puentes Torres¹

Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.²

Tema: Contrato Realidad- auxiliar administrativo

Bogotá D.C., 10 de diciembre de 2021

Sentencia No. 123

Procede el Despacho, agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación y no evidenciando alguna causal de nulidad, a dictar de forma escrita SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral de la referencia, con base en las siguientes:

CONSIDERACIONES

Pretensiones:

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio de fecha 02 de abril de 2019 – ASUNTO: Derecho de Petición – radicado: 201932210070982 suscrito por la Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., el cual respondió el radicado de 2019321007982 sobre el reconocimiento y pago de derechos laborales.
2. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se declare que entre la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. y la señora Eny Yadira Puentes Torres existió una relación laboral de derecho público, conforme al principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, y en igualdad de condiciones que los empleados públicos de esa institución o de otra similar en el Distrito Capital de Bogotá – Sector Salud, que realizan labores de la demandante o similares desde el 01 de julio de 2016 hasta el día 31 de enero de 2019.
3. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reconocer y pagar a la demandante lo siguiente:
 - Diferencia salarial entre lo devengado por la demandante y lo que devenga un servidor público que desempeña funciones de auxiliar administrativo de atención al ciudadano o similares.
 - Cesantías definitivas e intereses sobre las cesantías.
 - Primas de servicios, primas de vacaciones, primas de navidad, primas de antigüedad.
 - Bonificación por servicios prestados.
 - Vacaciones.
 - Subsidio de transporte.
 - Dotaciones.
 - Sanción por el no depósito de las cesantías a un fondo.
 - Indemnización moratoria por el no pago oportuno de todas las acreencias laborales dentro de los términos.
 - Recargo nocturno y trabajo suplementario laborado durante toda la vinculación.
 - Trabajo en días dominicales y festivos con sus correspondientes compensatorios de ley.

¹ jurispaterabogados@gmail.com

² notificacionesjudiciales@subrednorte.gov.co nacarolinaarango@gmail.com

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00393-00
Demandante: Eny Yadira Puentes Torres
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

- Indemnización correspondiente por no haber afiliado a un fondo de cesantías durante toda la relación laboral.
 - Reliquidación de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral a favor de la demandante, teniendo en cuenta el verdadero salario que debió devengar por el cargo de servidora pública de auxiliar administrativo de atención al ciudadano, según el código y nombre asignado a las labores desempeñadas, incluyendo antigüedad, trabajo suplementario, recargo nocturno, dominicales y festivos.
 - Devolución de aportes en salud, pensiones, riesgos laborales y caja de compensación familiar.
 - Devolución de los dineros descontados con destino al pago del impuesto de retención en la fuente.
 - Devolución de los dineros descontados con destino al pago del impuesto I.C.A.
4. Que se ordene a la entidad demandada a reconocer y pagar las anteriores sumas indexadas de acuerdo al índice de precios al consumidor.
 5. Que la demandada pague sobre todas las sumas dinerarias adeudadas más intereses moratorios.
 6. Que se condene a la entidad demandada a cumplir la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.
 7. Que se condene a la demandada en costas incluyendo agencias en derecho.
 8. Subsidiariamente y a título de indemnización, se reconozcan y paguen con todos los aumentos legales y la correspondiente indexación y los derechos laborales a que la demandante tendría derecho como si fuese una servidora pública.

Tesis de la demandante (folios 1-25 del Archivo digital PDF 02Escritodemanda). Arguye que la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. celebró con la señora Eny Yadira Puentes Torres múltiples contratos de prestación de servicios, actas de adición, otro sí adición y prórrogas en calidad de auxiliar administrativo de atención al ciudadano, obteniendo que la demandante le prestara sus servicios personales en tales funciones, naciendo una relación laboral como empleada pública de facto al ser sometida a continuada subordinación y dependencia, pues además, se utilizaron muchos contratos a fin de ser utilizados de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de la verdadera relación de trabajo existente entre las partes, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de la trabajadora, quien pese a que en apariencia fungió como contratista, en realidad ostentó la calidad de empleada pública al servicio de la entidad demandada.

Tesis de la demandada (folios 1-15 del Archivo digital PDF 09CONTESTACIONDEMANDA). La demandada señala que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, por cuanto lo único que hubo entre la accionante y la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. fue la celebración de contratos u órdenes de prestación de servicios, en donde la calidad de la accionante fue la de contratista, además por la naturaleza del contrato no se genera relación laboral.

Advierte que el hecho que en el caso de la ejecución de los contratos de prestación de servicios se den algunas circunstancias parecidas a las que existen respecto de los empleados públicos, esto no puede llevar a la conclusión de que por ello se encubre una relación laboral administrativa. Además, que el hecho de que el contratista tenga una dedicación temporal suficiente (prolongada) o que se repitan contratos de prestación de servicios con una finalidad similar, cuando no existe el empleo en la planta del personal, per se no convierte dicha relación contractual administrativa en relación legal reglamentaria del personal contratado, más cuando la labor encomendada no haga parte de la esencia del cometido de la entidad pública.

Problema jurídico: 1.- La señora Eny Yadira Puentes Torres demostró que, en la vinculación que tuvo con la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. desde el 01 de julio de 2016 hasta el 31 de enero de 2019, a través de contratos de prestación de servicios, se acreditaron los elementos configurativos de una verdadera relación laboral. **2.-** En el caso concreto operó la prescripción. **3.-** Si la demandante tiene derecho al pago de las prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho solicitado en la demanda.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00393-00
Demandante: Eny Yadira Puentes Torres
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

Solución al problema jurídico. Una vez estudiados los cargos, observamos que la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. contrató a la demandante Eny Yadira Puentes Torres bajo la modalidad de contrato de prestación del servicio, encubriendo una relación laboral, lo que genera la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades conforme con el artículo 53 de la Constitución Política, al desarrollar la labor en condiciones equivalentes al personal de planta, al acreditarse los elementos constitutivos del vínculo laboral, esto es: (i) la prestación personal del servicio; (ii) la subordinación o dependencia; (iii) el pago de una remuneración por la labor prestada y, (iv) la vocación de permanencia en el ejercicio de la función desempeñada por aproximadamente 2 años y medio.

En consecuencia, al estar acreditada la existencia de la relación de carácter laboral y por ende desvirtuado el vínculo contractual (Ley 80 de 1993, artículo 32.3), le asiste el derecho a la señora Eny Yadira Puentes Torres, al reconocimiento y pago de las prestaciones no devengadas durante la vigencia de los contratos celebrados entre el 01 de julio de 2016 y el 31 de enero de 2019, como se explicará más adelante, a título de indemnización.

Contrato de arrendamiento de servicios y contrato de prestación de servicios.

El contrato de arrendamiento de servicios es una figura consignada en el Código Civil en los artículos 2063 a 2069, en la cual, en palabras del Consejo de Estado se encuentran los antecedentes históricos. Dicho contrato admitía la prestación del servicio, o bien bajo dependencia o subordinación, mediante un salario, o bien en forma independiente y autónoma, retribuido mediante el pago de honorarios y sin que genere una relación laboral; en el primer caso condujo al contrato de trabajo y en el segundo al contrato de prestación de servicios propiamente dicho³.

Por su parte, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en su numeral 3 definió el contrato de Prestación de Servicios en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...)

3º. Contrato 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”⁴.

Como lo ha dicho el Consejo de Estado, dicha normatividad contempló una presunción iuris tantum, al establecer que en ningún caso estos contratos -entiéndase contratos de prestación de servicios- generan relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales; considerando el alto Tribunal con ponencia de la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, tanto en ese como en otros pronunciamientos que:

“Las presunciones generan una de dos situaciones: quien alega la presunción para fundar su derecho desplaza la carga de la prueba en cabeza de su adversario o bien, que quien alega la presunción le niegue a su adversario por entero la facultad de acudir a prueba alguna que demuestre la no existencia del hecho decisivo.

De esta suerte, las presunciones relevan de la carga probatoria a los sujetos a favor de quienes operan. Una vez demostrado aquello sobre lo cual se apoyan, ya no es preciso mostrar valiéndose de otros medios de prueba lo presumido por la ley. En ese orden, el artículo 166 del Código General del Proceso aplicable por remisión del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, regula las presunciones establecidas por ley señalando que «... el hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.»

Así las cosas, la presunción contenida en el artículo transcrito al no tener el carácter de ser iuris et de iure, es decir, de pleno derecho, puede ser controvertida y desvirtuada, de tal manera que, en asuntos como el presente, quien pretenda la declaratoria de existencia de una relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicios, con base en el principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Superior de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia del veinte de agosto de mil novecientos noventa y ocho, Consejero ponente: JAVIER HENAO HIDRÓN, Radicación número: 1127, Actor: Ministro De Salud, Referencia: Empresas Sociales del Estado. Régimen de contratación. El cargo de Gerente.

⁴ Los apartes resaltados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, MP Dr. Hernando Herrera Vergara, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00393-00
Demandante: Eny Yadira Puentes Torres
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

deber de probanza a fin de poder quebrantar la presunción que sobre esta modalidad de contrato estatal recae.

Ahora bien, frente al caso que nos convoca es preciso que la denominada contratista, desvirtúe tal presunción, demostrando que en el respectivo contrato existió el elemento denominado subordinación, lo cual dependiendo de cada análisis en concreto y considerando varios factores, lo convertiría en un contrato laboral.

Lo anterior, debido a que el contratante determina exclusivamente el objeto a desarrollar por la contratista, quien a su vez ejecuta las labores encomendadas con autonomía e independencia, pues en caso contrario, se configura el elemento de la subordinación, propio del contrato laboral, que a su vez tiene implicaciones económicas diversas.

Para probar la existencia de este último, se requiere demostrar de forma incontrovertible además de la actividad personal y la remuneración, que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, la cual es aquella facultad permanente para exigir del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo”⁵.

El principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales⁶.

La realidad sobre las formalidades en las relaciones de trabajo, hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53⁷ de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad. Es preciso destacar que se ha denominado contrato realidad aquel que, teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma.

Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

Adicionalmente, 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

⁵ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00627-01(4696-15), Actor: Janeth Smith Fernández Caballero Demandado: E.S.E. Hospital San Juan De Dios De Girón.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, sentencia de febrero cuatro (04) de dos mil dieciséis (2016), Radicado No.050012331000201002195-01, No. Interno: 1149-2015, Actores: Hernán de Jesús Gutiérrez Uribe, Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional.

⁷ **ARTICULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00393-00
Demandante: Eny Yadira Puentes Torres
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

La sentencia C-154 de 1997. Definición de los principales elementos del contrato realidad.

Sea lo primero recordar que la Corte Constitucional en la Sentencia C- 154 de 1997, declaró la exequibilidad de la definición del contrato de prestación de servicios contenida en el numeral 3º. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁸, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

En la parte considerativa de la sentencia se establecieron las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el vínculo laboral, señalando que los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo son: la prestación personal de los servicios, la remuneración como contraprestación del mismo y la subordinación del trabajador al empleador⁹.

Enfatizó la sentencia de la Corte que es el elemento de la subordinación el que constituye la diferencia esencial entre los dos tipos de relación, en contraposición con los altos grados de autonomía e independencia con que cuenta el contratista en el contrato de prestación de servicios¹⁰, posición jurisprudencial que fue secundada por varios pronunciamientos del Consejo de Estado¹¹.

Al carácter distintivo de la subordinación en los contratos de trabajo, la jurisprudencia sumó de manera reiterada el elemento de la temporalidad, pues los contratos de prestación de servicios se celebran únicamente conforme al artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993: “por el tiempo estrictamente necesario”, partiendo de la regla general según la cual la función pública se presta por el personal de planta perteneciente a una entidad estatal y solo de forma excepcional por personal vinculado por contrato de prestación de servicios^{12/13}.

Postura jurisprudencial actual del Consejo de Estado.

La posición actual del Consejo de Estado, partiendo de la diferenciación hecha por la Corte Constitucional en la Sentencia de Constitucionalidad 154 de 1997, sobre el contrato de prestación de servicios frente al contrato realidad sostiene lo siguiente¹⁴:

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997. La Corte declaró EXEQUIBLES las expresiones "no puedan realizarse con personal de planta o" y "en ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales".

⁹ El Consejo de Estado, en sentencia del 6 de octubre de 2016, citó la interpretación de la Corte Constitucional sobre este postulado en el cual se afirmó que “no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad [9]. De ello se deriva la existencia de lo que ha sido denominado como contrato realidad, “entendido por la Corte como aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma [9]. Asimismo, concluyó en esta oportunidad el Consejo de Estado que, con base en la postura de la Corte Constitucional sobre la materia, “independientemente de la denominación que se le dé a una relación laboral o de lo consignado formalmente entre los sujetos que la conforman, deben ser analizados ciertos aspectos que permitan determinar si realmente la misma es o no de naturaleza laboral. Para ello, basta con examinar los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo o la relación laboral y, siendo así, el trabajador estará sujeto a la legislación que regula la materia y a todos los derechos y obligaciones que se derivan de ella”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 6 de octubre de 2016, radicado: 76001-23-31-000-2012-00338-01(2685-15).

¹⁰ *Ibidem.* b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.// Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios”. (Resalta el Despacho).

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 3 de diciembre de 2007. Radicados.24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447. v.et. Sección Segunda, sentencia del 19 de enero de 2006, radicado: 2.579-05 y sentencia del 7 de septiembre de 2006, radicado: 1.420-01, sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado: 4.669-04, y 23 de febrero de 2006, radicado: 3.648-05.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997 “c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente” (Resalta el Despacho).

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-739 de 2002.

¹⁴ Síntesis lograda de las consideraciones de la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 27 de abril de 2016, radicado: 66001-23-31-000-2012-00241-01(2525-14).

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00393-00
Demandante: Eny Yadira Puentes Torres
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

- i. En primer lugar, se superó la tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados, y en su lugar se señaló que cuando se desvirtúe el contrato de prestación de servicios, se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta el restablecimiento, que no es otra, que esa relación laboral que se ocultó bajo el ropaje de un contrato estatal; ello, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral¹⁵.
- ii. De igual forma se superó la tesis sobre la no prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, pues antes se consideraba que como su exigibilidad era imposible antes de que se produjera la sentencia que declaraba la existencia de la relación laboral (carácter constitutivo)¹⁶. Se considera ahora, que si bien es cierto, es desde la sentencia que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años¹⁷.
- iii. En cuanto a la configuración de los contratos realidad, se concluyó que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia continuada en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público¹⁸.
- iv. Así mismo, se ha resaltado que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, según el aforismo “onus probandi incumbit actori”, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y a acreditar la presencia real de los elementos anteriormente señalados dentro de la actividad desplegada, especialmente el de subordinación continuada¹⁹.

El caso de la prestación de servicios en las empresas prestadoras de salud.

Respecto a la potestad de las Empresas Sociales del Estado para contratar la prestación de servicios por fuera de la planta de personal de la entidad, la Corte Constitucional en Sentencia C-171 de 2012, reiteró los límites constitucionales trazados sobre la protección de las relaciones laborales y la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad, que se puedan desarrollar con personal de planta o que no requieran de conocimientos especializados, principios que constituyen el marco constitucional para la celebración de contratos de prestación de servicios por estas entidades²⁰.

En la jurisprudencia citada, se precisó que la potestad de contratación otorgada a las Empresas Sociales del Estado para prestar servicios de salud, solo podrá llevarse a cabo en los siguientes eventos:

- (i) Que no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad
 - (ii) Se contratan cuando estas funciones no puedan realizarse con personal de planta de la entidad
- O,

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 2776-05; Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 1694-07; Sentencias de 31 de Julio de 2008; Sentencia de 14 de agosto de 2008.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Expediente No. 3074-2005.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 17 de agosto de 2011. Expediente No. 1079-09.

²⁰ . Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-171 de 2012.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00393-00
Demandante: Eny Yadira Puentes Torres
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

(iii) cuando se requieran conocimientos especializados, toda vez que para prestar los servicios inherentes a su responsabilidad, las Empresas Sociales del Estado deben contar con una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente que les permita atender y desarrollar sus funciones^{21/22}.

Ahora bien, para estos asuntos el Consejo de Estado ha reiterado también en relación con el elemento de la subordinación, que pese a la autonomía e independencia que conlleva la aplicación de sus conocimientos científicos, no se puede descartar de plano la existencia de una relación de subordinación y dependencia, “en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, como el cumplimiento de horario, la recepción de órdenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta etc., lo que a su vez supone que tratándose de un verdadero contrato de prestación de servicios, la autonomía e independencia deba abarcar aun los aspectos anteriormente referidos”²³.

Estado de la cuestión.

Del desarrollo jurisprudencial citado, se entiende que, para comprobar la existencia de una relación laboral, se requiere que el demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es:

- (i) Que su actividad en la entidad haya sido personal y que por esta recibió una remuneración o pago. Acreditar que en la relación con el empleador existió subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo u la imposición de reglamentos, subordinación que debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.
- (ii) La parte actora debe demostrar su permanencia en labores inherentes a la entidad.
- (iii) Sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral con todas sus implicaciones económicas, esa declaración no otorga la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección en la planta de cargos de la entidad y su correspondiente posesión.

Caso concreto.

Se procede a verificar si se encuentran configurados los tres elementos de la relación laboral, y si hay lugar al reconocimiento y pago de las acreencias laborales a favor de la demandante causadas durante el periodo comprendido entre el 01 de julio de 2016 y el 31 de enero de 2019 cuando terminó su último contrato de prestación de servicios.

a.- Respecto a la actividad personal que prestó la señora ENY YADIRA PUENTES TORRES:

Según certificación con consecutivo No. 371 expedida por la Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. de fecha 28 de marzo de 2019²⁴, se tiene que la demandante suscribió sucesivos contratos de prestación de servicios con la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., sin que exista solución de continuidad en su ejecución, desde el 01 de julio de 2016 hasta el 31 de enero de 2019, así:

NUMERO DE CONTRATO	FECHA DE INGRESO	FECHA DE TERMINACION	VALOR HONORARIOS
694 de 2016	1 de julio de 2016	31 de septiembre de 2016	\$1.300.000
4972 de 2016	1 de octubre de 2016	11 de diciembre de 2016	\$1.300.000
2926 de 2017	1 de enero de 2017	31 de enero de 2018	\$1.376.400
1678 de 2018	1 de febrero de 2018	31 de enero de 2019	\$1.376.400

²¹ *Ibidem*.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 2 de junio de 2016. Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00043-01(2496-14).

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 28 de enero de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2001-03195-01(0782-08). En igual sentido sentencia del 11 de junio de 2009, radicación No. 0081-08.

²⁴ Archivo digital PDF ANEXOS ENY TORRES. fls. 61-62.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00393-00
Demandante: Eny Yadira Puentes Torres
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

De lo anterior se concluye que, la demandante estuvo vinculada de manera continua e ininterrumpida con la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. desde el 01 de julio de 2016 hasta el 31 de enero de 2019, fecha de terminación del último contrato.

Ahora bien, la referida certificación con consecutivo No. 371 contiene las siguientes actividades:

Actividades Contratadas:

1. Orientar y capacitar al Usuario en los Servicios de Consulta Externa, Hospitalización y Urgencias de acuerdo a los temas contenidos en las Agendas Educativas y registrar las actividades realizadas en el SIDMA.
2. Realizar Comprobación de Derechos del usuario en los casos que sea pertinente en cada una de la bases
3. Aplicar encuestas de satisfacción al usuario y consolidar los datos recolectados en las Unidades de servicios de salud.
4. Asignar citas
5. Acompañar al usuario que necesita apoyo especial y usuarios prioritarios en el proceso administrativo y asistencial si así se requiere.
6. Facilitar, promocionar y ser puente entre la Ruta de la Salud y los usuarios con el fin de disminuir barreras de acceso a población prioritaria.
7. Elaborar informes mensuales y trimestrales de las acciones adelantadas.
8. Asistir a reuniones o jornadas de capacitación direccionadas por la Líder de la Oficina de Atención al Usuario y Participación Social
9. Las demás que le sean asignadas relacionadas con su área por la Líder de la Oficina de Atención al Usuario y Participación Social.

La certificación con consecutivo No. 0058 expedida por el Asesor Jurídico de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. de fecha 27 de enero de 2017²⁵, para cuando estaba vigente la OPS No. 2926 de 2017, señala como actividades prestadas por la señora Eny Yadira Puentes Torres:

Actividades:

1. Realizar asesoría al usuario y su familia en la entrada a la unidad de Servicios de Salud en el Digiturno haciendo filtro y orientación de acuerdo a las necesidades particulares.
2. Aplicar encuestas de satisfacción al usuario de manera presencial y consolidar los datos recolectados en las Unidades de servicios de salud.
3. Orientar y capacitar al Usuario en los Servicios de Consulta Externa, urgencias y hospitalización de acuerdo a los temas contenidos en el SIDMA y registrar las actividades realizadas diariamente.
4. Realizar Charlas de capacitación dos veces al día en salas de espera de acuerdo a la programación interna y los temas de interés para el usuario de nuestra institución.
5. Estar en disponibilidad de asignar citas si así se requiere por necesidad del Servicio
6. Acompañar al usuario que requiere apoyo especial y usuarios prioritarios en el proceso administrativo y asistencial si así se requiere.
7. Facilitar, promocionar y ser puente entre la ruta de la salud y los usuarios con el fin de disminuir barreras de acceso a población prioritaria.
8. Asistir a reuniones a las que sea delegada, en representación de la USS.
9. Apoyar procesos administrativos del servicio de Urgencias de acuerdo a necesidad.
10. Las demás que le sean asignadas relacionadas con su área por la oficina asesora de Participación Social y Servicio al Ciudadano.

²⁵ Archivo digital PDF10 archivo 01 YADIRA PUENTES 1_20200908080110. fls. 75-76.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00393-00
Demandante: Eny Yadira Puentes Torres
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

El contrato de prestación de servicios No. 1678 de 2018²⁶ indica como objeto del contrato, la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión como AUXILIAR DE ATENCIÓN AL USUARIO dentro de los diferentes procesos y procedimientos de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., y frente a las obligaciones específicas del contratista, señala que se tienen como tal las descritas en el requerimiento el cual hace parte integral del contrato.

En ese sentido, el requerimiento de nuevo contrato administrativo²⁷ correspondiente al contrato No. 1678 de 2018, tiene como fecha de solicitud el 30 de enero de 2018 y perfil requerido AUXILIAR DE ATENCIÓN AL USUARIO / ADMINISTRATIVO en el servicio de la OFICINA DE PARTICIPACIÓN COMUNITARIA Y SERVICIO AL CIUDADANO, con las siguientes actividades a desarrollar:

“1. Realizar actividades diarias de Orientación y capacitación al Usuario en los Servicios de Consulta Externa, Hospitalización y Urgencias de acuerdo a los temas contenidos en la estrategia Educativa y registrar las actividades realizadas en el SIDMA. Mínimo 15 jornadas de capacitación grupal/mes.

2. Aplicar el 100% de Encuestas de Satisfacción asignadas, garantizando la calidad del registro y la oportunidad semanal de la entrega.

3. Realizar semanalmente la apertura de 100% de Buzones de sugerencias, registrar en acta y apoyar la transcripción de las peticiones encontradas.

4. Realizar diariamente el filtro en fila, garantizando la priorización y gestión de las solicitudes de las poblaciones preferentes y realizando comprobación de Derechos del usuario en los casos que sea pertinente.

5. Asignar citas a los usuarios solicitantes informando sobre el derecho a elegir el profesional de su preferencia dentro de la oferta institucional disponible.

6. Identificar y registrar y gestionar la demanda insatisfecha y las citas en espera.

7. Asistir al usuario que necesita apoyo especial para facilitar el acceso a los servicios administrativos y asistenciales que requiera.

8. Identificar y registrar en el aplicativo SIDMA, a los usuarios con dificultades en el acceso a los servicios; y gestionar el acceso de los mismos en los casos de competencias de la SUBRED. Realizar registro en SIDMA garantizando la calidad del registro y la totalidad de casos identificados.

9. Aplicar la Lista de Chequeo de las Condiciones de la Infraestructura de la Unidad semanalmente con el respectivo soporte y el seguimiento a lo identificado.

10. Orientar y apoyar el diligenciamiento del Formato de Afiliación Oficiosa y Gestión de situaciones que representen dificultades de Acceso para los usuarios realizar y gestionar con trabajo social la satisfacción de las necesidades de ingreso del paciente.

11. Elaborar los informes mensuales y trimestrales relacionando las actividades cumplidas entregando mensualmente las evidencias de las mismas.

12. Asistir a reuniones o jornadas de capacitación direccionadas por la Líder de la Oficina de Atención al Usuario y Participación Social. Las demás que le sean asignadas relacionadas con su área por la Líder de la Oficina de Atención al Usuario y Participación Social.”

En consecuencia, para cumplir el objeto contractual la señora ENY YADIRA PUENTES TORRES debía prestar un servicio personal como AUXILIAR DE ATENCIÓN AL USUARIO en las instalaciones de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., como era realizar asesoría al usuario y su familia en la entrada a la unidad de Servicios de Salud en el Digiturno haciendo filtro y orientación, aplicar

²⁶ Archivo digital PDF10 archivo 01 YADIRA PUENTES 1_20200908080110. fs. 101-104.

²⁷ Archivo digital PDF10 archivo 01 YADIRA PUENTES 1_20200908080110. fs. 1-2.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00393-00
Demandante: Eny Yadira Puentes Torres
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

encuestas de satisfacción al usuario de manera presencial y consolidar los datos recolectados en las Unidades de servicios de salud, orientar y capacitar al usuario en los Servicios de Consulta Externa, urgencias y hospitalización de acuerdo a los temas contenidos en el SIDMA y registrar las actividades realizadas diariamente, realizar charlas de capacitación dos veces al día en salas de espera de acuerdo a la programación interna y los temas de interés para el usuario, asignar citas, acompañar al usuario que requiere apoyo especial y usuarios prioritarios en el proceso administrativo y asistencial, asistir a reuniones a las que sea delegada en representación de la USS, apoyar procesos administrativos del servicio de Urgencias, entre otras funciones.

La prestación personal del servicio se encuentra corroborada por los testimonios recibidos por las señoras JHOANA MARIBEL NEUTA RODRÍGUEZ, ROSA STELLA MOLINA CADENA y MARTHA ELENA GONZÁLEZ TOVAR, de los que se infiere que el servicio debía prestarse personalmente por la demandante en las instalaciones del ente hospitalario. Lo anterior se corrobora también con el objeto, las obligaciones y las actividades de los contratos de prestación de servicios, certificaciones y requerimientos, las cuales fueron señaladas anteriormente.

b.- Remuneración del servicio prestado:

Frente al requisito de la remuneración no hay discusión, toda vez que la demandante recibió como contraprestación por el servicio prestado los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios.

Lo anterior, de acuerdo con los contratos de prestación de servicios del periodo 2016 a 2019²⁸ y la certificación con consecutivo No. 371 expedida por la Gerente de la entidad de fecha 28 de marzo de 2019²⁹, que da cuenta del valor total por concepto de honorarios de cada uno de los contratos suscritos.

c.- Frente a la subordinación y dependencia:

Obran los siguientes testimonios rendidos el día 22 de septiembre de 2021:

JHOANA MARIBEL NEUTA RODRÍGUEZ, actualmente es asesora de servicio al cliente en la Subred Norte, cuya vinculación es mediante contrato de prestación de servicios. Lleva 19 años con la Subred desde el 02 de agosto de 2002, ha pasado por diferentes modalidades de contratación con temporales, cooperativas y por prestación de servicios, y no tiene demandada a la entidad. Su cargo es facturadora de urgencias o asesora de servicio al cliente,. La testigo conoció a la demandante en julio del año 2016.

Frente a la prestación personal del servicio, indicó que la demandante era técnico como auxiliar de atención al usuario e ingresó a la entidad al servicio de urgencias desarrollando una serie de tareas, le encomendaban trabajo social y los apoyaba con los pacientes en definirlos, qué seguridad social tenían, se encargaba de realizar el censo en su horario que era de 7 a 5.

Que la demandante a las 7 de la mañana pasaba al servicio de urgencias a hacer toda la ronda paciente por paciente para verificar su seguridad social y que no tuvieran inconvenientes en el momento de la liquidación de las cuentas. Indica que También hacía charlas en la institución, como la testigo estaba en el turno de la noche, se cruzaban en la mañana para hacer entrega de los pendientes del turno.

Frente a la subordinación, precisó que la demandante tenía horario de 7 de la mañana a 5 de la tarde de lunes a viernes y había fines de semana que los hacían ir cuando les tocaba hacer campañas de atención al usuario. La testigo recibía turno a las 7 de la noche y entregaba turno a las 7 de la mañana, cruzándose con la demandante porque tenía que entregarle los pacientes pendientes de trabajo social.

Mencionó que cada oficina o área tiene un jefe, ellos son los que les comunican y les colocan los turnos. Indico que la Doctora FABIOLA era la jefe directa de la demandante. Siempre les ha tocado usar un

²⁸ Archivo digital PDF 10 archivo 01 YADIRA PUENTES 1_20200908080110. fls. 101-104, 119, 135, 145, 155, 165, 173, 183, 193, 203.

Archivo digital PDF10 archivo 02 YADIRA PUENTES_20200908075212. fls. 125-129, 157-158.

²⁹ Archivo digital PDF 09 ANEXOS ENY TORRES. fls. 61-62.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00393-00
Demandante: Eny Yadira Puentes Torres
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

uniforme de antifluidos. Señala que la demandante trabajó en radio como radio operadora, que hay personal de planta como STELLA MOLINA, HENRY, NORMA, JAIRO VILLAMIZAR, que la demandante también desarrolló esa función por órdenes del coordinador y de acuerdo a la necesidad del servicio.

Finalmente, que la demandante le comentaba que se comunicaba con el jefe para tomar decisiones.

ROSA STELLA MOLINA CADENA, quien es empleada de planta de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. y fue compañera de trabajo de la demandante. La testigo lleva 37 años laborando en la institución y no tiene demandada a la Subred. Conoció a la demandante hace cinco o seis años cuando ella llegó a la Red.

El cargo de la testigo ha sido operadora de radio y como operadora de radio tienen mucho nexo con atención al usuario ya que ellos les colaboran para ubicación de familiares y exámenes que se requerían en conjunto. El horario de la testigo era de 6 de la mañana a 2 de la tarde, luego de 2 de la tarde a 10 de la noche y de 10 de la noche a 6 de la mañana, tenía ese horario rotado y después la cambiaron a horario fijo de 7 de la mañana a 1 de la tarde. Pasó a horario fijo en el 2017, por lo tanto, trabajó con la demandante en ambos horarios, fijo y rotado. Trabajó con la demandante en el Hospital de Chapinero y luego con la Subred Norte

Frente a la prestación personal del servicio, manifestó que la demandante ingresó a atención al usuario y le colaboraba mucho cuando había un problema con algún paciente de remisión, para ubicación de familiares de pacientes y demás. La demandante por lo general estaba en urgencias del Hospital de Chapinero y se la encontraba allí, la veía todos los días.

Frente a la subordinación, afirmó que la demandante ingresaba a las 7 de la mañana, la veía temprano, salía a almorzar con las compañeras y cuando estaba en el turno de la tarde, se quedaba hasta tarde muchas veces después de las 4 o 5 de la tarde hasta que dejara todo bien con los pacientes y su turno en condiciones óptimas, 7 de la noche a veces le daba. Señaló que el horario de la demandante era de lunes a viernes, muchas veces les ha tocado ir a las niñas de trabajo social o de atención al usuario por cualquier razón los sábados.

Precisó que todos los de OPS cumplen horario, recuerda que la demandante trabajaba con MARTHA ANGARITA. La demandante tenía que pedir permiso a la persona que estuviera en el momento coordinándola y para todo se tiene que pedir permiso, allí ningún compañero de OPS puede salir sin pedir permiso al jefe inmediato o informar que tiene que salir. La demandante no podía darse su propio horario, a los de OPS les exigen demasiado. Añadió que la demandante usaba pijamas para trabajo.

MARTHA ELENA GONZÁLEZ TOVAR (testigo tachado porque tendría un interés en el proceso), quien es técnico y actualmente es auxiliar de enfermería independiente. Trabajó en la Subred Norte 15 años del 2005 al 2019 como auxiliar de ambulancia y en la parte administrativa en la oficina de radio con referencia y contra referencia, conoció a la demandante en el Hospital de Chapinero cuando ya estaba en la parte de referencia en la oficina de radio. La testigo estuvo en Chapinero del 2015 al 2016, tiene demandada a la Subred Norte y la demandante no es testigo en su proceso.

Fue compañera de trabajo de la demandante fines de 2016 e inicios de 2017. También trabajaron juntas en el Hospital Simón Bolívar como un año, la testigo en la oficina de radio y la demandante seguía con atención al usuario, con la parte administrativa y también en la parte de trabajo social. En Chapinero estaban en el mismo piso a distancia de dos oficinas y en Simón Bolívar la testigo estaba en el sótano y la demandante estaba en el primer piso, por lo que se veían seguido ya que era continuo estar dirigiéndose a los pisos o a otras oficinas entonces se veían a diario en el horario de mañana o tarde porque en la noche la demandante no trabajaba.

Frente a la prestación personal del servicio, indicó que la demandante estaba en la parte administrativa también y hacía la parte de atención al usuario, de acompañamiento, algo de trabajo social y citas también.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00393-00
Demandante: Eny Yadira Puentes Torres
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

Frente a la remuneración, precisó que siempre se tiene que presentar algo de actividades, las actividades que se realizan en los diferentes turnos, cada cual tiene que presentar ese informe para que le pagaran.

Frente a la subordinación, sostuvo que la demandante tenía un horario de trabajo como todos los que trabajan en la parte de salud por prestación de servicios. El horario de la demandante era de 7 a 5 de la tarde y coincidían cuando la testigo estaba en la mañana o en la tarde. La Doctora LUISA TOVAR era la coordinadora de Chapinero en ese entonces y era quien coordinaba qué tenía que hacer cada uno en la labor que estaba, ella le decía a la demandante Yadira tienes que atender a los usuarios, qué pasó con el habitante de calle.... La testigo hacía el trámite de remisión de referencia de pacientes y le daba información a la Doctora LUISA TOVAR sobre los trámites que se realizaban a diario con los pacientes que tenían en trámite de remisión en los diferentes turnos.

Manifestó que como Chapinero es pequeño entonces la Doctora LUISA TOVAR siempre estaba muy pendiente de todo el personal. La demandante trabajaba de lunes a viernes y raramente los sábados, y no podía ausentarse de su turno, se tenía que pedir una autorización para poderse ausentar o sino hacer arreglo con algún otro compañero para cuadrar el turno.

Agregó que la demandante utilizaba un pantalón azul oscuro, blusa blanca y una pañoleta en el cuello de color amarillo. La demandante trabajó como radio operadora en Chapinero cuando alguno de planta tenía permiso o cuando había alguna incapacidad, ella les colaboraba y les cubría turno ahí, esos turnos los hacía ella. Siempre hay una orden de un superior para hacer labores que no están en lo contratado.

La testigo presenció que el coordinador le diera orden a la demandante que prestara sus servicios como radio operadora ya que muchas veces le recibía a ella turno. Quien le dio esa orden fue la doctora LUISA TOVAR.

Interrogatorio de parte. La demandante dio respuesta a las preguntas formuladas en los siguientes términos:

Señaló que es técnico en mercadeo y estuvo vinculada como auxiliar administrativo de atención al ciudadano en la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. Prestó sus servicios en la Unidad de Servicios de Salud de Chapinero y en la Unidad de Servicios de Salud de Simón Bolívar. Estuvo en el Hospital Chapinero de julio de 2016 hasta 2017 y en el 2018 comenzó en el Simón Bolívar hasta enero de 2019.

Que sus funciones eran atención al ciudadano en ventanilla, hacer censos cama a cama en el área de urgencias de las diferentes sedes de la Subred, hacer informes sobre encuestas de satisfacción de los usuarios, atender los requerimientos de los profesionales de la salud en cuanto a situaciones particulares de los pacientes en las áreas de urgencias, y básicamente lo que es atender al usuario en las ventanillas, en los cama a cama, en los pasillos, donde se requiriera la atención del usuario.

Agregó que ellos siempre solicitaban que fueran puntuales, que ingresaran a las 7 de la mañana hasta las 4:30 de la tarde o 5:00 que fue los últimos horarios que cumplió, de lunes a viernes y hubo algunos trabajos los sábados y otros los domingos.

Precisó que su trabajo siempre fue exclusivo para la Subred. La supervisora de su contrato era la Doctora FANNY LUCÍA RUGELES DE HERNÁNDEZ y sus jefes inmediatos eran la Doctora LILIANA LOZANO, la Doctora MÓNICA PADILLA y la Doctora YENY TÉLLEZ, quienes estaban a cargo de ella en cuanto a direccionamientos y órdenes que daban sobre las labores que tocaba hacer. Las Doctoras YENNY TÉLLEZ y MÓNICA PADILLA eran las personas que indicaban las tareas que había que hacer.

Señaló que hay unos direccionamientos como entregar las encuestas, entregar el requerimiento de los usuarios, validar toda la información de las bases de datos de todos los usuarios que atendía en el día y los planillaban para pasar la información. Había días que eran situaciones específicas como algún usuario que tenía un requerimiento especial, entonces tocaba buscar información al respecto.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00393-00
Demandante: Eny Yadira Puentes Torres
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

Que la señora MARTHA ELENA GONZÁLEZ TOVAR hacía actividad en el área de radio, operadora de radio. Compartió trabajo con ella en Chapinero y en Simón Bolívar, prácticamente durante el periodo de 2016 a 2019 estuvieron juntas en las dos unidades. La demandante estaba ubicada en el área de urgencias en la oficina de atención al usuario y la señora MARTHA en el área de radio de urgencias. Que JHOANA MARIBEL realiza labor en facturación en urgencias de la sede de Chapinero y trabaja desde las 6 de la tarde o 7 de la noche y siempre se encontraban en los turnos, o los sábados o los domingos.

Manifestó que no se podía ausentar, solo podía irse entre 1 de la tarde a 2 que era el momento del almuerzo. No se podía retirar, si había otra compañera de apoyo debían turnarse el almuerzo porque el área de urgencias nunca podía quedar desprotegida de atención al usuario, si estaba sola únicamente podía almorzar de 1 a 2 de la tarde, y las ausencias siempre tuvieron que estar registradas en una hoja que decía solicitud de permiso y firmada por el jefe inmediato, no se podía estar ausente o tenía que estar sumamente justificada para no asistir a cumplir sus labores.

Indicó que tan pronto inició la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte, les dieron unos uniformes que les llaman pijamas con el nombre de ellos, nombre de la Subred y luego cambiaron a unos uniformes de pantalón azul y blusa identificando la Subred Norte.

Análisis de los testimonios.

Los testigos contestaron directamente las preguntas relacionadas con los hechos de la demanda. De los tres testimonios recepcionados se infiere que la demandante estaba sometida a turnos que debían cumplirse y fueron coincidentes en afirmar que el horario de trabajo de la demandante era de 7 de la mañana a 5 de la tarde de lunes a viernes.

Con respecto al horario de trabajo de la demandante, JHOANA MARIBEL NEUTA RODRÍGUEZ señaló que había fines de semana que los hacían ir cuando les tocaba hacer campañas de atención al usuario, mientras que ROSA STELLA MOLINA CADENA indicó que muchas veces les ha tocado ir junto con las de trabajo social o de atención al usuario por cualquier razón los sábados y MARTHA ELENA GONZÁLEZ TOVAR dijo que la demandante trabajaba los sábados.

Así mismo, ROSA STELLA MOLINA CADENA añadió que todos los de OPS cumplen horario y sobre el particular MARTHA ELENA GONZÁLEZ TOVAR sostuvo que la demandante tenía un horario de trabajo como todos los que trabajan en la parte de salud por prestación de servicios.

Además, MARTHA ELENA GONZÁLEZ TOVAR y ROSA STELLA MOLINA CADENA precisaron que la demandante no podía ausentarse de su turno de trabajo y para poderlo hacer tenía que pedir autorización o permiso. Al respecto, ROSA STELLA MOLINA CADENA dijo que allí ningún compañero de OPS puede salir sin pedir permiso al jefe inmediato, que la demandante no podía darse su propio horario y que a los de OPS les exigen demasiado.

Entre tanto, JHOANA MARIBEL NEUTA RODRÍGUEZ y MARTHA ELENA GONZÁLEZ TOVAR indicaron que la demandante tuvo jefes que le dieron órdenes. JHOANA MARIBEL NEUTA RODRÍGUEZ mencionó que la doctora FABIOLA era la jefe directa de la demandante, quien desarrolló la función de radio operadora por órdenes del coordinador, y que la demandante se comunicaba con el jefe para tomar decisiones. Por su parte, MARTHA ELENA GONZÁLEZ TOVAR dijo que la doctora LUISA TOVAR era la coordinadora de Chapinero en ese entonces y le decía a la demandante qué tenía que hacer en su labor.

Sobre el uniforme de trabajo JHOANA MARIBEL NEUTA RODRÍGUEZ manifestó que la demandante usaba un uniforme de anti fluidos, ROSA STELLA MOLINA CADENA que la demandante usaba pijamas para trabajo y MARTHA ELENA GONZÁLEZ TOVAR expresó que la demandante utilizaba un pantalón azul oscuro, blusa blanca y una pañoleta en el cuello de color amarillo.

Dentro de las funciones desempeñadas, JHOANA MARIBEL NEUTA RODRÍGUEZ fue consistente en afirmar que la demandante trabajó como radio operadora por órdenes del coordinador y en esa función hay personal de planta como STELLA MOLINA, HENRY, NORMA y JAIRO VILLAMIZAR. Sobre lo

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00393-00
Demandante: Eny Yadira Puentes Torres
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

anterior, MARTHA ELENA GONZÁLEZ TOVAR coincidió con sus dichos al mencionar que la demandante trabajó como radio operadora en Chapinero cuando alguno de planta tenía permiso o cuando había alguna incapacidad, presenciando también que la coordinadora LUISA TOVAR le dio la orden a la demandante de prestar sus servicios como radio operadora.

Lo anterior acredita una verdadera subordinación en la prestación del servicio que por la naturaleza misma del cargo es de carácter permanente y el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los empleados de planta. El despacho le da credibilidad a los testimonios, conforme a la coherencia y claridad de sus dichos, además de los contratos de prestación de servicios en donde se registra el objeto del contrato y se evidencia el servicio personal sin posibilidad de poder ejecutar su trabajo en otro sitio que no fuera el Hospital por el manejo de las plataformas de recolección de datos y los procedimientos implementados, la atención a los usuarios, las charlas impartidas y el acceso exclusivo a los instrumentos y materiales de la entidad.

Además, otras pruebas como, certificación de actividades contractuales³⁰, certificación de afiliación al fondo de pensiones Protección³¹, certificaciones de afiliaciones a ARL Sura³², contratos de prestación de servicios y otro sí adición y prórroga³³, algunas planillas de pago de la seguridad social³⁴, carnet de la demandante³⁵, solicitudes de permiso³⁶, Certificación de cumplimiento de actividades ³⁷que acreditan lo anteriormente expuesto.

d.- Permanencia en el servicio:

Se requiere acreditar: a.) Que la labor desarrollada es inherente a la entidad y b.) Que existe similitud o igualdad en las funciones desempeñadas con otros empleados de planta y que la prestación del servicio no fue transitoria.

Respecto a la labor desarrollada, tenemos que el objeto principal del ente hospitalario es la prestación de servicios de salud y la asesoría y atención a los usuarios que acuden a este, que se encuentra directamente ligado a la labor desarrollada por la contratista y del giro ordinario de la E.S.E demandada.

La prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión como AUXILIAR DE ATENCIÓN AL USUARIO evidenciada en actividades como realizar asesoría al usuario y su familia en la entrada a la unidad de Servicios de Salud en el Digiturno haciendo filtro y orientación, aplicar encuestas de satisfacción al usuario de manera presencial y consolidar los datos recolectados en las Unidades de servicios de salud, orientar y capacitar al usuario en los Servicios de Consulta Externa, urgencias y hospitalización de acuerdo a los temas contenidos en el SIDMA y registrar las actividades realizadas diariamente, realizar charlas de capacitación dos veces al día en salas de espera de acuerdo a la programación interna y los temas de interés para el usuario, asignar citas, acompañar al usuario que requiere apoyo especial y usuarios prioritarios en el proceso administrativo y asistencial, asistir a reuniones a las que sea delegada en representación de la USS, apoyar procesos administrativos del servicio de Urgencias, entre otras.

Frente a la similitud o igualdad en las funciones desempeñadas, no se logró comprobar que para el periodo en el que la demandante se desempeñó como auxiliar de enfermería y administrativa hubiera cargo igual dentro de la planta de personal, no obstante, de acuerdo con los testimonios recaudados, la entidad ha vinculado personal para esta función mediante sucesivos contratos de prestación de servicios bajo las condiciones de un verdadero contrato de trabajo.

³⁰ Archivo digital PDF 01 YADIRA PUENTES 1_20200908080110. fls. 75-76.

³¹ Archivo digital PDF 01 YADIRA PUENTES 1_20200908080110. f 81.

³² Archivo digital PDF 01 YADIRA PUENTES 1_20200908080110. fls. 87-95.

³³ Archivo digital PDF 01 YADIRA PUENTES 1_20200908080110. fls. 101-104, 119, 135, 145, 155, 165, 173, 183, 193, 203. Archivo digital PDF 02 YADIRA PUENTES_20200908075212. fls. 125-129, 157-158.

³⁴ Archivo digital PDF 04Anexos. fls. 53-65.

³⁵ Archivo digital PDF 04Anexos. f 15.

³⁶ Archivo digital PDF 04Anexos. fls. 40-41, 48-51.

³⁷ Archivo digital PDF 10 archivo 01 . fls. 111, 113, 123, 129, 139, 149, 159, 169 , 187 , 207

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00393-00
Demandante: Eny Yadira Puentes Torres
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

Respecto a la transitoriedad, se encuentra demostrado que la demandante prestó sus servicios a la entidad a través de la suscripción de sucesivos contratos de prestación de servicios desde el 01 de julio de 2016 hasta el 31 de enero de 2019, esto es, aproximadamente 2 años y medio de servicios ininterrumpidos, con el ánimo de emplear de manera continua sus oficios, no equiparable con la temporalidad que caracteriza jurídicamente a los contratos de prestación de servicios.

El estudio en conjunto de las pruebas, permite concluir la falta de autonomía de la demandante para llevar a cabo sus funciones, pues era supervisada y vigilada por sus jefes y coordinadores en el cumplimiento de su trabajo y en el cumplimiento de horarios y funciones como cualquier servidor de planta. Del material probatorio se infiere que, el cumplimiento de sus labores requería su permanencia en las instalaciones del ente hospitalario y seguimiento de sus actividades de asesoría, atención y charlas a los usuarios de los entes hospitalarios en los que prestó sus servicios, aunado al hecho que la demandante ejerció sus funciones de forma permanente por aproximadamente 2 años y medio.

Es dable destacar que, dentro de las actividades específicas de cada uno de los contratos suscritos, se encontraban funciones que la demandante no tenía la posibilidad de desempeñar en forma independiente; así mismo, no podía desempeñar sus funciones cuando quisiera o, dicho de otra forma, darse su propio horario, toda vez que su actividad dependía del continuo servicio en horarios habilitados para la atención al público.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que permite la celebración de contratos de prestación de servicios, no autoriza a las entidades del Estado para que, a través de esta modalidad de vinculación, desconozcan el pago de las prestaciones sociales y demás obligaciones de carácter laboral que la Constitución y la ley han consagrado a cargo de los empleadores.

Como lo ha reiterado la Corte Constitucional, acudir a esta práctica no sólo vulnera los derechos de los trabajadores, sino que además dicha nómina paralela desvirtúa la razón de ser del artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal, y como se ha sostenido, se acreditaron los requisitos de prestación personal del servicio, remuneración, subordinación y continuada dependencia al Hospital, encubriendo una verdadera relación laboral, máxime cuando el objeto contractual era inherente a la entidad.

En efecto, se acreditó que existió un contrato de trabajo y no una relación de carácter comercial o contractual, conclusión que resultó de las funciones, la jornada laboral, el cumplimiento de los requisitos de la relación laboral y la propiedad de los elementos de trabajo por parte de la entidad, así como el ejercicio de subordinación por parte de los coordinadores y jefes encargados de la demandante, situación que genera la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política.

Por consiguiente, habrá de declararse imprósperas las excepciones de: legalidad del acto administrativo acusado, falta de causa e inexistencia de la obligación, inexistencia de la calidad de empleado público, carencia del derecho, inexistencia de una relación laboral, cobro de lo no debido, al ser evidente la legitimidad de las pretensiones de la actora.

Frente a la tacha de los testigos.

El apoderado de la entidad demandada presenta tacha de la testigo MARTHA ELENA GONZÁLEZ TOVAR porque tendría un interés en el proceso para que se diera un precedente horizontal que la beneficié dentro de su proceso. Frente a lo anterior, si bien fue tachada por sospecha, tal circunstancia no impide el recaudo de la prueba, sino que obliga al juez a valorarla con mayor severidad.

Sobre la valoración del testimonio sospechoso, el Consejo de Estado en sentencia del 8 de abril de 2014, C.P. Jaime Orlando Santofimio G. Rad. 29195, señaló lo siguiente:

“Debe entenderse, entonces, que son, precisamente, las reglas de la sana crítica las que aconsejan que tanto el testigo sospechoso como el ex audito, se aprecie con mayor rigor, se someta a un tamiz más

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00393-00
Demandante: Eny Yadira Puentes Torres
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha o cuya percepción fue directa o se subvaloren. Pero sin que puedan desecharse bajo el argumento del parentesco, interés o falta de percepción directa, sino porque confrontados con el restante material probatorio resultan contradictorios, mentirosos, o cualquier circunstancia que a criterio del juez merezca su exclusión o subvaloración.”

Bajo este entendido, la prueba testimonial fue valorada en forma estricta y apreciada en conjunto con las demás pruebas allegadas al proceso, destacando que no se evidenció la capacidad del testigo de engañar al despacho o que tuviera la finalidad de obtener un beneficio económico. Al respecto se hace necesario señalar que “[...] el juez, como director del proceso, debe asumir la responsabilidad de valorar bajo parámetros objetivos todas las pruebas allegadas a la investigación. Sólo puede descartar aquellas respecto de las cuales compruebe su ilegalidad o que se han allegado indebida o inoportunamente y, en todo caso, cualquiera que se haya obtenido con la vulneración del debido proceso [...]”³⁸.

Segundo problema jurídico: ¿opera el fenómeno jurídico de la prescripción?

Prescripción en materia de contrato realidad³⁹

La prescripción es la acción o efecto de «adquirir un derecho real o extinguirse un derecho o acción de cualquier clase por el transcurso del tiempo en las condiciones previstas por la ley "o en otra acepción" como concluir o extinguirse una carga, obligación o deuda por el transcurso del tiempo»⁴⁰.

En torno a este tema la Sección Segunda en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016⁴¹, al estudiar este fenómeno jurídico en la órbita del contrato realidad, consideró que: «[...] la prescripción encuentra sustento en el principio de la seguridad jurídica, en la medida en que busca impedir la perpetuidad de las reclamaciones referentes a reconocimientos de índole laboral, que pudieron quedar pendiente entre los extremos de la relación de trabajo al momento de su finalización, pues contrario sensu, resultaría desproporcionada la situación en la que se permitiera que el trabajador exigiera de su empleador (o ex empleador) la cancelación de emolumentos que con el transcurrir de los años implicarían un desmedro excesivo del patrimonio de este [...] y le impediría la conservación de los elementos probatorios tendientes a desvirtuar lo demandado».

En la providencia en mención se definieron las reglas que en esta materia deberán atenderse para efectos de analizar el fenómeno prescriptivo en esta clase de asuntos:

i.- El estudio de la prescripción es posterior al de la existencia de la relación laboral: El juez solo podrá estudiar dentro de la sentencia, el fenómeno jurídico de la prescripción en cada caso, una vez analizada y demostrada la existencia de la relación laboral entre las partes.

ii.- Prescripción frente a las prestaciones sociales.

1.- Prestaciones sociales. La prescripción trienal de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, interpretados en armonía con el artículo 12 del Convenio 95 de la OIT y los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, progresividad, prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos al trabajo en condiciones dignas, tal como lo sostuvo esta sección en la referida sentencia, se contabilizará a partir de la terminación del vínculo contractual.

Así pues, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, supera los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar las prestaciones que de ella

³⁸ Referencia Expediente T-1132315, Actor: Johana Luz Acosta Romero, sentencia T1090/05, Magistrado Ponente: CLARA INES VARGAS HERNANDEZ, Sala Novena Corte Constitucional, Sentencia T-1090/05.

³⁹ Sentencia SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDASUBSECCIÓN A Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D. C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 50001-23-33-000-2010-00606-01(1586-16) Actor: MARCELA DEL PILAR ROMERO TRUJILLO

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, actor: Javier Enrique Muñoz Fruto. Número interno: 3404-2013.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 25 de agosto de 2016, actor: Lucinda María Cordero Causil. Número interno: 0085-2015.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00393-00
Demandante: Eny Yadira Puentes Torres
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

se derivan, en aplicación del principio de la «primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales» de que trata el artículo 53 Constitucional, perderá su oportunidad de obtenerlas, ya que dicha inactividad o tardanza será traducida en desinterés, el cual no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Empero, precisó que, en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un periodo determinado y que la ejecución entre uno y otro tenga un lapso de interrupción, habrá de analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización, por cuanto uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. En este sentido, le corresponde al juez analizar si existió o no la referida interrupción, la cual será excluida del reconocimiento y estudiada en cada caso particular, con el fin de proteger los derechos de los empleados, a quienes se les han desconocido sus derechos bajo la figura de los contratos de prestación de servicios.

2.- Aportes a pensión. En la citada providencia se determinó que este fenómeno jurídico no sería aplicable 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, si son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales», por lo tanto, aun cuando los derechos salariales estén prescritos, por no haber sido reclamados dentro de los 3 años en que se hicieron exigibles, procederá el reconocimiento de los valores que debieron ser aportados para efectos de pensión.

No obstante, lo anterior no supone la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por este concepto, efectuados por el contratista, por cuanto ello representa un beneficio económico para él, que en nada influye en el derecho pensional, que es realmente el que se pretende proteger.

Asimismo, resaltó que en atención a que el derecho a una pensión afecta la calidad de vida del individuo que prestó sus servicios al Estado, el juez contencioso administrativo deberá estudiar en todas las demandas en las que se reconozca la existencia del contrato realidad, lo correspondiente a las cotizaciones debidas por la administración al Sistema de Seguridad Social en pensiones, aunque no se haya solicitado expresamente por el interesado, pues si bien la justicia contenciosa es rogada, lo cierto es que este precepto debe ceder ante postulados de carácter constitucional tales como la vida en condiciones dignas y la irrenunciabilidad a la seguridad social.

De igual forma, sostuvo que las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema de seguridad social, derivados de la declaratoria de la existencia de la relación laboral, por su carácter de imprescriptibles y de naturaleza periódica, están exceptuadas de la caducidad.

Caso concreto. Revisadas las pruebas documentales aplicando la sentencia unificada del Consejo de Estado, se tiene que no hubo interrupción en los contratos de prestación de servicios, no configurándose el fenómeno de la prescripción, en razón a la terminación del vínculo contractual el día 31 de enero de 2019⁴², la reclamación presentada el día y 20 de marzo de 2019⁴³ y la presentación de la demanda, 8 de octubre de 2019.

Tercer problema jurídico: ¿La demandante tiene derecho a la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devengaban los empleados de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.?

Indemnización derivada de la existencia de la relación laboral

La consecuencia de probar la existencia de la relación laboral es el reconocimiento de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación del daño integral. Es preciso indicar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir la

⁴² Archivo digital PDF ANEXOS ENY TORRES. fls. 61-62.

⁴³ Archivo digital PDF ANEXOS ENY TORRES. fls. 6-13.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00393-00
Demandante: Eny Yadira Puentes Torres
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

condición de empleado público, por ende, el restablecimiento del derecho se ordena a título de indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir.

Al respecto, el Consejo de Estado en providencia de 2014, señaló cuáles son las prestaciones sociales que deberán reconocerse, así:

«[...] Ahora bien, en este punto con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación del daño integral al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.

En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral.

Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son, entre otras las primas, las cesantías; y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.

Así, que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%”.

Teniendo claro lo anterior, se advierte que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha sostenido que no existe problema para condenar y liquidar las prestaciones ordinarias, pero que no sucede lo mismo con las prestaciones que se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social en los siguientes términos:

“[...] Por lo expuesto es dable concluir que, en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la reparación del daño no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista. [...]”⁴⁴ (Negrillas del texto original).

Posteriormente, en la sentencia de unificación ya citada, respecto de los aportes a pensión, consideró que: «[...] 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 corresponda como empleador [...] la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumba como trabajadora».

Lo anterior significa que, la entidad demandada para efectos del reconocimiento de estos aportes, deberá tener en cuenta el ingreso base de cotización, durante todo el tiempo laborado, esto es, el periodo durante el cual se desarrollaron las órdenes de prestación de servicios y verificar mes a mes los aportes efectuados por el trabajador, para así cotizar al respectivo fondo de pensiones lo que le compete como empleador, si es del caso. A su vez, al accionante le corresponde acreditar dichos aportes durante el tiempo de la vinculación y en caso de no haberse realizado o si existiere diferencia sobre los mismos, pagar o completar el porcentaje a su cargo.

Así lo ha sostenido el H. Consejo de Estado al considerar:

“De otra parte, en lo concerniente a la nivelación de los honorarios de la accionante, señala la Sala que en las controversias de contrato realidad cuando se declara la existencia de la relación laboral, hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar pero liquidadas conforme al valor pactado en los contratos de

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, Sentencia del 18 de septiembre de 2014, Expediente: 68001-23-33-000-2013-00161-01 (0739-2014) Actor: Elkin Hernández Abreo

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00393-00
Demandante: Eny Yadira Puentes Torres
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

prestación de servicios suscritos entre las partes, puesto que, la relación laboral que se reconoce deviene de los contratos estatales pactados pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de la relación laboral, de tal manera que, el valor pactado en cada contrato constituye el parámetro objetivo para la liquidación de las prestaciones a que tiene derecho sin que haya lugar a que se modifique el contenido clausular referido al valor del contrato de prestación de servicios⁴⁵.

Con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado aplicable al presente asunto, se ordenará a la entidad demandada pagar a título de indemnización a favor de la demandante, lo siguiente:

1.- El equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados públicos de la demandada en el periodo comprendido entre el 01 de julio de 2016 y el 31 de enero de 2019, tomando como base de liquidación el valor mensual contratado con la demandante y realizando los descuentos de ley.

2.- El valor en el porcentaje que por Ley debió cancelar la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. como empleador, por aportes al Sistema General de Seguridad Social entre el 01 de julio de 2016 y el 31 de enero de 2019, tomando como base de liquidación el valor mensual contratado, pues en este punto no operan los fenómenos jurídicos de caducidad de la acción y de prescripción cuando se presente la reclamación de los aportes pensionales adeudados al Sistema Integral de Seguridad Social derivados del contrato realidad, como quiera que redundan en garantías de orden público imprescriptibles, por mandato de la Constitución y la Ley y, debido a que el juez contencioso tiene el deber de pronunciarse sobre el particular a efectos de efectivizar los derechos del trabajador.

Para tales efectos, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante estos vínculos contractuales y en la eventualidad que no las has hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Las demás pretensiones se negarán con fundamento en lo siguiente:

1. Indemnizaciones: En cuanto a las indemnizaciones, como solicitó la actora en su escrito de demanda, se dirá que los efectos patrimoniales de la declaratoria de un contrato realidad se contraen al pago de las prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho y, adicional a ello, debe decirse, que la relación - que por virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, es de índole laboral-, con la entidad demandada terminó, por voluntad de las partes al finiquitar el término contractual.

2. Indemnización moratoria: Las cesantías como prestación social de carácter especial, constituyen un ahorro forzoso de los empleados para auxilio en caso de quedar cesantes. Este emolumento se encuentra regulado por las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, las cuales prevén que el empleador deberá liquidarlo al 31 de diciembre de cada año por anualidad o fracción, y consignarla antes del 15 de febrero del año siguiente a que se causó, en cuenta individual a nombre del empleado en el fondo de cesantía que él mismo elija.

Así mismo, se dispuso que en caso de que la entidad empleadora las consignara de forma extemporánea, habría lugar al reconocimiento de una sanción moratoria favor del trabajador, así:

«Artículo 99. El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

[...]

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

[...]» (Se subraya)

De modo que si el empleador consigna las cesantías anuales con posterioridad al 15 de febrero del año siguiente al que se causaron, deberá reconocer y pagar a favor del asalariado sanción moratoria, consistente en un día de salario por cada día de retardo.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, CP: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00118-01(0973-16), Actor: Yunived Castro Henao, Demandado: E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00393-00
Demandante: Eny Yadira Puentes Torres
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

No es posible ordenar el pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a favor del demandante porque la obligación del pago de las cesantías se constituye a partir de esta sentencia, razón por la que no se den los presupuestos legales para su reconocimiento.

3. Frente al reintegro retención en la fuente, ha dicho el Consejo de Estado que, en casos como el presente, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se discuten temas laborales, no es el medio adecuado para ello. Por lo tanto, en atención a este criterio, la devolución de los dineros deducidos por conceptos tributarios no es procedente⁴⁶.

Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ajustarse tomando como base el Índice de precios al consumidor (IPC) conforme a lo dispuesto en el CPACA art 187, inciso 4, y según la fórmula adoptada por la Sección Segunda.⁴⁷: $R=Rh \times \text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$ ⁴⁸.

Finalmente, el despacho no impondrá costas a la parte vencida, de conformidad con lo previsto con lo previsto en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, por no encontrar probados gastos que la sustenten.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. - Declarar la nulidad del Oficio con radicado No. 20191100103721 de fecha 02 de abril de 2019, suscrito por la Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. - Declárese la existencia de la relación laboral entre la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. y la señora ENY YADIRA PUENTES TORRES, durante el periodo comprendido entre el 01 de julio de 2016 y el 31 de enero de 2019.

TERCERO.- Condénese a la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., a pagar a título de indemnización a favor de la señora ENY YADIRA PUENTES TORRES, el equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados públicos de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. por el tiempo laborado, esto es, desde el 01 de julio de 2016 hasta el 31 de enero de 2019, tomando como base de liquidación el valor contratado y, el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales y, si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiere hecho o existiese diferencia en su contra tendrá de la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

CUARTO. – Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ajustarse tomando como base el Índice de precios al consumidor (IPC) conforme a lo dispuesto en el CPACA art 187, inciso 4, y según la fórmula adoptada por la Sección Segunda.⁴⁹: $R=Rh \times \text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$ ⁵⁰.

⁴⁶ Sentencia del 13 de junio de 2013 Exp. 042-13 Demandante: Alejandro Gómez Rodríguez, Demandado: Hospital San Fernando de Ama E.S.E, C.P: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 6 de octubre de 2016, Exp. No. 1773-15 Demandante: Jhon Gerardo Giraldo Rubio, C.P: William Hernández Gómez.

⁴⁷ Consejo de Estado Sección segunda Sentencia 5116-05 del 13 de julio de 2006.

⁴⁸ En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por conceptos a su favor desde su causación y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial, vigente a la fecha en que se causa cada concepto.

⁴⁹ Consejo de Estado Sección segunda Sentencia 5116-05 del 13 de julio de 2006.

⁵⁰ En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por conceptos a su favor desde su causación y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial, vigente a la fecha en que se causa cada concepto.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2019-00393-00
Demandante: Eny Yadira Puentes Torres
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

QUINTO. - Denegar las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto.

SEXTO. - Se ordena el cumplimiento de la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO. – SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

OCTAVO. - Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada el contenido de esta decisión con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011) y, expídase a favor de la demandante si lo solicita copia de la sentencia de conformidad con lo normado en el numeral 2º del artículo 114 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

CRP

Firmado Por:

Luz Matilde Adaime Cabrera
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Sala 017 Contencioso Admsección 2
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **ea43aba6941d3506a621479e62c734a0ab753fa129750d07ace9770a58578b81**

Documento generado en 13/12/2021 10:02:27 AM

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