



JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Sección Segunda
Carrera 57 N° 43-91, CAN. Edificio Aydeé Anzola Linares, Piso 4º
Correo electrónico: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Micrositio: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-16-administrativo-de-bogota>

Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Acción:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	ESMERALDA CICUARIZA AMAYA
Demandado:	SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E.
Radicación:	11001-33-35-016-2021-00208-00
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Tema:	Contrato realidad

1. ASUNTO A 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 corresponda, de acuerdo con los artículos 179, 182 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y conforme la siguiente motivación,

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones¹: La señora **ESMERALDA CICUARIZA AMAYA** por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dirigido contra la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E.**, presentó demanda dentro de la cual solicita la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio radicado 20211100132551 del 1 de julio de 2021** expedido por la **Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente**, por medio del cual negó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y el pago de las todas las prestaciones sociales y demás acreencias laborales.

2.2. Hechos²: Tal como lo señaló en la demanda los hechos en síntesis son los siguientes:

2.2.1. Manifiesta la demandante que estuvo vinculada a la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., desde diciembre de 2012 hasta enero de 2021 en el cargo de Auxiliar de Enfermería a través de múltiples contratos de prestación de servicios.

¹ Folios 3 - 4 del archivo 1 del expediente digital.

² Folios 1 – 3 del archivo 1 del expediente digital.

2.2.2. Señaló que, durante todo el tiempo estuvo prestando los servicios en el Hospital La Victoria y Rafael Uribe, siempre cumpliendo un horario según agendas de trabajo y órdenes impartidas mensualmente.

2.2.3. Sostuvo que, durante toda la relación laboral no se pagaron las prestaciones sociales y demás emolumentos de carácter laboral a que tenía derecho.

2.3. Normas violadas y concepto de violación³: Como normas violadas se citan en la demanda los siguientes artículos de la Constitución: preámbulo, 25, 38, 53, 83, 122, 1125 y 209. De rango legal: Decreto 2400 de 1968, Decreto 1950 de 1973, Ley 734 de 2002, Ley 909 de 2004, Ley 1437 de 2011, Ley 1438 de 2011.

En síntesis, adujo las labores como auxiliar de enfermería desarrolladas por la demandante cuenta con cargos en la planta de personal de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente, de conformidad con la documental arrimada al proceso, y no es de recibo que se le haya mantenido ejerciendo esas funciones del cargo con subordinación y dependencia durante más de 8 años, disfrazando una verdadera relación laboral permanente con los cuestionados contratos de prestación de servicio.

Añade que, el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretenden ocultarla, es dable acudir al artículo 53 de la Carta Política, que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos como es el caso.

2.4. Actuación procesal: Conforme se observa en el expediente electrónico, la demanda se presentó el **27 de julio de 2021⁴**; a través de providencia del **28 de febrero de 2022** se admitió la demanda de la referencia por encontrar colmados los requisitos para su procedencia⁵; asimismo, el **16 de marzo de 2022**, fue notificada mediante correo electrónico la parte demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁶.

³ Folios 4 – 7 del archivo 1 del expediente digital.

⁴ Archivo 0 del expediente digital.

⁵ Archivo 10 ibidem.

⁶ Archivo 11 del expediente digital.

En el término de traslado de la demanda, la Subred Integrada de Subred de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., dio contestación a la misma, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte demandante⁷.

A continuación, el Juzgado llevó a cabo la audiencia inicial el **6 de febrero de 2023**, en la cual se agotaron las etapas de saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, conciliación, medidas cautelares y culminó con el decreto de las pruebas solicitadas por las partes⁸.

Posteriormente, el **24 de abril de 2022** se realizó audiencia de pruebas en la que efectivamente se incorporaron las pruebas documentales allegadas por la entidad demandada, se practicaron los testimonios, el interrogatorio solicitado, y se escucharon los alegatos de conclusión⁹.

2.5. SINOPSIS DE LA RESPUESTA A LA DEMANDA.

2.5.1. Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente¹⁰. La entidad demandada, por conducto de apoderado judicial, contestó en término la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de esta aduciendo que, dada la importancia del servicio que prestan las Empresas Sociales del Estado, es posible que se presenten situaciones fácticas que ocasionen gran cumulo de actividades a desarrollar, las cuales, naturalmente deben suplirse mediante contrato de prestación de servicios, en tanto el personal de la planta resulta insuficiente para cumplir con la gestión encomendada, luego entonces, ya que el Hospital goza de total autonomía administrativa, presupuestal y financiera puede celebrar los contratos que considere pertinentes en aras del cumplimiento de su misión como E.S.E.

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

2.6.1. Alegatos de conclusión de la parte demandante¹¹: Presentó sus alegatos de conclusión de forma oral insistiendo en las pretensiones de la demanda, señalando en síntesis que, el demandante mantuvo a la accionante de forma permanente desde el año 2012 hasta el 2021, y que lo presentado fue una relación de carácter laboral ya que

⁷ Archivo 13 ibidem.

⁸ Archivos 20 y 23 ibidem.

⁹ Archivo 25 y 26 ibidem.

¹⁰ Archivo 13 ibidem.

¹¹ Ver archivo 26 del expediente digital.

recibía instrucciones directas de conformidad con lo establecido con el artículo 23 del código sustantivo del trabajo.

Añade que es indiferente que el trabajador haya aceptado las cláusulas que reposan en los diferentes contratos de prestaciones de servicios, pues según lo establecido en el artículo 53 de la constitución política de Colombia no se pueden renunciar a los derechos laborales.

Indica que se encuentran probados los elementos de la relación laboral, pues se realizaban funciones propias de la entidad o misionales; además de los testigos se predicó que se recibían órdenes, que existían compañeros de planta que tenían las mismas funciones, por lo que el acto administrativo es ilegal.

2.6.2. Alegatos de conclusión de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente¹². Presentó sus alegatos de conclusión de forma oral, reiterando que se nieguen las pretensiones de la demanda.

En suma, afirma que no se encuentra la estructuración de la relación laboral, pues la carga procesal era de la parte demandante, lo cierto es que en la subordinación siendo un elemento estructural de la relación laboral no se encuentra demostrada. Si bien se pudo haber probado la prestación del servicio y la remuneración, la subordinación no se encuentra probada, ya que la demandante indicó que no había un control de horario, que no recibió órdenes administrativas.

Afirma que, la demandante tenía plena autonomía dentro del turno, que no había un seguimiento puntual dentro su horario, razones por las cuales no se logra cumplir con la carga probatoria.

2.6.3. Concepto del Ministerio Público: El delegado del Ministerio Público, se abstuvo de presentar concepto en el presente asunto.

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.

¹² Ver archivo 26 del expediente digital.

3.1. Problema jurídico: Se contrae a determinar si el vínculo de la accionante con la **Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente** cumple con los presupuestos para declarar la existencia de un contrato realidad y consecuentemente la ilegalidad del acto administrativo que negó tal pretensión y el posterior pago de las acreencias laborales.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: **(i)** La diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral, **(ii)** Línea jurisprudencial del H. Consejo de Estado frente al contrato realidad, **(iii)** La prescripción extintiva de los derechos derivados de la vinculación laboral como realidad **(iv)** De la relación de coordinación en los contratos de prestación de servicios, la subordinación, el elemento medular del contrato realidad y **(v)** Caso concreto.

3.2. NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA APLICABLE AL CASO.

3.2.1. 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.

Entre los contratos estatales que establece la norma, se encuentra el de Prestación de Servicio y lo define como aquellos que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, expresando que sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, precisando que en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Por su parte 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 unos 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 (empleado 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 Constitucional¹³ y el H. Consejo de Estado¹⁴, no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales.

¹³ Sentencia C-154/1997.

¹⁴ Consejo de Estado, secc. 2ª, sub-secc. “B”, sentencia del 25 de marzo de 2010, Exp. 1131-09.

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.

3.2.2. Antecedentes jurisprudenciales del contrato realidad¹⁵.

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 dependiente¹⁶.

¹⁵ Este capítulo fue tomado íntegramente de la sentencia proferida el 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).

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-154-97.

Por su parte el Consejo de Estado, en fallos como el del 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente número 0245, con ponencia del doctor Jesús María Lemos Bustamante¹⁷, 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 subordinación¹⁸.

Así las cosas, se concluye que 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 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

¹⁷ Radicación número: 18001-23-31-000-1998-00027-01(245-03).

¹⁸ Sala Plena del Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039.

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 prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados¹⁹.

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 suscrito²⁰.

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*”²¹, 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 ante esta jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada asunto.

¹⁹ 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.

²⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Radicado No. 3074-2005. C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

²¹ La carga de la prueba incumbe al actor.

3.2.3. Prescripción de los derechos laborales derivados del contrato realidad e ingreso base de liquidación de las prestaciones a reconocer.

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 extintivo²².

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 años²³.

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 C.P.A.C.A., en armonía con los principios de preclusión, seguridad jurídica, razonabilidad, ponderación y diligencia que deben acompañar las actuaciones de los administrados²⁴.

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 2016²⁵, específicamente en lo que atañe a los siguientes aspectos: (i) la prescripción de los derechos laborales reclamados²⁶ y (ii) el ingreso base que ha de tenerse en cuenta para la liquidación de las prestaciones a que haya lugar²⁷.

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

²² Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06.

²³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13.

²⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 8 de mayo de 2014. Expediente No. 2725-12.

²⁵ 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.

²⁶ 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.

²⁷ Asunto que no había sido delimitado en un fallo de unificación.

“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 C.P.A.C.A.).

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).

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, en su aclaración de voto el consejero de Estado William Hernández Gómez consideró que para los efectos del requisito de continuidad es dable precisar que tal lapso encuentra referencia en el artículo 10 del Decreto 1045 de 1978, el cual señala 15 días. Previsión que vale recordar, ya había sido tenida en cuenta por esa Corporación en sentencia del 23 de junio de 2016, siendo ponente el magistrado Luis Rafael Vergara Quintero²⁸.

Posteriormente, sobre el tema se dijo lo siguiente²⁹:

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

En ese orden, ha considerado la jurisprudencia para algunos casos que, en los eventos donde se presentan interrupciones contractuales en virtud del cual, queda cesante el contratista, habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones sociales sin solución de continuidad siempre y cuando entre la terminación de una orden de servicio y el inicio de la siguiente haya transcurrido un término razonable, sin definir de manera concreta límite temporal alguno. En otra decisión, se estimó que la interrupción presentada no podía ser superior a 15 días³⁰”.

²⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección A. Sentencia del 23 de junio de 2016. Expediente: 680012333300020130017401 (0881-14).

²⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección B. Sentencia de 4 de mayo de 2017. Radicación número: 08001-23-31-000-2007-00062-01(1736-15).

³⁰ Ver sentencia de fecha 26 de junio de 2016, proferida por la Sección Segunda Subsección A, radicado No 68001-23-33-000-2013-00174-01(0881-14) en la cual, se sostuvo lo siguiente: «... No sucede lo mismo con los contratos 070 de 2005, 020 de 2006 y 029 de 2007, por cuanto entre la finalización de este último (8 de enero de 2008) y la celebración del siguiente, identificado con el No. 25 de 2008 (1 de febrero de 2008), hubo solución de continuidad por presentarse una interrupción del servicio superior a 15 días hábiles, circunstancia que implicaba que el actor dentro del término de prescripción trienal (hasta el 8 de enero de 2011) debía agotar la vía gubernativa para efectos de reclamar el reconocimiento de los derechos prestacionales generados de los contratos previamente citados y así evitar la prescripción trienal del derecho”. (Pie de página original del texto citado entre comillas).

Finalmente, en la última Sentencia de unificación de la sección segunda, el Consejo de Estado³¹, zanjó el tema de la no solución de continuidad y estableció la siguiente regla:

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

De acuerdo con el precedente judicial, el término para solución de continuidad tendrá que ser, inicialmente, superior a 30 días hábiles.

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

3.2.4. De la subordinación laboral 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 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, quien 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

³¹ Sentencia del 9 de agosto de 2021, Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado 05001-23-33-000-2013-01143-01.

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 económicos³²”.

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 1993³³, establece que la dirección general y la obligación de ejercer control y vigilancia de la ejecución del contrato recaerán en las entidades estatales³⁴.

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.

Igualmente, agregó que:

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

³² Corte Constitucional. Sentencia C-386 del 5 de abril de 2000.

³³ Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

³⁴ Artículo 14°.- 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: 1o. 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...”

Igualmente lo reiteró en sentencia de 31 de mayo de 2016³⁵:

“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”.

3.2.5. Subordinación, el elemento medular del contrato realidad.

Tal y como lo ha sostenido el Honorable Consejo de Estado³⁶, 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”

Específicamente, el Alto Tribunal de lo contencioso administrativo, ha mantenido su postura en señalar, que si bien 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 puede incluir diferentes situaciones, que pueden ser un horario, recibir una serie de instrucciones de sus superiores, como también tener que reportar informes sobre las actividades encomendadas; sin embargo, aunque ello no significa, necesariamente, la configuración del elemento subordinación, como ítem propio del contrato realidad, pues, la subordinación se asemeja a la ausencia de independencia del contratista de la administración pública, aspecto que quien invoca el contrato realidad debe demostrar.

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.

4. Caso concreto. Se pasa a estudiar el caso concreto, teniendo en cuenta el material probatorio aportado y los testimonios recibidos el día de la 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

³⁵ Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B”.

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de mayo 31 de 2016. Radicado 05001233300020130081301 (36872014)

elementos, haciendo hincapié en el acervo probatorio relevante para probar los requisitos.

4.1. De lo acreditado dentro del proceso.

a) Reclamación administrativa de fecha **10 de junio de 2021**, elevada ante la **Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente**, por medio de la cual la parte actora solicitó el pago y reconocimiento de todas las acreencias laborales derivadas de una relación laboral³⁷.

b) Respuesta a la petición antes indicada, mediante el **Oficio radicado 2021110013551 del 1 de julio de 2021** por medio del cual la gerente de la **Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente** negó el reconocimiento y pago solicitado por la parte actora³⁸.

c) A partir del **14 de diciembre de 2012**, la señora **Esmeralda Cicuariza Amaya** suscribió distintos contratos de prestación de servicios con la **Subred Integrada de Servicios de Salud Centro oriente**, los cuales fueron aportados por las partes y se resumen en la certificación expedida por la Dirección de Contratación de la Subred Centro Oriente³⁹, de las cuales se extrajo la duración de cada uno de estos y el valor pactado por concepto de honorarios.

En cuanto a los periodos de contratación, quedó establecido que la demandante laboró para la **Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente**, con fundamento en los siguientes contratos de prestación de servicio, como Auxiliar de Enfermería, así:

Contrato N°	Fecha de inicio	Fecha de terminación	Valores honorarios (\$)
656/2012	14 de diciembre de 2012	28 de febrero de 2013	2.405.291
69/2013	1 de marzo de 2013	31 de agosto de 2013	8.737.771
1287/2013	11 de septiembre de 2013	2 de febrero de 2015	25.100.000
480/2015	3 de febrero de 2015	31 de enero de 2016	18.449.000
707/2016	11 de febrero de 2016	29 de febrero de 2016	984.770

³⁷ Folios 2 – 5 del archivo 2 del expediente digital.
³⁸ Folios 6 – 14 del archivo 2 del expediente digital.
³⁹ Ver certificación en la carpeta 23 del expediente digital.

1077/2016	1 de marzo de 2016	31 de julio de 2016	8.300.835
02-PS-2525/2016	1 de diciembre de 2016	9 de enero de 2017	1.460.000
PS1678/2017	10 de enero de 2017	9 de enero de 2018	20.417.600
Ps1018/2018	10 de enero 2018	31 de enero de 2019	23.224.740
PS1250/2019	1 de febrero de 2020	31 de enero 2020	23.702.442
Ps2981/2020	1 de febrero de 2020	31 de agosto de 2020	12.962.880
PS5927/2020	19 de septiembre de 2020	30 de noviembre de 2020	4.422.000
Ps6753	4 de noviembre de 2020	31 de enero de 2021	5.255.367

Los anteriores contratos figuran como parte del expediente digital y en ellos se describen las funciones que cumplía la parte demandante.

- **De la prestación personal del servicio.**

De las pruebas documentales que reposan en el plenario, y de los testimonios recaudados a las señoras **Claudia Rodríguez Valero** y **Yeimy Paola Sabogal** se extrae que el demandante ingresó a prestar sus servicios como **Auxiliar de enfermería** en la Subred Integrada de la Salud Centro Oriente, desde el **14 de diciembre de 2012 hasta el 31 de enero de 2021** y sus funciones las desempeñaba de manera personal en las instalaciones del mencionado centro de salud, en consecuencia, no podía realizar delegaciones de sus funciones en otros funcionarios o contratistas que prestaran sus servicios en dicha entidad, prestación que nunca fue negada o desvirtuada por la entidad demandada.

- **De la Remuneración.**

Sobre este aspecto los testimonios fueron claros en afirmar que la entidad pagaba los honorarios al demandante de forma habitual por la realización de sus labores.

De otra parte y como se indicó en el literal c) de pruebas de esta sentencia, reposa una certificación expedida por la Dirección de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente⁴⁰, en la que se verifica que la entidad le fijó al demandante una retribución mensual por los servicios prestados como Auxiliar de enfermería.

⁴⁰ Ver certificación en la carpeta 23 del expediente digital.

Así las cosas, este elemento tampoco fue discutido por la entidad demandada, por lo que no existe duda que el actor percibía como contraprestación de sus servicios unos honorarios pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios, lo que permite concluir la concurrencia del segundo elemento 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*, bastaría para condenar el reconocimiento de la relación laboral tener como pruebas las funciones desarrolladas por la demandante en el Hospital La Victoria y Rafael Uribe Uribe hoy **Subred Centro Oriente** como **auxiliar de enfermería** las cuales cumplió de manera reiterada e ininterrumpida por varios años y que son de la naturaleza misma de la entidad. Sin embargo, el Despacho también pone de presente el testimonio rendido por las señoras **Claudia Rodríguez Valero** y **Yeimy Paola Sabogal** se evidencian elementos que hacen concluir al despacho que, durante toda la relación laboral de la demandante con la entidad, efectivamente existió subordinación.

Así, la señora **Claudia Rodríguez Valero** señala haberse desempeñado como auxiliar de enfermería en el hospital la Victoria desde el año 2016 siendo compañera de trabajo de la demandante. En su declaración expuso que, la demandante trabajó con ella en el servicio de urgencia, hospitalización y algunas veces en psiquiatría y que las funciones eran realizar labores de auxiliar de enfermería como el cuidado y atención del paciente, teniendo un horario que era supervisado por el jefe o coordinador; quien además indicaba las actividades, las funciones y el sitio de trabajo. Añadió que, tenían compañeros de planta que cumplían las mismas funciones que la demandante y que la entidad era la encargada de dar los elementos para el cumplimiento de las funciones.

Por su parte la señora **Yeimy Paola Sabogal** indica haber trabajado en el hospital la Victoria desde el año 2016 hasta 2021, siendo compañera de la demandante en el servicio de *urgencias adultos*, y que las funciones desempeñadas por la demandante eran la toma de signos vitales, laboratorios, administrar medicamentos, cuidados básicos del paciente y las demás órdenes que le fueran dadas por el jefe del servicio. Añade que, tenían jefes inmediatos que eran los que asignaban las funciones por cumplir; explicó que eran dos los jefes, uno administrativo que eran los que imponían los horarios y otro que era el que estaba en la parte del servicio, que indicaba las funciones propiamente del servicio. Señaló que en urgencia había dos personas de plantas que cumplían las mismas funciones que la demandante.

Entonces, **es necesario precisar que los testigos fueron elocuentes y explicaron la ciencia de su dicho** y al confrontarlo los testimonios con las pruebas documentales aportadas, se pudo constatar que, en el caso concreto, está plenamente demostrada la subordinación por cuanto la demandante debía:

- (i) Cumplir turnos que le eran asignados según las necesidades que requiriera el servicio, tiempo en el cual la demandante compartió actividades con los testigos.
- (ii) Durante la ejecución de los turnos contaba con jefes, quienes le impartían órdenes respecto de su cargo y verificaban el cumplimiento de las labores que debía realizar durante el horario de trabajo.
- (iii) La demandante no tenía autonomía en el desarrollo de sus labores, pues todo el tiempo recibía órdenes de los jefes y estaba sometida todo el tiempo a las directrices internas y protocolos que le imponía la entidad.

Por otro lado, la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente, al ser una Empresa Social del Estado que presta los servicios de salud (artículos 194-197 de la Ley 100 de 1993), para el desarrollo de su función permanente requiere de **Auxiliares de enfermería** destinados a las distintas áreas de la entidad, cargos que en efecto están creados en la planta de personal de toda entidad de esa naturaleza y que también desempeñaba la demandante en calidad de contratista, lo cual no era procedente por el carácter de permanente de las labores ejercidas, de modo que el demandante dejó de ser contratista y se convirtió en una persona que desarrolló sus actividades bajo la realidad de sucesivos contratos laborales.

En este orden de ideas, a la presente controversia le es aplicable el principio de “la primacía de la realidad sobre formalidades”, pues es indudable que la parte 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 la actora estaba sujeto 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, “*propios de la actividad misional de la entidad contratante*”, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales

Para esta Judicatura es claro que la continuidad en la prestación de los servicios de auxiliar de enfermería de la señora **Esmeralda Cicuariza Amaya** 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 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 por más de 2 años.

Además, es importante traer a colación, lo señalado por nuestro Tribunal de cierre en lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 7 de marzo de 2019, radicado 2014-00876/2736-2016, que respecto de las enfermeras Jefe, **precedente totalmente aplicable a los auxiliares de enfermería**, señaló:

“La labor de enfermera jefe no puede considerarse prestada de forma autónoma porque esta no puede definir en qué lugar presta sus servicios ni en qué horario, es más, su labor de coordinación de las demás enfermeras y la obligación de suministro de medicación y vigilancia de los pacientes no puede ser suspendida sino por justa causa, previamente informada, pues pondría en riesgo la prestación del servicio de salud, o sea, que existe una relación de

subordinación. En otras palabras, como ya lo ha señalado esta corporación dada la naturaleza de las funciones se puede deducir la existencia de una prestación de servicios de forma subordinada amparable bajo la primacía de la realidad frente a las formas".
(subrayado y negrita fuera del texto original)

De acuerdo con lo anterior, **es ilógico que un auxiliar de enfermería tenga plena autonomía para desempeñarse como tal y enmarcarse en un contrato regido por la ley 80 de 1993**, es decir, con autonomía e independencia, **pues obligatoriamente por la naturaleza de las funciones que cumplen siempre tienen que estar subordinados.**

Finalmente, 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 al 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 **Oficio radicado 20211100132551 del 1 de julio de 2021**, expedido por la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE**, en cuanto negó la existencia de una relación laboral entre ese establecimiento público y el demandante.

4.3. 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 prestaciones⁴¹, porque de lo contrario se afectan los derechos del trabajador.

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

⁴¹ 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.

4.4. De la prescripción

El Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación⁴² 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 más de treinta (30) días hábiles entre un periodo y otro de ejecución contractual, según la regla fijada en la última Sentencia de unificación de la sección segunda, el Consejo de Estado**⁴³.

Según lo probado en el proceso la parte actora inició su relación contractual a partir del **14 de diciembre de 2012** y mantuvo su vínculo con la Subred Centro Oriente con sendos contratos de prestación de servicios que se renovaron hasta el **31 de enero de 2021**, por lo tanto, y de acuerdo con la sentencia de unificación antes transcrita se debe analizar el vínculo y establecer si operó o no el fenómeno de la prescripción, teniendo en cuenta que la señora **Esmeralda Cicuariza Amaya** presentó reclamación ante la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente el **10 de junio de 2021**⁴⁴.

Pues bien, entre el **contrato 1077/2016** y el **contrato 02-PS-2525/2016** hubo solución de continuidad pues se observa una interrupción de cuatro (4) meses, en los demás casos a pesar de que hubo interrupciones, estas no superaron los treinta (30) días hábiles para generar una solución de continuidad tal y como lo estableció el Consejo de Estado en la regla antes mencionada.

⁴² C.E, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016 Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

⁴³ Sentencia del 9 de agosto de 2021, Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado 05001-23-33-000-2013-01143-01.

⁴⁴ Folios 2 – 5 del archivo 2 del expediente digital.

De acuerdo con lo anterior, las prestaciones adeudadas a la accionante se deben liquidar **sólo a partir del 1 de diciembre de 2016 y hasta el 31 de enero de 2021**, por prescripción trienal, **pues en dicho periodo no se presentó solución de continuidad, como sí sucedió entre la finalización del contrato 177/2016 y el inicio del contrato 02-PS-2525/2016**, tal como se expuso anteriormente. Por lo tanto, no es factible conceder los emolumentos prestacionales derivados de los contratos celebrados con anterioridad a dicha calenda, vale decir, **antes del 1 de diciembre de 2016**. En virtud de ello, **se declarará parcialmente probada la excepción de prescripción extintiva**.

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 el siguiente lapso: **14 de diciembre de 2012 hasta el 31 de enero de 2021**, si hubiere lugar a ello, **teniendo como IBC los honorarios mensuales pactados en cada contrato**. 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.

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, el Hospital 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.

4.5. De la indemnización por mora en el pago de las cesantías y demás prestaciones sociales.

Se precisa que no hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las cesantías y demás prestaciones sociales, toda vez que en el sector público la misma sólo se encuentra prevista en la Ley 244 de 1995 cuando se incumple el plazo para pagar el auxilio de cesantías, empero en acatamiento de la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando se declara la existencia de una relación laboral, dicha prestación tan solo se reconoce con la sentencia, la cual es constitutiva del derecho, por ende, es a partir de la misma que surgen las prestaciones en cabeza del beneficiario; en tales condiciones no resulta viable el reconocimiento de la sanción deprecada, ha sostenido el Consejo de Estado⁴⁵.

Bajo el anterior argumento también se negará el reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales y de las cesantías, máxime cuando tales indemnizaciones están previstas en normas que regulan las relaciones laborales de trabajadores del sector privado (ley 50/90 y Ley 244/95).

4.6. De la devolución de los dineros causados y pagados por concepto de retención en la fuente.

Teniendo en cuenta lo dispuesto por el Honorable Consejo de Estado respecto a la pretensión de devolución de sumas pagadas por concepto de Retención en la Fuente, este despacho no ordenará la devolución de los valores alegados por este concepto ni se pronunciará respecto a su viabilidad toda vez que dicha pretensión desborda los límites impuestos por competencia. En consecuencia, no es procedente ordenar la devolución de la retención en la fuente, al no tratarse de un asunto laboral, sino tributario.

4.7. Del Restablecimiento del derecho.

Conforme a las reglas jurisprudenciales fijadas en la pluricitada sentencia de unificación proferida por la sección segunda del Consejo de Estado: “(i) el consecuente

⁴⁵ Consejo de Estado en la sentencia del 27 de noviembre de 2014, expediente No. 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-2013), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

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 (ii) **el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro - contratista 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 Centro Oriente lo siguiente:

- i) Pagar a la señora **Esmeralda Cicuariza Amaya** las correspondientes prestaciones sociales (**liquidadas con base en los honorarios pactados mensualmente en cada contrato**), en proporción al periodo trabajado desde el **1 de diciembre de 2016 hasta el 31 de enero de 2021**.
- 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 los citados periodos, comprendidos entre el **14 de diciembre de 2012 hasta el 31 de enero de 2021**, el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante como ya se indicó, mes a mes, 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 empleadora.

Para efectos de lo anterior, la parte actora 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 como trabajadora.

- (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**, durante el periodo comprendido entre el **1 de diciembre de 2016 hasta el 31 de enero de 2021**, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

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.

4.8. Condena en costas: Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018⁴⁶, tenemos que:

“a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a un “objetivo valorativo” – C.P.A.C.A.-

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas; es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del C.G.P.

c) Sin embargo se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el C.G.P., esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada en el proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según la parte vencida sea el empleador, el trabajador o el jubilado,

⁴⁶ 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)

estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura)

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas.

f) La liquidación de las costas (incluidas agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.”

En consecuencia y de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia transcrita, encuentra este Despacho que no se observó ninguna actitud temeraria por parte del extremo activo, aunado a que las actuaciones adelantadas por el demandante son las que normalmente se esperan al interior de un proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.** en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR que entre la señora **ESMERALDA CICUARIZA AMAYA**, identificada con cédula de ciudadanía número 52.883.127 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 **14 de diciembre de 2012 hasta el 31 de enero de 2021**, fecha en que terminó el último contrato, con ocasión de la ejecución de los contratos de prestación de servicios celebrados y ejecutados, de acuerdo con las razones expuestas.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se **DECLARA NULO** el **Oficio radicado 2021100132551 del 1 de julio de 2021**, por medio del cual la **SUBRED**

INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E. le negó a la señora **ESMERALDA CICUARIZA AMAYA** el reconocimiento y pago los derechos y acreencias laborales solicitados, 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 la señora **ESMERALDA CICUARIZA AMAYA**, las prestaciones salariales y sociales y demás emolumentos legales dejados de pagar, equivalentes a los que corresponda al cargo de **AUXILIAR DE ENFERMERÍA**, de la planta de personal de la entidad o un cargo con funciones equivalentes a las ejercidas por la actora, **las cuales deben ser liquidadas con el valor de los honorarios mensuales pactados en cada contrato**, para el periodo comprendido entre el **1 de diciembre de 2016 hasta el 31 de enero de 2021**, 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 la señora **ESMERALDA CICUARIZA AMAYA**, para efectos pensionales, el tiempo comprendido entre el **14 de diciembre de 2012 hasta el 31 de enero de 2021, salvo interrupciones**, teniendo en cuenta para calcular el ingreso base de cotización (IBC) **el valor de los honorarios mensuales pactados en cada contrato**, 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 solo en el porcentaje que le correspondía como entidad empleadora.

Así mismo el 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 trabajadora.

QUINTO: 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.

SEXTO: DECLARAR configurada la **PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA** de las acreencias laborales reclamadas por la señora **ESMERALDA CICUARIZA AMAYA**, anteriores al 1 de diciembre de 2016, excepto los aportes destinados a seguridad social en pensión, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

SÉPTIMO: Se **NIEGAN** las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

OCTAVO: Sin condena en costas, por las razones expuestas.

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.

DECIMO: 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.

UNDÉCIMO: 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 del demandante y **no se realice dicho pago** a través de depósito judicial en la cuenta del juzgado.

DUODÉCIMO: 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 CÚMPLASE⁴⁷

BLANCA LILIANA POVEDA CABEZAS
JUEZ

JPP

⁴⁷ Mariomontanobayonaabogado@hotmail.com; notificacionesjudiciales@subredcentrooriente.gov.co

Firmado Por:
Blanca Liliana 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: **c9cb82f68e8e6152b9c1c544e79532875b539d66681a2bb6d2dcbbd552b592ea**

Documento generado en 17/05/2023 11:18:54 PM

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