



**JUZGADO DIECISEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ**

Sección Segunda

Carrera 57 N.º 43-91, CAN. Edificio Aydee Anzola Linares, Piso 4º

Correo electrónico: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Microsite: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-16-administrativo-de-bogota>

Bogotá, dieciocho (18) de mayo de 2023

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	11001-33-35-016-2020-0323-00 ¹
Demandante:	ADRIANA MILENA LESMES RAMÍREZ
Demandado:	SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E.

Tema: Contrato Realidad

1. ASUNTO POR DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia que en derecho corresponde, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con lo normado por la ley 2080 de 2021 y conforme la siguiente motivación.

2. ANTECEDENTES

2.1 Pretensiones:

Adriana Milena Lesmes Ramírez, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral contra la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E. solicita del despacho se declare la nulidad del acto contenido en el Oficio 20201100002861 de 8 de enero de 2020 a través de la cual se negó el reconocimiento de la relación laboral entre las partes.

Adicionalmente, la demandante solicitó se declare que entre las partes existió una vinculación de esta última en calidad de empleada pública de la entidad, así como la

¹ edgarcorredor_abogados@hotmail.com;
notificacionesjudiciales@subredcentrooriente.gov.co;
normacardenaslancheros@yahoo.com; adriana82milena@gmail.com

condena a la demandada al pago de las diferencias salariales entre lo pagado por la entidad a los auxiliares de enfermería vinculados a la planta de personal de la entidad, y lo pagado a la demandante con ocasión de los contratos de prestación suscritos entre las partes.

También solicitó condenar a la entidad al pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir, horas extras y jornada adicional, devolución de lo pagado por concepto de cotizaciones a seguridad social en pensiones de la demandante, la indemnización por despido injusto, el pago de ajustes de valor sobre las condenas descritas, pago de indemnización moratoria y condena en costas a la demandada

2.2. Síntesis Fáctica.

Manifiesta la demandante que prestó sus servicios para el Hospital Santa Clara, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente desde el 1 de marzo de 2012 y hasta el 11 de enero de 2017, vinculada a través de contratos de prestación de servicios como auxiliar de servicios asistenciales, o auxiliar de farmacia.

También, que las labores desempeñadas en el Hospital eran idénticas a las desempeñadas por personal de planta de la institución, quienes percibían mejor remuneración. También, que laboró de manera constante e ininterrumpida por ese lapso, y que radicó ante su empleador, el 2 de diciembre de 2019 reclamación y solicitud de pago de las acreencias laborales, obteniendo como resultado el Oficio No Oficio 20201100002861 de 8 de enero de 2020 por medio del cual la entidad negó su petición.

2.3 Normas violadas y concepto de violación.

Como normas violadas se citan en la demanda los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 43, 53, 95, 125, 127, 209 y 277 de la Constitución Política, como también Ley 4ª. de 1990 art. 8º, Decreto 1250 de 1970 arts. 5º y 71, art. 1660 de 1978, artículos 26 inc. 2º, 40, 46 y 61 del Decreto 2400 de 1968; arts. 108, 180, 215, 240, 241 y 242 del Decreto 1950 de 1973, Ley 790 de 2002, Decreto 1333 de 1986, Ley 65 de 1946, arts. 1 y ss., Decreto 1582 de 1998, Decreto 1453 de 1998, Ley 50 de 1990, Ley 100 de 1993, Ley 10 de 1990, arts. 2, 3, 44 y 138 del CCAPA, art 21 del Decreto 3135 de 1968 y el art. 2 Ley 197 de 1938.

Por concepto de la violación el apoderado de la demandante manifestó que los actos acusados vulneran la norma superior por falta de aplicación de la norma obligatoria, por cuanto la vinculación de la demandante con la entidad debió ser a partir de un acto administrativo de vinculación a la planta de la entidad, lo cual no sucedió porque la intención de la entidad demandada es no reconocer a la demandante su derecho a percibir prestaciones sociales.

Indicó que el acto acusado se fundamenta en una norma que no regula la situación jurídica de la demandante, pues la vinculación de esta debió tener fundamento en una relación legal y reglamentaria.

También afirmó que con la expedición del acto acusado, se desconocieron las reglas de interpretación legal al desconocerse los principios constitucionales. Por todo lo anterior señala que la causal de nulidad alegada es la infracción de la norma en que el acto debía fundarse.

Luego de una extensa disertación se aduce que la causal de anulación del acto acusado es la falsa motivación, pues el mismo se fundamenta en un hecho inexistente, ya que la demandada omite que para este caso estuvieron presentes elementos de una relación laboral. A renglón seguido describe lo que a su juicio es una práctica clientelista de la cual se valen las entidades, y en particular la demandada, ya que la señora Lesmes Ramírez desempeñó sus servicios de manera personal a la entidad, con el lleno de los requisitos del contrato realidad.

Para reforzar su argumentación la demandante trajo a colación pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales, como también varios ejemplos de prácticas comunes en la contratación de personal.

2.4. Actuación procesal.

La demanda se presentó el 5 de noviembre de 2020 y por auto de 24 de agosto de 2021 la misma se admitió; asimismo fue notificada mediante correo electrónico a las partes demandadas, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Posteriormente la demandada contestó en término, y el despacho por auto de 31 de octubre de 2022 fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial.

Cumplido lo anterior, se llevó a cabo audiencia el 23 de noviembre de 2022 en la cual se desarrollaron cada una de las etapas consagradas en los artículos 180 y 181 de la Ley 1437 de 2011, manifestándose los correspondientes alegatos de conclusión de forma oral, en la misma diligencia.

2.5. Pronunciamiento de la parte demandada.

Visible el correspondiente memorial en el archivo 011 del expediente digital, la Subred Centro Oriente E.S.E., por intermedio de apoderado contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones y negando algunos hechos de la demanda. En su defensa, la entidad alega que la contratista suscribió libre y voluntariamente contratos de prestación de servicios, lo cual no constituye relación jurídica distinta entre las partes, pues la demandante de manera autónoma, independiente y sin subordinación, desarrollaba las actividades pactadas en el contrato.

También señaló que la entidad tiene autonomía para celebrar esta clase de contratos los cuales no le están vedados a la administración, y tienen fundamento y autorización

en la ley 80 de 1993. Igualmente, que la celebración de dichos contratos de prestación de servicios “*no implica necesariamente discriminación alguna sobre un profesional respecto a una persona que es titular de un cargo de carrera administrativa*”

finalmente reiteró que los contratos suscritos entre las partes están dotados de legalidad, debido a la autorización que de ellos establece la ley y la ausencia de personal de planta para desempeñar las funciones contratadas con la demandante.

2.6. Alegatos de conclusión:

Los alegatos de conclusión de las partes quedaron debidamente grabados en audio y video de la audiencia llevada a cabo el 23 de noviembre de 2022, visible en el archivo 018 del expediente digital.

3. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 155 numeral 2º y 156 numeral 2º de la Ley 1437 de 2011, este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

3.1. Problema Jurídico. De conformidad con la fijación del litigio señalada en la audiencia inicial de 23 de noviembre de 2022, corresponderá al despacho establecer si para el caso de autos, ¿entre la señora Adriana Milena Lesmes Ramírez y la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E. existió una relación laboral encubierta por el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 2012 al 1 de enero de 2017?

De ser así, ¿hay lugar a condenar a la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E. a pagar a la demandante las acreencias laborales causadas y dejadas de percibir durante el periodo arriba señalado a que tienen derecho los trabajadores de planta de la entidad que desarrollan las mismas funciones, como también la diferencia salarial entre lo recibido por una auxiliar de farmacia vinculada a la planta de la entidad y la demandante, así como lo correspondiente al auxilio a las cesantías, intereses a las cesantías dejadas de percibir, primas de servicios, de navidad, de vacaciones, la compensación en dinero por las vacaciones no pagadas, prima técnica, bonificaciones, horas extras y recargos nocturnos dominicales y festivos; devolución de los dineros pagados por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión y retención en la fuente y Por último, si a tales sumas deberá aplicarse actualización monetaria?

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: **(i)** La diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral, **(ii)** antecedentes jurisprudenciales, **(iii)** La prescripción extintiva de los derechos derivados de la vinculación laboral como realidad **(iv)** De la subordinación laboral como elemento esencial en la relación laboral y la coordinación o supervisión en las relaciones contractual estatales, y **v)** Caso concreto.

3.1.1. La diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, señala que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades del Estado, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

El contrato de Prestación de Servicios es una modalidad del contrato estatal, utilizada por las entidades para desarrollar actividades relacionadas con su administración o funcionamiento, expresando que sólo podrán celebrarse cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados y, que en ningún caso, estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Precisa la jurisprudencia que los contratos de prestación de servicios, al tenor de lo señalado por la ley 80 de 1993, son aquellos requeridos por las entidades para el cumplimiento de su cometido, pero tan sólo en dos eventos²:

- 1. En aquellos que tengan por objeto la prestación de servicios profesionales, y;*
- 2. En todos aquellos otros casos en que los requerimientos de la entidad estatal tengan por objeto otras prestaciones de servicios de apoyo a la gestión de la entidad respectiva que deban desarrollarse con personal no profesional;*

En este sentido, se especifica que si bien el contrato de prestación de servicios es un género, de él se derivan por especies i) el contrato de prestación de servicios profesionales, ii) el contrato de prestación de servicios de *simple* apoyo a la gestión y, iii) el contrato que tiene por objeto la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.

El Consejo de Estado también indicó que los contratos de prestación de servicios profesionales son aquellos:

“...cuyo objeto esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, al igual que a desarrollar estas mismas actividades en aras de proporcionar,

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Unificación de 2 de diciembre de 2013 rad. 11001-03-26-000-2011-00039-00(41719)

aportar, apuntalar, reforzar la gestión administrativa o su funcionamiento con conocimientos especializados, siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas catalogadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico como profesionales” subrayas fuera de texto.

Respecto a la segunda especie reseñada, los contratos de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión comparten la definición indicada en líneas precedentes, con la diferencia que estos implican:

“... el desempeño de un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento o soporte y de carácter, entre otros, técnico, operacional, logístico, etc., (...) sin que sean necesarios o esenciales los conocimientos profesionales o especializados para su ejecución...” subrayas fuera de texto.

Dicho esto, es claro que los contratos de prestación de servicios tienen por objeto el desarrollo de actividades propias del funcionamiento de las entidades públicas, lo cual será un elemento determinante a la hora de valorar la verdadera relación entre las partes.

Por otro lado, el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 22 define el contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”*

Para que el contrato de trabajo se configure, o se presuma, deben confluir varios elementos que de presentarse simultáneamente dan lugar a la relación laboral, esto es (i) actividad personal del trabajador, (ii) continuada subordinación (iii) y retribución.

La Constitución Política de 1991, en el Capítulo II artículo 125, relativo a la función pública, contempla que:

“(...) no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente” (art. 122 CP.), y seguidamente señala que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley...”

Por consiguiente, la vinculación a la administración para el ejercicio de la función pública puede ser de diferentes clases de acuerdo con el ordenamiento jurídico y según las especificidades propias de las circunstancias, las cuales desde el punto de vista ordinario son: legal y reglamentaria (empleo público) y laboral contractual (trabajador oficial). Sólo en casos excepcionales se vinculará a contratistas para la prestación de sus servicios (relación contractual estatal).

En ese orden, los dos primeros; es decir, el vínculo legal y reglamentario y laboral contractual, obedecen a una relación de índole laboral, por lo tanto, tienen elementos esenciales que los hacen diferentes al estatal de prestación de servicios, por cuanto en ellos se presenta (i) la subordinación al empleador, (ii) la prestación personal del servicio y (iii) el pago de una remuneración.

Contrario sensu, en el contrato de prestación de servicios, la actividad es independiente, puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica, caracterizándose porque carece del elemento de subordinación laboral o dependencia. Sin embargo, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, por manera que el contrato de prestación de servicios, como lo ha sostenido la Corte Constitucional³ y el H. Consejo de Estado⁴, no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales.

En efecto, el contrato de prestación de servicios se funda en el desarrollo de una actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica con respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de ser autónomo en la ejecución de la labor contratada; es decir, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien suscribe un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas.

Por consiguiente, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre un particular y una entidad pública, y se acredita la existencia de los tres elementos propios de todo contrato de trabajo -subordinación, prestación personal del servicio y remuneración-, producto de esto, surge el derecho a que sea reconocida una relación laboral que, en consecuencia, confiere al contratista las prerrogativas de orden prestacional, en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Los contratos de prestación de servicios se permiten en los casos en los cuales la función de la administración no puede ser realizada por personas pertenecientes a la planta de la entidad oficial contratante, o por la necesidad de conocimientos especializados, pudiendo ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación continuada, caso en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas.

3.1.2.- Antecedentes jurisprudenciales⁵

³ Sentencia C-154/1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara.

⁴ Consejo de Estado, secc. 2ª, sub-secc. "B", sentencia del 25 de marzo de 2010. CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Exp. 1131-09.

⁵ Sentencia de 2 de mayo de 2013 por la Sección Segunda - Subsección A del Consejo de Estado, expediente radicado con el número: 47001 23 31 000 2010 00497 01 (1673-12), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

El tema del contrato realidad ha generado importantes debates judiciales. Uno de ellos se dio con ocasión del examen de exequibilidad que realizó la Corte Constitucional al numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público. Después de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de establecer las diferencias con el contrato de trabajo, la Corte señaló que el ejercicio de tal potestad es ajustado a la Carta Política, siempre y cuando la administración no la utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente⁶.

Por su parte el Consejo de Estado, en fallos como el del 23 de junio de 2005, con ponencia del doctor Jesús María Lemos Bustamante⁷, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son: (i) la prestación personal del servicio, (ii) la remuneración y (iii) en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

Tal consideración se contrapone a la jurisprudencia anterior, en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada en sus actividades para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento subordinación⁸.

Así las cosas, para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos, pero especialmente que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de esta manera que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Por el contrario, existirá una relación contractual, regida por la Ley 80 de 1993, cuando: a) se pacte la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública, b) el contratista sea autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, c) se le paguen honorarios por los servicios prestados y d) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar que debe ser restringida a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-154-97, M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁷ Radicación número: 18001-23-31-000-1998-00027-01(245-03). Actor: Esther Cruz Olaya. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

⁸ Sala Plena del Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contrata por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los demás servidores públicos.

Entonces, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis que prohibaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados⁹.

Bajo las anteriores precisiones se ha concretado el tratamiento jurisprudencial de los contratos realidad, de donde se colige en cuanto a su configuración, que constituye un 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 (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia 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 público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito¹⁰.

En este orden de ideas, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende de la actividad probatoria de la parte demandante según el aforismo “onus probandi incumbit actori”¹¹, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos previamente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta.

Así las cosas, debe revisarse en cada caso las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios, en aras de esclarecer, bajo el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva homogenicen las causas propuestas

⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección “A”. Sentencia 17 de abril de 2008. Rad No. 2776-05. C.P. Jaime Moreno García; Sentencia del 17 de abril de 2008. Rad. No. 1694-07. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; sentencia del 31 de julio de 2008. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 14 de agosto de 2008. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Radicado No. 3074-2005. C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

¹¹ La carga de la prueba incumbe al actor.

ante esta jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada asunto.

Por otra parte, frente al desarrollo de labores específicas ha señalado el Consejo de Estado que la subordinación resulta presunta en labores relacionadas con la prestación asistencial del servicio de salud, trasladándose la carga de la prueba a la entidad demandada, quien deberá demostrar la ausencia de subordinación.

En efecto, se considera que esta labor no puede desempeñarse de forma autónoma porque quienes ejercen esta profesión no pueden definir ni el lugar ni el horario en que prestan sus servicios, ya que son los médicos quienes imparten directrices y órdenes en relación con cada uno de los cuidados o procedimientos que requieren los pacientes, en incluso respecto a su control, asistencia y monitoreo. Por ello se concluye que la relación entre médicos y enfermeros trasciende la coordinación.¹²

3.1.3.- La prescripción extintiva de los derechos derivados de la vinculación laboral como realidad

En cuanto a la prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora la sección segunda del Consejo de Estado concluyó sobre su no operancia, en tanto se consideró que su exigibilidad era literalmente imposible con anterioridad a la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo; vale decir, que es a partir del fallo que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y, por tanto, no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo¹³.

Sin embargo, posteriormente se determinó que, aunque es cierto que desde la sentencia 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 3 años¹⁴.

Y seguidamente el Consejo de Estado determinó que el plazo razonable en el que se debe petitionar el pago de las prestaciones derivadas del vínculo laboral es dentro de los 5 años siguientes a la fecha de terminación del último contrato, momento que *mutatis mutandi* puede asimilarse al acto de retiro, acorde con lo estipulado por el artículo 91 del CPACA, en armonía con los principios de preclusión, seguridad

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección "A", Sentencia de 21 de abril de 2016. Radicación número: 13001-23-31-000- 2012-00233-01(2820-14). Consejero Ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13. Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

jurídica, razonabilidad, ponderación y diligencia que deben acompañar las actuaciones de los administrados¹⁵.

En este contexto, la Sección Segunda del Consejo de Estado consideró necesario unificar su jurisprudencia al respecto, labor que efectuó a través de la sentencia proferida el 25 de agosto de 2016¹⁶, específicamente en lo que atañe a los siguientes aspectos: (i) la prescripción de los derechos laborales reclamados¹⁷ y (ii) el ingreso base que ha de tenerse en cuenta para la liquidación de las prestaciones a que haya lugar¹⁸.

Así, dicha Corporación fijó en síntesis las siguientes reglas jurisprudenciales:

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

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

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

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

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

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

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 8 de mayo de 2014. Expediente No. 2725-12. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

¹⁷ Dado que como quedó visto existían tesis encontradas en las salas de decisión de esa sección acerca del plazo prescriptivo, así como del momento a partir del cual debe ser contabilizado.

¹⁸ Asunto que no había sido delimitado en un fallo de unificación.

vii) *El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre 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.*

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

De otra parte, el citado fallo de unificación señaló que “*en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio*”. No obstante, en dicha providencia se olvidó establecer el término que se debe tener en cuenta para determinar la pérdida de la solución de continuidad.

Al respecto, el Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación de 9 de septiembre de 2021¹⁹, estableció un periodo de 30 días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios.

En palabras de la referida providencia:

“... se entenderá que no hay solución de continuidad entre del contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquel y la fecha en que inicie la ejecución de otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades...”

Bajo estas consideraciones, el despacho procederá a efectuar el examen probatorio correspondiente, en aras de resolver el asunto sometido a su juicio.

3.1.4. De la subordinación como elemento esencial en la relación laboral y la coordinación o supervisión en las relaciones contractual estatales.

Para acreditar la existencia de una relación laboral, es obligatorio probar los tres elementos referidos en líneas anteriores, pero principalmente, que la persona desempeñe una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de esta manera, que las

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación por Importancia jurídica de 9 de septiembre de 2021, SUJ-025-CE-S2-2021

actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Precisamente uno de los elementos esenciales para la existencia del contrato de trabajo es la *subordinación*, la cual se encuentra consagrada en el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, que faculta al empleador para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes, en cuanto a modo, tiempo y cantidad, entre otros aspectos que depende de la relación laboral.

De igual modo, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente respecto del concepto de subordinación:

“La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos²⁰”.

Tal y como lo ha sostenido el Honorable Consejo de Estado²¹, respecto a la subordinación, se ha entendido esta como 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”

Mediante providencia de 9 de septiembre de 2021, el Consejo de Estado²² también señaló que a efectos de determinar la existencia de este elemento, existen ciertas circunstancias constitutivas de indicios de subordinación, a saber:

- i) El lugar de trabajo, atendiendo las modalidades de trabajo contempladas para los empleados de planta.
- ii) El horario de labores exigido para el cumplimiento de las labores contratadas. No obstante ciertas actividades de la administración requieren la incorporación de jornadas y turnos.
- iii) Dirección y control efectivo de actividades a ejecutar a través de exigencia en el cumplimiento de órdenes, (modo, tiempo o cantidad de trabajo) o cumplimiento de reglamentos internos o ejercicio de poder de disciplina.
- iv) Que las actividades o tareas a desarrollar corresponden a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-386 del 5 de abril de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell)

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de mayo 31 de 2016. Radicado 05001233300020130081301 (36872014)

²² Ídem 16

Frente al tercer aspecto, señala el Órgano de cierre que deberá probarse la inserción del demandante en el círculo organizativo y disciplinario de la entidad, a efectos de demostrar que esta ejerció influencia sobre las condiciones en que se cumplió el objeto contractual. En conclusión, deberá demostrarse una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, diferente de la coordinación propia de la ejecución de los contratos de prestación de servicios.

En conclusión, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciado.

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 1993²³, establece que la dirección general y la obligación de ejercer control y vigilancia de la ejecución del contrato recaerán en las entidades estatales²⁴.

Respecto del tópico de coordinación, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, en sentencia de 6 de mayo de 2015, Magistrado Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, señaló:

“Se 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 reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

“Aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo elemento configurativo de la subordinación transformando una relación que ab initio se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor.

El sub lite se encuadra dentro de tal circunstancia, pues entre el libelista y la entidad accionada hubo una relación de coordinación, que no permite configurar la existencia de una subordinación, y por tanto, no hay lugar a deducir que en realidad se hubiera encubierto una relación laboral, aun cuando los otros dos (2) elementos, prestación personal del servicio y

²³ Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

²⁴ Artículo 14º.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 10. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado...”

remuneración si se hallan suficientemente probados en el expediente...” (Sentencia de la Subsección “B”, del 19 de febrero de 2004, Exp. No. 0099-03)

Igualmente lo reiteró en sentencia de 31 de mayo de 2016²⁵:

“Así las cosas, la subordinación es determinante para diferenciar el contrato laboral del contrato de prestación de servicios, puesto que es la mencionada característica la que fija la independencia del contratista de la administración pública y que no genera el derecho a las prestaciones sociales”.

3.1.5. CASO CONCRETO.

En esta oportunidad pasa a estudiar el Despacho el caso concreto, teniendo en cuenta el material probatorio aportado y los testimonios recibidos en la diligencia de Audiencia de pruebas.

Como lo que se debate en esta contienda es determinar si efectivamente existió una relación laboral entre la demandante y el extremo pasivo, se estudiarán por separado los tres elementos.

3.7.1 De lo acreditado dentro del proceso

- a)** Solicitud de acreencias laborales radicada ante la entidad demandada, por medio de la cual la parte demandante solicitó el pago y reconocimiento de todas las acreencias laborales derivadas de una relación laboral.
- b)** Respuesta a la petición antes indicada, con Oficio No. 20201100002861 de 08 de enero de 2020, por medio de la cual la jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad demandada niega el reconocimiento de la relación laboral y pago de las acreencias solicitadas.
- c)** Certificación y copias de los contratos de prestación de servicios celebrados con la entidad demandada, de donde se extrae lo siguiente:

En cuanto a los periodos de contratación, quedó establecido que la demandante prestó sus servicios vinculada directamente con la entidad con fundamento en los siguientes contratos de prestación de servicios expuestos cronológicamente:

Contrato	Vigencia	Objeto	Área	Fecha inicio	Fecha de terminación
AS 944 2012	2012	Auxiliar Farmacia	Hospital Santa Clara	23/03/2012	30/04/2012
Interrupción 15 días					
AS 1052 2012	2012	Auxiliar Farmacia	Hospital Santa Clara	15/05/2012	30/06/2012

²⁵ Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B”, consejera Ponente: Doctora Sandra Lisset Ibarra Velez

Interrupción 6 días					
AS 1217 2012	2012	Auxiliar Farmacia	Hospital Santa Clara	06/07/2012	31/07/2012
Interrupción 10 días					
AS 1564 2012	2012	Auxiliar Farmacia	Hospital Santa Clara	10/08/2012	31/08/2012
AS 1638 2012	2012	Auxiliar Farmacia	Hospital Santa Clara	01/09/2012	30/09/2012
AS 1917 2012	2012	Auxiliar Farmacia	Hospital Santa Clara	01/10/2012	31/10/2012
Interrupción 7 días					
AS 2910 2012	2012	Auxiliar Farmacia	Hospital Santa Clara	07/11/2012	30/11/2012
Interrupción 18 días					
AS 3738 2012	2012	Auxiliar Farmacia	Hospital Santa Clara	18/12/2012	31/12/2012
AS 072 2013	2013	Auxiliar Farmacia	Hospital Santa Clara	01/01/2013	30/06/2013
AS 1584 2013	2013	Auxiliar Farmacia	Hospital Santa Clara	01/07/2013	31/08/2013
AS 2832 2013	2013	Auxiliar Farmacia	Hospital Santa Clara	03/09/2013	30/09/2013
Interrupción 7 días					
AS 3935 2013	2013	Auxiliar Farmacia	Hospital Santa Clara	07/10/2013	31/10/2013
Interrupción 20 días					
AS 4780 2013	2013	Auxiliar Farmacia	Hospital Santa Clara	20/11/2013	31/12/2013
AS 0399 2014	2014	Auxiliar Farmacia	Hospital Santa Clara	01/01/2014	31/05/2014
AS 1960 2014	2014	Auxiliar Farmacia	Hospital Santa Clara	03/06/2014	31/08/2014
AS 3363 2014	2014	Auxiliar Farmacia	Hospital Santa Clara	01/09/2014	31/10/2014
AS 4443 2014	2014	Auxiliar Farmacia	Hospital Santa Clara	01/11/2014	30/11/2014
AS 5344 2014	2014	Auxiliar Farmacia	Hospital Santa Clara	01/12/2014	31/12/2014
AS 0520 2015	2015	Auxiliar Farmacia	Hospital Santa Clara	02/01/2015	31/08/2015
Interrupción 7 días					
AS 2412 2015	2015	Auxiliar Farmacia	Hospital Santa Clara	07/09/2015	30/11/2015

AS 4168 2015	2015	Auxiliar Farmacia	Hospital Santa Clara	01/12/2015	31/12/2015
AS 0538 2016	2016	Auxiliar Farmacia	Hospital Santa Clara	01/01/2016	09/01/2017

La anterior tabla donde se ilustran los contratos suscritos se extrajo de una certificación expedida por la entidad demandada visible en el expediente digitalizado.²⁶ También de las pruebas aportadas al proceso.

Con el expediente administrativo de la demandante se certificaron las siguientes obligaciones a cargo de la contratista:

1. *Cumplimiento estricto del decreto 2200 de 2005 y la resolución 1403 de 2007.*
2. *Dispensar los medicamentos y dispositivos médicos de acuerdo con la prescripción médica y los pedidos de los servicios y los formularios de justificación*
3. *Mantener actualizado el sistema de información y registro de los servicios farmacéuticos*
4. *Alistar los medicamentos e inmunobiológicos según delegación teniendo en cuenta los principios de asepsia y normas técnicas*
5. *Realizar el registro de los medicamentos de control dispensados en los libros correspondientes y archivar las fórmulas de control.*
6. *Almacenar medicamentos de acuerdo a la clasificación farmacológica, orden alfabético, fecha de vencimiento para conservar especificaciones técnicas de la fabricación*
7. *Efectuar los recibos y despachos de insumos según requisiciones y documentos que soportan la actividad.*
8. *Rotular medicamentos para dosis individual plena identificación control de fecha de vencimiento para evitar errores en la dispensación.*
9. *Realizar devoluciones de los medicamentos y elementos medico quirúrgicos que no cumplen con los requisitos exigidos y las buenas prácticas de manufactura.*
10. *Recibir las devoluciones de medicamentos o insumos médicos no utilizados para los pacientes en los servicios.*
11. *Brindar información sobre los medicamentos conforme a los requerimientos del usuario.*
12. *Realizar los cargos de medicamentos y material médico quirúrgico entregados para ser facturados al usuario correspondiente.*
13. *Revisar continuamente las fechas de vencimiento de los medicamentos y la fecha de esterilización de los elementos médico-quirúrgicos.*
14. *Alistar, entregar y recepcionar la devolución de las canastas para los procedimientos quirúrgicos.*
15. *Mantener los insumos almacenados y conservarlos de acuerdo con normas técnicas de almacenamiento.*
16. *Aplicar los procedimientos de bioseguridad, salud ocupacional, gestión ambiental y calidad*

26 Ver Carpeta Pruebas en el Expediente Digital

17. *Registrar y verificar el inventario de los elementos y equipos asignados y supervisar la fecha de vencimiento de los insumos e informar el estado y pérdida de cualquier bien a la Instancia respectiva para tomar medidas oportunas.*
18. *Desarrollar y aplicar mecanismos para asegurar la conservación de los bienes de la organización y del Estado, así como, el Sistema de Gestión de la Calidad de los procesos, procedimientos y servicios ofrecidos. Por lo que el contratista se considera responsable solidario de los inventarios de medicamentos y dispositivos médicos entregados en custodia para el cumplimiento de las actividades contratadas*
19. *Responder solidariamente por el buen manejo y custodia del inventario de medicamentos y dispositivos médicos dispuestos en las farmacias del Hospital para la oportuna prestación del servicio farmacéutico.”*

De la misma manera, los testimonios recaudados dan cuenta de las labores desarrolladas por la demandante con ocasión de los contratos suscritos, como también del lugar y tiempo de ejecución.

A partir de lo anterior, es necesario indicar, según los requisitos establecidos para la configuración de la figura del contrato realidad, lo siguiente:

De la prestación personal del servicio

De acuerdo con las pruebas aportadas, practicadas e incorporadas al expediente, es evidente que la demandante prestó en forma personal sus servicios en desarrollo de los contratos suscritos con el Hospital Santa Clara, como así mismo se pudo colegir de acuerdo con el testimonio recibido, que desempeñó sus labores de manera acorde a su formación técnica, según indicaciones de sus superiores jerárquicos, en turnos y dependencias asignadas previamente por su superior, en cumplimiento de las directrices de la entidad.

Tanto el testigo como la demandante coincidieron en que para desempeñar las labores asignadas la demandante requería órdenes de los regentes de farmacia y químicos farmacéutas a cargo de la dependencia donde estaba asignada. También, que debía cumplir con los requerimientos, imposiciones, reglamento y protocolos establecidos por la entidad y además le fueron asignados turnos rotativos

De las actividades contractuales reseñadas, se destaca que las labores realizadas por la demandante implican la prestación personal del servicio, en eventos tan puntuales como Realizar el registro de los medicamentos de control dispensados en los libros correspondientes y archivar las fórmulas de control o Rotular medicamentos, Revisar continuamente las fechas de vencimiento de los mismos, Alistar, entregar y recepcionar la devolución de las canastas para los procedimientos quirúrgicos, Mantener los insumos almacenados y Registrar y verificar el inventario de los elementos

Lo anterior da cuenta que la actividad debía realizarse de manera personal, como quiera que su presencia en las instalaciones del hospital era imprescindible, pues debía tener contacto con los médicos, enfermeros y personal interdisciplinario que laboraba también en la unidad de salud, así como con los pacientes, acudientes y personal administrativo. También, que debido a los conocimientos técnicos especiales que su profesión requiere, a las labores encomendadas y al lugar donde se desempeña su labor no le era posible delegar tales actividades, sin autorización. Asimismo, como los contratos de prestación de servicios se realizaron *intuito personae*, dada la formación profesional de la demandante, no hay duda de que la ejecución fue asumida personalmente por esta. Además, este aspecto no lo discuten las partes, como tampoco obra prueba de delegación alguna. Por lo tanto, se encuentra demostrada la prestación personal del servicio.

De la Remuneración

El testigo y la declaración de la demandante coinciden que la entidad fijó a la demandante una suma de dinero como retribución por sus servicios prestados como auxiliar de farmacia, pagada por mensualidades. Ello se extrae de los múltiples contratos aportados al expediente, en donde se pactó como forma de pago la cancelación del valor pactado por mensualidades vencidas, a condición del cumplimiento de las metas y actividades asignadas, la presentación de informes de actividad mensual y de certificados de pagos de aportes al Sistema de seguridad social, hechos que no fueron debatidos por la entidad.

Sobre este aspecto, no hay lugar a duda que concurre otro de los elementos del contrato de trabajo, es decir, la remuneración.

De la subordinación

Siguiendo este hilo conductor, el presente requisito es el que marca jurídicamente la diferencia entre un contrato de prestación de servicios y uno laboral, según lo indicado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Tal como se expuso en el acápite normativo y jurisprudencial de la presente sentencia una cosa es la relación de coordinación que debe existir entre el contratista y la entidad a través del supervisor o interventor del contrato, y otra muy distinta es la relación de subordinación o dependencia que la entidad imponga al contratista de modo que afecte la autonomía e independencia que este debe tener durante la ejecución del contrato.

En el caso sub exánime, el reconocimiento de la relación laboral se fundamenta a partir de las actividades desarrolladas por la demandante en el Hospital Santa Clara como *auxiliar de farmacia*, bajo diferentes denominaciones dadas por la entidad, las cuales si bien cumplió de manera reiterada, por varios años, también fueron ejecutadas bajo órdenes relativas específicamente a su labor, y sin que le fuera dado actuar con

autonomía, las cuales no tiene sentido interpretar de manera aislada a la prestación del servicio de salud propio de la entidad.

Adicionalmente, los testimonios rendidos coinciden en que la señora Adriana Milena Lesmes Ramírez no podía disponer de su tiempo asignado para realizar labores diferentes a las encomendadas, ni mucho menos ausentarse sin previa autorización y bajo el cumplimiento de requisitos impuestos por la entidad a través de su superior, lo que evidencia una inserción dentro de los mismos.

Esto último evidencia que desempeñó sus funciones de manera análoga a los trabajadores de la planta de personal de la entidad, pues debía someterse al cumplimiento de los mismos trámites y las mismas actividades exigidas a sus pares vinculados a la planta de la subred.

Lo anterior fortalece la tesis de que desde el principio se pactó una relación de subordinación, hecho que contradice la postura de la demandada en cuanto afirma que la señora Lesmes Ramírez era autónoma en la labor contratada.

En consecuencia, al confrontar la prueba testimonial y el material probatorio se puede constatar que para el caso de autos estaría demostrada la subordinación por cuanto lo siguiente:

- (i)** La entidad fijaba, y por tanto ordenaba tanto el lugar, como el horario y las actividades llevadas a cabo por la demandante. También le exigía el cumplimiento de protocolos y directrices establecidas por la entidad, lo que implicó el porte de elementos distintivos de su vinculación, que la acreditaran como funcionaria de la institución.
- (ii)** Luego de la ejecución de su labor, sus superiores eran quienes verificaban el cumplimiento de esta, a partir del diligenciamiento de informes y la verificación de la realización de las actividades programadas.
- (iii)** la demandante, en su calidad de auxiliar de farmacia, no podía ausentarse de su lugar de trabajo sin cumplir un trámite de permiso que lo justificara y naturalmente el reemplazo debía ser una persona elegida por el hospital a través de su supervisor, que cumpliera los requisitos que la labor impone, pues no tenía la facultad de delegar, posponer o priorizar a su elección las labores encomendadas, ni la persona que pudiera ejecutarlas.
- (iv)** Tampoco podía la demandante realizar las tareas señaladas por fuera de las circunstancias ordenadas por la entidad, ya las mismas tienen estrecha relación con el objeto misional de la entidad y deben ejecutarse en sus instalaciones o las que sus superiores designen. Adicionalmente, porque el manejo de insumos y medicamentos requiere condiciones de manipulación especiales. Por otra parte, al ejecutar ordenes provenientes del personal médico, la demandante no tenía autonomía ni poder de decisión diferente a lo impartido por sus superiores y a las directrices impuestas por la entidad.

Para esta sede judicial, estos elementos desdibujan la relación contractual pretendida por la entidad y desvirtúan la esencia de la contratación por servicios para encubrir una verdadera relación laboral, pues desacreditan la relación de coordinación presunta entre contratante y contratista para en su lugar manifestar tal encubrimiento por haberse configurado los elementos señalados por la legislación e incluso la Jurisprudencia en materia de Contrato Realidad.

También reitera este despacho, que el objeto de su labor se encuentra íntimamente ligado a la prestación asistencial de salud, tanto así que su labor es parte de la prestación del servicio de salud y deber de la entidad relativo a su objeto misional y su funcionamiento.

Por demás, como se pudo verificar, la demandante más allá de una relación de coordinación se encontraba sometida a cumplir las funciones suscritas en los diferentes contratos, bajo criterios propios de la entidad y en las circunstancias por ella establecidas.

Así las cosas, de las pruebas documentales, especialmente con las certificaciones, copia de los contratos, testimonios y demás pruebas documentales aportadas por la entidad, se pudo establecer que las labores desempeñadas por Adriana Milena Lesmes Ramírez eran impuestas por la entidad, sin posibilidad de modularlas o delegarlas *motu proprio*. También quedó demostrado que la entidad contrataba a la demandante bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios para cumplir funciones permanentes y misionales de la entidad.

De lo anterior se deduce que la demandante en su condición de contratista cumplía las mismas funciones que un funcionario de planta de la entidad, cumpliendo de forma permanente y personal las actividades en el servicio de salud, para las cuales por expresa disposición legal, está prohibida la celebración de contratos de prestación de servicios con la administración, menos aún si se tiene en cuenta que la vinculación de la demandante no fue para suplir actividades transitorias, sino que la misma perduró por un aproximadamente 4 años, tal como quedó probado con las certificaciones y los contratos aportados al plenario.

Entonces, el Hospital Santa Clara, al ser un establecimiento público que presta los servicios de salud, para el desarrollo de su función permanente requiere de auxiliares de farmacia, cargo que desempeñaba la demandante en calidad de contratista, lo cual no era procedente por el carácter de permanente de las labores ejercidas, de modo que la demandante dejó de ser contratista y se convirtió en una persona que desarrolló sus actividades bajo la realidad de sucesivos contratos laborales.

Es preciso afirmar, en este punto, que a la presente controversia le es aplicable el principio de “*primacía de la realidad sobre formalidades*”, pues es indudable que la demandante se encontraba en las mismas condiciones de los empleados de planta, en tanto desempeñaba personalmente la labor, en un cargo que revestía la característica

de permanente, aspectos que demuestran que estaba sujeta a subordinación y dependencia.

Ahora bien, es importante aclarar que la Sección Segunda del Consejo de Estado en reiteradas ocasiones ha señalado que la figura del contrato realidad, se aplica cuando se logra probar la continua prestación de los servicios personales remunerados, "*proprios de la actividad misional de la entidad contratante*", para ejecutarlos con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.

Para esta Judicatura también es claro que la continuidad en la prestación de los servicios de la demandante le brinda un carácter de permanente, de lo que se puede colegir que sus servicios no eran propios de un contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión sino de una relación laboral entre las partes.

La excepción prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que permite la celebración de contratos de prestación de servicios no autoriza que las entidades del Estado 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, máxime cuando la relación laboral entre las partes se extendió en el tiempo.

Es importante precisar que como se indicó en el acápite de normas y precedente jurisprudencial aplicable, el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir a la demandante la condición de empleado público, puesto que dicha calidad no se otorga por el sólo hecho de trabajar para el Estado, sino que la misma se adquiere en las formas establecidas en la ley para ello (mediante concurso de méritos para acceder a la carrera administrativa, en provisionalidad, entre otras formas contempladas en la ley para tal fin).

Como consecuencia de lo anterior, se declarará la nulidad del acto demandado, por medio del cual la entidad negó el pago de acreencias laborales y prestacionales derivadas de la vinculación de la demandante con la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente.

3.8. De pago de las prestaciones sociales en el contrato realidad

Adicional a lo anterior, la jurisprudencia del máximo Tribunal Contencioso Administrativo ha sostenido que cuando el objeto del contrato versa sobre el desempeño de funciones de carácter permanente y en el proceso se demuestra que

hubo subordinación o dependencia respecto del empleador, surge el derecho al pago de prestaciones²⁷, porque de lo contrario se afectan los derechos del trabajador.

Esto de conformidad con lo planteado por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, quien señaló que en los contratos de prestación de servicios que ocultan una relación laboral respecto al pago de prestaciones sociales, ordenar dicho pago es procedente siempre y cuando no opere la prescripción extintiva, como se pasa a estudiar.

3.9 De la prescripción

El Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación²⁸ citada, estableció de manera específica la regla jurisprudencial respecto a la cual, quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y en consecuencia exija 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 (3) tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

Para tal efecto se retoma la tesis según la cual deberá evaluarse la continuidad en la ejecución de los contratos a fin de determinar en qué periodos esta se pierde para con ello evaluar si sobre ciertos periodos ha operado el fenómeno de la prescripción por la no reclamación de los derechos laborales en el término de tres años.

En consecuencia, se entenderá que aquella continuidad se pierde cuando ha transcurrido un periodo razonable entre uno y otro periodo de ejecución contractual.

Según lo probado en el proceso, la demandante inició su relación con la demandada el **23 de febrero de 2012**, con la celebración y ejecución del contrato AS 944 2012, tras lo cual se celebraron y ejecutaron sucesivos contratos de prestación de servicios con las mismas obligaciones y entre los cuales para algunos periodos hubo interrupciones por lapsos cortos que no superaron de 20 días hasta el **09 de enero de 2017, fecha en la cual culmina su última vinculación con la entidad.**

De lo anterior se colige que, para reclamar el reconocimiento de la relación laboral, la demandante contaba con 3 años posteriores al último día de vinculación para presentar su reclamación, los cuales fenecían el 9 de enero de 2020.

Si se tiene en cuenta que tal como quedó demostrado, la demandante radicó su reclamación el 2 de diciembre de 2019, aplicando lo normado respecto a la prescripción trienal, se tiene que la prescripción no operó para reclamar los derechos laborales con

27 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Nicolás Pájaro Peñaranda, sentencia de 18 de noviembre de 2003, expediente: IJ-0039, actor: María Zulay Ramírez Orozco.

28 C.E., SCA, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016 Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter, Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

ocasión de la vinculación de la demandante, por haberse presentado la reclamación dentro de los tres años con que se contaba.

Así las cosas, de conformidad con lo previsto en los artículos 41 del Decreto 3135/68 y 102 del Decreto 1848/69 y conforme a la sentencia de unificación del Consejo de Estado antes citada, la señora Adriana Milena Lesmes Ramírez tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales comunes devengadas por un funcionario de planta de la entidad por el periodo comprendido entre el **23 de febrero de 2012 hasta el 09 de enero de 2017**, fecha en que terminó el último contrato, en consideración a que frente a este periodo no operó la prescripción trienal.

En cuanto a las cotizaciones destinadas a pensión es procedente ordenar a la entidad demandada tener en cuenta para efectos pensionales los periodos de desarrollo de los contratos de prestación de servicios, dado el carácter imprescriptible de esta prestación.

En cuanto a la devolución de los aportes de los pagos que hubiere efectuado la demandante al sistema de seguridad social en pensiones se deberá tener en cuenta la regla jurisprudencial establecida por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, es decir, “... *iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional...*”, en ese sentido solo tendrá derecho a la devolución de los aportes que excedan el 4% del 16% que se debe cotizar al sistema por los periodos en los cuales no operó el fenómeno de la prescripción, si hubiere lugar a ello.

De igual manera, la entidad demandada deberá devolver a la demandante por concepto de seguridad social en salud la cuota parte que le correspondía como entidad empleadora, por el señalado lapso.

Así entonces, para calcular el ingreso base de cotización (IBC) tanto para las prestaciones sociales comunes como para efectos de pensión de la demandante, la entidad deberá tener en cuenta los honorarios pactados entre las partes.

La liquidación de aportes para pensión se deberá efectuar mes a mes y de existir diferencias entre los aportes realizados por el demandante en calidad de contratista y los que se debieron efectuar, la entidad deberá realizar las cotizaciones al respectivo fondo de pensiones de la suma faltante por concepto de aportes a pensión en la cuota parte que le correspondía como entidad empleadora esto es el 12% y a la demandante le corresponde aportar el 4%, de existir diferencias en los aportes que se debieron efectuar la demandada deberá trasladar a las entidades de seguridad social a la cual cotiza el demandante.

Para lo anterior, se deberán acreditar las cotizaciones realizadas al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en caso de no haberlas realizado o que existieran diferencias en su contra, tendrá la carga de completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

4. del Restablecimiento del derecho

Conforme a las reglas jurisprudenciales fijadas en la pluricitada sentencia de unificación proferida por la sección segunda del Consejo de Estado²⁹:

“(i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho -y no a título de reparación del daño como lo solicitó el apoderado de la parte demandante, (fuera del texto)

Por otra parte, en lo que atiene al ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por la demandante corresponderá a los honorarios pactados.

Conforme a lo expuesto, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Subred Integrada de servicios de salud sur E.S.E. lo siguiente:

(i) Pagar a Adriana Milena Lesmes Ramírez las correspondientes prestaciones sociales liquidadas con base en los honorarios pactados entre las partes, durante el periodo comprendido entre el **23 de febrero de 2012 hasta el 09 de enero de 2017**.

(ii) Para el pago de aportes a seguridad social en pensión se adoptará el criterio establecido en la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 25 de agosto de 2016.

En consecuencia, la entidad demandada deberá tomar, durante el citado periodo, el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante como ya se indicó, mes a mes. Para efectos de lo anterior, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía.

(iii) Se declarará que el tiempo laborado como auxiliar de enfermería bajo la modalidad de contratos y órdenes de prestación de servicios con la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., durante el periodo comprendido entre el **23 de febrero de 2012 hasta el 09 de enero de 2017**, salvo las interrupciones acreditadas, se debe computar para efectos pensionales.

²⁹ *Ibidem*.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de prestaciones sociales y aportes para pensión se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

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

Se aclara que, por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

6. De las costas.

Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018³⁰, encuentra este Despacho que no se observó ninguna actitud temeraria por parte del extremo activo, aunado a que las actuaciones adelantadas por la parte demandante son las que normalmente se esperan al interior de un proceso.

Por ello y en razón a las actuaciones realizadas en esta instancia y en aplicación del criterio valorativo ya enunciado, se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada conforme las previsiones del artículo 365 del CGP.

De modo que teniendo en cuenta el material probatorio allegado, el precedente jurisprudencial, las normas y los supuestos fácticos de la demanda, el despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda deben prosperar en la forma indicada, en cuanto que el acto administrativo demandado es nulo por haberse expedido con desconocimiento de las normas superiores y de la jurisprudencia invocada, desvirtuando así la presunción de legalidad que lo amparaba.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial De Bogotá D.C.** en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

DECIDE:

PRIMERO: DECLARAR que entre **ADRIANA MILENA LESMES RAMÍREZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.907.226 y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E. se configuró una relación laboral de naturaleza pública durante el periodo comprendido entre el **23 de febrero de**

³⁰ Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

2012 hasta el 09 de enero de 2017, fecha en que terminó el último contrato, con ocasión de la ejecución de los contratos de prestación de servicios celebrados y ejecutados, salvo las interrupciones señaladas, de acuerdo con las razones expuestas.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se **DECLARA NULO** el Acto Administrativo contenido en el oficio No. 20201100002681 de 8 de enero de 2020, por medio del cual la entidad demandada negó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral con la demandante, así como el pago de todas las prestaciones laborales y sociales dejadas de percibir durante su lapso de vinculación, de acuerdo con los motivos expuestos en esta providencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E. a que reconozca y pague en forma indexada a **ADRIANA MILENA LESMES RAMÍREZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.907.226, las prestaciones salariales y sociales y demás emolumentos legales dejados de pagar, equivalentes a los que corresponda un funcionario de la planta de personal de la entidad por el periodo comprendido entre el **23 de febrero de 2012 hasta el 09 de enero de 2017**, por las razones indicadas en la parte motiva de este fallo.

CUARTO: De la misma manera se **CONDENA** a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E a que reconozca y pague en forma indexada a **ADRIANA MILENA LESMES RAMÍREZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.907.226, los aportes pensionales correspondientes al periodo comprendido entre el **10 de agosto de 2007 al 30 de noviembre de 2019**, salvo las interrupciones probadas dentro del proceso, teniendo en cuenta para calcular el ingreso base de cotización (IBC) los honorarios pactados entre las partes para la época en que prestó sus servicios a la entidad demandada, mes a mes, y de existir diferencias entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, realizar las cotizaciones al respectivo fondo de pensiones de la suma faltante por concepto de aportes a pensión.

Así mismo la demandante debe acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en caso de no haberlas realizado o que existieran diferencias en su contra, tendrá la carga de completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

QUINTO: DECLARAR que en el presente caso **NO OPERÓ LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA** para la reclamación de las acreencias laborales, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

SEXTO: La entidad condenada debe pagar a la parte demandante los valores correspondientes de que tratan los numerales anteriores, actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de

inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula consignada en la parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: Sin condena en costas

NOVENO: La entidad dará cumplimiento al presente fallo, dentro de los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin necesidad de mandato judicial.

DÉCIMO: En firme esta Sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). Igualmente expídase a la parte demandante copia íntegra y auténtica de la misma, con constancia de ejecutoria, en los términos del numeral 2, del artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

DÉCIMOPRIMERO: Se REQUIERE a la entidad condenada que una vez se encuentre en firme esta providencia al momento de cumplir la sentencia y hacer el respectivo pago se le consigne directamente a la cuenta de la demandante y **no se realice dicho pago** a través de depósito judicial en la cuenta del juzgado.

DÉCIMOSEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LILIANA POVEDA CABEZAS

JUEZ

JLPG

Firmado Por:

Blanca Lilibiana Poveda Cabezas

Juez

Juzgado Administrativo

016

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: **2c829d84278dcac778021cf7e9611fcd063ec9efb5f0778c254e0d7e32bf6f99**

Documento generado en 17/05/2023 11:19:01 PM

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

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