



**JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**Sección Segunda**

*Carrera 57 N° 43-91, Edificio Aidée Anzola Lineres CAN, Piso 4°*

*Correo electrónico: [admin16bt@cendojramajudicial.gov.co](mailto:admin16bt@cendojramajudicial.gov.co)*

*Teléfono: 5553939, ext. 1016*

Bogotá D.C., catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	N° 11001 – 33 – 35 – 016 – 2017 – 00110 – 00
Demandante:	YAN CARLOS NAVAS CRUZ
Demandado:	Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. <i>Contrato Realidad - Auxiliar de Enfermería</i>

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Procede el despacho a dictar sentencia para resolver en primera instancia la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, instaurada por el señor Yan Carlos Navas Cruz, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., con el propósito de que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio no. OJU-E-826-2016 de fecha 27 de diciembre de 2016, por medio del cual la entidad accionada le negó el pago de acreencias laborales derivadas de la presunta existencia de un contrato realidad que existió entre el Hospital Usme I Nivel – E.S.E. y el demandante entre el 31 de abril de 2003 al 31 de agosto de 2014.

**2. ANTECEDENTES**

**2.1 Pretensiones<sup>1</sup>:** El señor Yan Carlos Navas Cruz, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral promovido en contra de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., pretende que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio no. OJU-E-826-2017 de fecha 29 de diciembre de 2016, emitido por la entidad demandada y notificado el 30 del mismo mes y año, en la cual se negó el pago de las acreencias laborales derivadas de la existencia de un contrato de trabajo realidad que existió entre las partes durante el período comprendido entre el 31 de abril de 2003 hasta el 31 de agosto de 2014.

<sup>1</sup> Folios 30 - 33.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado, solicitó la declaración de la existencia de un contrato realidad entre las partes y a título de restablecimiento del derecho se le paguen los siguientes conceptos:

(i) A título de reparación del daño, las diferencias salariales existentes entre los servicios remunerados por prestación de servicios y los salarios legales y convencionales pagados por el Hospital Usme I Nivel E.S.E a los auxiliares de enfermería entre el 31 de abril (sic) de 2003 hasta el 31 de agosto de 2014, sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4º artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

(ii) pagar a título de indemnización el auxilio de las **cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios de junio y diciembre, prima de navidad, prima de vacaciones, compensación en dinero de vacaciones** causadas durante todo el tiempo de prestación de servicios liquidado con la asignación legal asignada al cargo de auxiliar de enfermería de la Subred Sur entre el 31 de abril (sic) de 2003 hasta el 31 de agosto de 2014, sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4º artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

iii) A título de Reparación del daño los porcentajes de cotización correspondientes a los aportes en **SALUD y PENSION**, que le correspondía realizar a la entidad demandada y que debió cancelar al fondo pensional y a la E.P.S entre el 31 de abril (sic) de 2003 hasta el 31 de agosto de 2014, sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4º artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

iv) La devolución del importe de la totalidad de los descuentos realizados por la demandada a la parte actora durante la prestación de los servicios por concepto de retención en la fuente.

v) Indemnización por despido injusto.

vi) La **indemnización contenida en la ley 244 de 1995** artículo 2º a razón de un día de asignación de salario por cada día de mora en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales legales, extralegales y cesantías reclamadas hasta cuando se produzca el pago reclamado.

vii) Las cotizaciones en forma retroactiva a la Caja de Compensación Familiar CAFAM durante el tiempo que laboró la demandante, es decir, entre el 31 de abril (sic) de 2003 hasta el 31 de agosto de 2014, sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4º artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

viii) Que se condene al demandado al pago de la indemnización que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no afiliar a la demandante el Fondo Nacional del Ahorro, ni haber efectuado las consignaciones de las cesantías a este”.

**Tercero:** Condenar a la entidad demandada a pagar al actor la suma de **100 salarios mínimos legales** mensuales vigentes por concepto de daños morales.

**Cuarta:** Que se condene a la entidad demandada al pago total inmediato del restablecimiento del derecho y de la reparación del daño causado ordenando liquidar intereses de mora, si el pago no se hace efectivo en la oportunidad señalada conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo de la Ley 1437 de 2011.

**Quinta:** Se declare que el tiempo laborado por el demandante bajo la modalidad de contratos sucesivos denominados “arrendamiento” de servicios de carácter privado” y de “prestación de servicios” con la demandada se deben computar para efectos pensionales, ordenando emitir la certificación laboral para el efecto.

## **2.2. Hechos Relevantes<sup>2</sup>**

2.2.1.- El demandante JEAN CARLOS NAVAS CRUZ laboró de manera constante e ininterrumpida en el HOSPITAL USME I NIVEL, hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E, en el cargo de auxiliar de enfermería desde el 31 (sic) de abril de 2003 al 31 de agosto de 2014.

2.2.2.- Su vinculación con el hospital fue mediante sendos contratos de arrendamiento de servicios y de prestación de servicios para desempeñar las funciones en el área de enfermería, de manera sucesiva, habitual e ininterrumpida

2.2.3.- El periodo contratado fue el comprendido entre el 31 de abril (sic) de 2003 al 31 de agosto de 2014, según consta en la certificación expedida el 27 de noviembre de 2014 por la Coordinadora Oficina de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. Hospital Usme, (original de las certificaciones figuran a folios 16-17 del expediente) y en los contratos de prestación de servicios suscrito entre las partes, los cuales pueden consultarse en los folios 18 al 27 del plenario y el salario devengado fue la suma de Un Millón Trescientos Mil Pesos (\$1.300.000), salario que era consignado en una cuenta de ahorro.

2.2.4.- El horario que debía cumplir para desempeñar el cargo de auxiliar de enfermería era de 7:00 p.m. a 7:00 a.m. día por medio y las funciones desempeñadas por este eran las siguientes: Recibo y entrega de turnos, toma de signos vitales, hoja neurológica, control de liquidados administrados y eliminados, baño a los pacientes, verificación y canalización de venas, arreglo de la unidad médica entre otros.

2.2.5.- Señala que los Jefes inmediatos que tuvo fueron los señores Sandra Sánchez y Amanda Arias, ambas enfermeras jefes, expresa además que el hospital le exigía afiliarse como trabajador independiente al sistema de seguridad social en salud y pensión, así

<sup>2</sup> Folios 51-55

como una póliza de cumplimiento de responsabilidad civil y mensualmente le descontaba en cada pago el impuesto de retención en la fuente y el del I.C.A.

2.2.6.- Al señor Yan Navas le fue expedido el carnet que lo acreditaba como trabajador del Hospital de Usme de I nivel, a pesar de ello durante el tiempo que laboró no le reconocieron ni pagaron prestaciones sociales.

2.2.7.- La parte demandante el 6 de diciembre de 2016 radicó en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. bajo el N° 201603510153092 una petición con la que solicitó el reconocimiento y pago de acreencias laborales y prestacionales ocasionados por la configuración de una relación laboral con el Hospital Usme I Nivel E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., a través de los diversos contratos de prestación de servicios que suscribió con dicha entidad de salud desde 31 de abril (sic) de 2003 al 21 de agosto de 2014, para un total fueron 57 contratos (original figura a folios 6-10 del expediente).

2.2.8.- La anterior petición, fue resuelta negativamente por dicha entidad, mediante el Oficio No. OJU-E- 8262016 del 29 de diciembre de 2016 -acto acusado-, por cuanto los contratos de prestación de servicios suscritos entre el demandante y la entidad fueron bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, razón por la cual a este tipo de contrato no le son aplicables las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, dado que no se generó ninguna relación de carácter laboral con la entidad demandada. En consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de los emolumentos salariales y prestacionales reclamados, (original reposa a folios 11-15 del expediente).

2.2.8.- Copia de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el demandante y la entidad demandada, de los que se observa que el objeto del mismo era la prestación de los servicios personales en el área de enfermería del Hospital Usme I Nivel E.S.E., (fotocopia informal de los contratos reposa a folio 18-27 del expediente). De la misma forma, los contratos suscritos fueron anexados por la entidad demandada a folio 118 del expediente un CD que contiene la totalidad de los contratos de prestación de servicios que la demandante suscribió con la entidad y, su hoja de vida.

**2.3. Actuación procesal:** La demanda fue presentada el día 31 de marzo de 2017<sup>3</sup> siendo admitida mediante auto de fecha 10 de mayo de 2017<sup>4</sup> que notificado por correo electrónico a las partes, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el 5 de febrero de 2018. La Subred Integrada De Servicios De Salud Sur E.S.E., contestó la demanda el 18 de abril de 2018<sup>5</sup> encontrándose dentro del término legal establecido.

---

<sup>3</sup> Tal como se desprende del acta individual de reparto y del sello colocado a la demanda en la oficina judicial de esta ciudad en el folio 68

<sup>4</sup> Fl. 71 C. No.1

<sup>5</sup> Fls. 82-112 C. N° 1

La audiencia inicial se celebró el 20 de febrero de 2019<sup>6</sup>, en la cual se surtieron todas las etapas hasta decretar las pruebas solicitadas por las partes, señalando como fecha para la realización de la audiencia de pruebas el 29 de mayo de 2019, que fue reprogramada para ser celebrada el 5 de febrero de 2020, calenda en la cual se efectuó la misma siendo recepcionadas tanto las pruebas documentales decretadas como los testimonios e interrogatorio solicitado por las partes, de la misma manera se escucharon las alegaciones finales de las partes.

**2.4. Pronunciamiento de la parte demandante sobre las normas violadas y el concepto de violación<sup>7</sup>.** La parte demandante invoca como normas violadas de rango constitucional los artículos 1º, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 123, 125, 126, 209, 277 y 351-1. De rango legal el Decreto 3074, artículo 8 del Decreto 3135 de 1968, artículo 51 del Decreto 1848 de 1968, artículo 25 del Decreto 01 de 1984, Decreto 1335 de 1990, Ley 4 de 1992, Ley 332 de 1996, Ley 1437 de 2011, Ley 1564 de 2012, artículos 15, 17, 18, 20, 22, 23, 128, 157, 161, 195 y 204 de la Ley 100 de 1993, Ley 244 de 1995, Ley 443 de 1998, Ley 909 de 2004, artículo 32 de la Ley 80 de 1993, artículo 99 de la Ley 50 de 1990, artículo 8 de la Ley 4 de 1990, artículo 95 de la Ley 100 de 1993, artículo 5 y 71 del Decreto 1250 de 1970, artículos 26, 40, 46, y 61 Decreto 2400 de 1968, artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242 del Decreto 1950 de 1973, artículo 2 del Decreto 1919 de 2002, artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Adujo que el Hospital de Usme, pretende desconocer la relación laboral que existió durante más de once años con el demandante YAN CARLOS NAVAS CRUZ, sin ninguna justificación, a pesar de haberse constituido todos los elementos de un contrato realidad. Finalmente, relacionó jurisprudencia del Consejo de Estado de casos análogos donde se reconoce los derechos reclamados.

**2.5.- Pronunciamiento de la parte demandada:** La Subred Integrada De Servicios De Salud Sur E.S.E.<sup>8</sup>, por conducto de apoderado judicial, contestó en término la demanda y en cuanto a los hechos manifestó que los enunciados en los numerales 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 34, 39 y 40 no son ciertos y respecto de los hechos enunciados en los numerales 2, 15, 17, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 33, 35, 36, 37 y 38 indicó que no le consta, así se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda aduciendo que no se encuentran respaldadas en la realidad de los hechos, ni se estructuran los presupuestos legales para su prosperidad.

En su defensa, la entidad demandada propuso las excepciones previas de caducidad, trámite inadecuado y falta de jurisdicción y competencia que fueron declaradas no probadas en la audiencia inicial celebrada por este juzgado con fecha 20 de febrero de 2019. Propuso además las excepciones de prescripción extintiva, pago, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia del vínculo de carácter laboral, buena fe, cobro de

<sup>6</sup> Fls.136 - 140 C. N° 1

<sup>7</sup> Fls. 4 a 61 del C. Ppal.

<sup>8</sup> Folios 82-112 C.No.1

lo no debido, relación contractual con el actor no era de naturaleza contractual, compensación, oposición, innominada, inexistencia de perjuicios e improcedencia de la indemnización solicitada.

Dentro de los argumentos de defensa adujo que el señor Yan Carlos Navas Cruz tuvo un vínculo con la entidad a través de un contrato de prestación de servicios, que para su perfeccionamiento debía constituir pólizas de seguros para garantizar los perjuicios del incumplimiento y someterse a la correspondiente disponibilidad presupuestal, acreditación al sistema de seguridad social en salud y pensión y que no existe elemento de juicio que permita deducir que entre el demandante y la entidad demandada se haya configurado un contrato. En este sentido afirmó que el actor aceptó lo que le ofreció el Hospital y así prestó sus servicios, desarrollando su actividad de manera independiente y con su propia autonomía de conformidad con los contratos de prestación de servicios suscritos y recibiendo de manera mensual el pago de los honorarios pactado, motivo por el que consideró que en el presente caso no estuvieron presentes la subordinación, horario ni remuneración, que repite este último, fue aceptado por el demandante.

## **2.6.- Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público:**

**2.6.1.- La parte demandante**<sup>9</sup>, La apoderada de la parte demandante adujo que conforme a las pruebas que han sido recaudadas y a los pronunciamientos jurisprudenciales acerca del caso objeto de estudio, se debe acceder a las pretensiones de la demanda, adujo además que en el presente caso se configuró un contrato realidad de conformidad con los elementos que quedaron probados acerca de la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración.

Insistió en que en el Hospital había personal que ostentaba el mismo cargo y si hacía parte de la planta de la entidad y que para el caso concreto el cargo de auxiliar de enfermería es propio de la actividad misional de la entidad demandada.

Indicó que de las pruebas testimoniales que obran en el expediente, quedó demostrado que el señor Yan Carlos Navas en la entidad demandada cumplió de manera personal las actividades encomendadas, tenía un jefe lo que da cuenta de la subordinación y tuvo el pago de una remuneración. Finalmente se ratificó en cada uno de los hechos planteados en el escrito de la demanda y solicitó que se accedan a las pretensiones invocadas.

**2.6.2.- La parte demandada**<sup>10</sup>, La apoderada de la entidad accionada indicó que en el presente caso, no se debe acceder a las pretensiones de la demanda comoquiera que no se probó dentro del expediente que el actor hubiera trabajado con la entidad bajo la modalidad de un contrato realidad.

<sup>9</sup> Presentados de manera oral en la audiencia de pruebas celebrada por este Juzgado el 5 de febrero de 2020.

<sup>10</sup> Presentados de manera oral en la audiencia de pruebas celebrada por este Juzgado el 5 de febrero de 2020.

Expresó que es claro que la vinculación del señor Yan Carlos con la entidad fue a través de un contrato de prestación de servicios que dicho sea de paso no genera el pago de prestaciones sociales. En este sentido afirmó que, desde el inicio de la labor contractual, el demandante tuvo conocimiento acerca de las condiciones laborales que fueron así aceptadas, al respecto dijo que nunca hubo por parte del demandante objeciones respecto de la celebración de los contratos, en los que fueron pactados los términos y condiciones, la modalidad de contratación y las normas que los regían, por lo que no puede venir el actor a alegar que tiene derecho a unas prestaciones que son inexistentes.

También señaló que en el caso concreto no se encuentran demostrados los elementos constitutivos de la relación laboral que acrediten la desnaturalización de los contratos de prestación de servicios suscritos por la parte actora, insistió además que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, las personas que prestan sus servicios a través de la modalidad de contratos de prestación de servicios, no se les da la connotación de empleado público o trabajador oficial y por ende no puede pretender el pago de prestaciones sociales.

**2.6.3.- Concepto del Ministerio Público:** El delegado del Ministerio Público ante este despacho no emitió concepto en esta oportunidad.

### 3. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en los artículos 155 y 156 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este despacho es competente para conocer en primera instancia de la demanda de la referencia

**3.1. Problema jurídico:** El problema jurídico en este asunto consiste en determinar si hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio no. OJU-E-826-2016 de fecha 27 de diciembre de 2016, por medio del cual la entidad accionada le negó el pago de acreencias laborales derivadas de la presunta existencia de un contrato realidad que existió entre el Hospital Usme I Nivel – E.S.E. y el demandante.

Resuelto lo anterior se debe establecer si el señor Yan Carlos Navas Cruz, tiene derecho a que se declare la existencia de la relación laboral con el HOSPITAL USME I NIVEL E.S.E. ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., y en consecuencia se condene a la mentada entidad a que le liquide y pague todas las acreencias laborales percibidas en su calidad de auxiliar de enfermería entre el 30 de abril de 2003 al 31 de agosto de 2014, esto en igualdad de condiciones de aquellas personas que se encuentran en la planta de la entidad desempeñando las mismas funciones por él desempeñadas.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: **(i)** Línea jurisprudencial del H. Consejo de Estado frente al contrato realidad, **(ii)** La prescripción extintiva de los derechos derivados de la vinculación laboral como realidad **(iii)** Naturaleza jurídica de

los aportes del sistema general de seguridad social y de los aportes a las cajas de compensación familiar **(iv)** devolución de dineros pagados por concepto de retención en la fuente a través de la acción de nulidad y restablecimiento de carácter laboral y **(v)** Caso concreto.

### 3.2. Antecedentes jurisprudenciales del contrato realidad<sup>11</sup>

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 ajustada a la Carta Política, siempre y cuando la administración no la utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente<sup>12</sup>.

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 Bustamante<sup>13</sup>, 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 subordinación<sup>14</sup>.

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

<sup>11</sup> E-ste 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), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-154-97, M.P. Hernando Herrera Vergara.

<sup>13</sup> Radicación número: 18001-23-31-000-1998-00027-01(245-03). Actor: Esther Cruz Olaya. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

<sup>14</sup> Sala Plena del Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

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 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 conculcados<sup>15</sup>.

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 suscrito<sup>16</sup>.

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*"<sup>17</sup>, 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

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Radicado No. 3074-2005. C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

<sup>17</sup> La carga de la prueba incumbe al actor.

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.

### **3.3.- 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 extintivo<sup>18</sup>.

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 años<sup>19</sup>.

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 jurídica, razonabilidad, ponderación y diligencia que deben acompañar las actuaciones de los administrados<sup>20</sup>.

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 2016<sup>21</sup>, específicamente en lo que atañe a los siguientes

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>19</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13. Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 8 de mayo de 2014. Expediente No. 2725-12. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>21</sup> 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.

aspectos: (i) la prescripción de los derechos laborales reclamados<sup>22</sup> y (ii) el ingreso base que ha de tenerse en cuenta para la liquidación de las prestaciones a que haya lugar<sup>23</sup>.

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).

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

---

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> Asunto que no había sido delimitado en un fallo de unificación.

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 Quintero<sup>24</sup>.

Ahora bien, en lo que atañe al ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir habrá de tenerse en cuenta el sueldo devengado por los servidores de planta de la entidad estatal demandada que desarrollen las mismas actividades ejecutadas por el contratista y bajo iguales condiciones, siempre y cuando dicho salario no sea inferior a los honorarios pactados. Al respecto el Consejo de Estado<sup>25</sup> explicó:

“Ahora bien, en lo que atañe al ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, cabe precisar que, en virtud del principio de «a trabajo igual, salario igual», habrá de tenerse en cuenta el sueldo devengado por los servidores de planta de la agencia estatal demandada que desarrollan las mismas actividades que las ejecutadas por el contratista y bajo iguales condiciones; pero siempre que no sea inferior a los honorarios acordados<sup>26</sup>, pues de lo contrario aquellas se liquidarán sobre estos.

<sup>24</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección A. Sentencia del 23 de junio de 2016. Expediente: 680012333300020130017401 (0881-14). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>25</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección B. Sentencia de 31 de enero de 2018. Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00144-01(0489-14). C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

<sup>26</sup> Así se aclaró en fallo de 4 de febrero de 2016 de esta Corporación (sección segunda, subsección B), expediente 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14), C.P. Gerardo Arenas Monsalve, al explicar que “...cuando se demuestre que las funciones desarrolladas por el contratista de servicios son propias de los empleados de planta de la entidad y se desempeñan en igualdad de condiciones que estos, el salario devengado por un empleado de planta se convierte en parámetro objetivo para la tasación de los perjuicios, pues dicho monto sería la contraprestación que hubiese recibido el contratista de prestación de servicios en caso de que su vinculación hubiese sido legal y reglamentaria, como lo establece la ley para las relaciones laborales con el Estado, para lo cual, tendrá que demostrarse la identidad en las funciones y condiciones de trabajo desempeñadas, y que los honorarios pactados resultan inferiores a lo devengado por el empleado de planta, pues en caso contrario, deberá estarse a lo pactado entre las partes como contraprestación por los servicios desarrollados. Lo anterior, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, pues demostrado el criterio de igualdad en las condiciones de trabajo, entre el contratista y el servidor público, deviene el derecho a obtener igual remuneración por la labor desempeñada, sólo bajo tal entendimiento, se considera que el salario

### 3.4. Devolución de dineros pagados por concepto de retención en la fuente a través de la acción de nulidad y restablecimiento de carácter laboral:

El Honorable Consejo de Estado, mediante providencia de 11 de abril de 2018<sup>27</sup> se ha manifestado sobre la pretensión de reintegro de sumas descontadas por concepto de Retención en la Fuente al indicar que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es el mecanismo idóneo para ello, ya que desborda el objeto de la controversia laboral por ser este un concepto tributario. Además, es clara en manifestar que la desnaturalización de la vinculación del actor a través de contratos de prestación de servicios no implica el reintegro de dineros que se hayan erogado para su celebración.

**3.5. Caso concreto:** El señor Yan Carlos Navas Cruz solicita que se declare que existió una relación de naturaleza laboral al ejecutar diversos contratos (57) de prestación de servicios suscritos con el Hospital USME I Nivel E.S.E (hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.), entre el 30 de abril de 2003 al 31 de agosto de 2014 como auxiliar de enfermería, considera además que tiene derecho a que la entidad le reconozca y pague todos los derechos laborales y prestacionales derivados de tal relación, en aplicación del principio de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de la Carta Política.

Por su parte, la Subred Integrada de Servicios Sur E.S.E. (antes Hospital Usme I Nivel E.S.E) por intermedio de apoderado judicial sostiene que al demandante no le asiste derecho a lo que pretende, toda vez que a su juicio no se configuran los elementos constitutivos de la relación laboral por no estar sometida a los elementos jurídicos de subordinación, horario y remuneración establecidos en la ley y la jurisprudencia.

En cuanto a los periodos de contratación, quedó establecido que el demandante laboró para la entidad con fundamento en los siguientes contratos de prestación de servicios<sup>28</sup>:

Nº	Contrato	Desde	Hasta
1	0120/2003 <sup>29</sup>	del 30 /04/ 2003	29/07/2003
2	Adición No. 1 al Contrato 0120 de 2003	30/07/2003	31/08/2003
	0240 de 2003 <sup>30</sup> ,	Desde el 4/9/2003	30/11/2003

devengado podría constituir el criterio determinante para el reconocimiento de las reparaciones de los daños ocurridos cuando resulta desvirtuada la relación contractual". (Pie de página original del texto citado entre comillas)

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Rad.: 41001-23-33-000-2013-00350-01(1913-15) Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cueter.

<sup>28</sup> Certificación visible a folios 16 y 17 del expediente

<sup>29</sup> Este contrato no fue allegado por las partes al expediente, solo en el folio 18 funge la adición del mismo en donde ampliaron la fecha del contrato desde el 30 de julio de 2003 hasta el 31 de agosto de 2003, ello se acompaña con el acta de liquidación realizada por la oficina jurídica del Hospital de Usme I Nivel la cual fue allegada en medio magnético.

<sup>30</sup> La fecha de inicio y de terminación del presente contrato la obtuvimos del contrato No. 240 de 2003, el cual fue allegado en medio magnético al expediente

	Adición No. 1 al contrato 0240 <sup>31</sup>	Desde el 1° de diciembre de 2003	31/12/2003
	Adición No. 2 al contrato 0240	26/12/2003	No se estableció fecha de terminación
<b>3</b>	0352/2005	del 1°/03/2005	18/05/2005
<b>4</b>	0589/2005 <sup>32</sup>	del 1°/04/2005	30/06/2005
<b>5</b>	0589-2005 este contrato fue adicionado	del 1°/06/2005 <sup>33</sup>	30/09/2005
<b>6</b>	0936/2005	del 06/07/2005	06/08/2005
<b>7</b>	1566/2005	del 05/08/2005	05/12/2005
<b>8</b>	1566-2005	del 05/12/2005	31/12/2005
<b>9</b>	0330-2006	del 02/01/2006	02/02/2006
<b>10</b>	0889-2006	del 1°/02/2006	28/02/2006
<b>11</b>	0440-2007	del 02/01/2007	28/02/2007
Entre la finalización del contrato 0889 de 2006 y el inicio del 0440 de 2007 existió una interrupción de 10 meses y 3 días			
<b>12</b>	0406-2007	del 1°/03/2007	30/04/2007
<b>13</b>	Adición al contrato 0406- 2007	del 30/05/2007	14/07/2007
<b>14</b>	1068-2007	del 16/07/2007	31/07/2007
<b>15</b>	2077-2007	del 1°/09/2007	30/09/2007
Entre la finalización del contrato 1068 de 2007 y el inicio del 2077 de 2007 existió una interrupción de 1 mes y 2 días			
<b>16</b>	2501-2007	del 05/10/2007	31/10/2007
<b>17</b>	1098-2010	del 1°/08/2010	30/09/2010
Entre la finalización del contrato 2501 de 2007 y el inicio del 1098 del 2010 existió una interrupción de 2 años 9 meses y dos días			
<b>18</b>	1984-2010	del 1°/10/2010	31/10/2010
<b>19</b>	2862-2010	del 1°/11/2010	21/11/2010
<b>20</b>	2862-2010	del 22/11/2010	30/11/2010
<b>21</b>	3713-2010	del 16/12/2010	31/12/2010
Entre la finalización del contrato 2862, esto es, 30/11/2010 y el inicio del contrato 3713/2010 hubo una interrupción de 15 días – no superior a 15 días.			
<b>25</b>	Adición al contrato No. 3713-2010	del 03/01/2011	30/01/2011
<b>26</b>	0600-2011	del 1°/02/2011	30/05/2011
<b>27</b>	1781-2011	del 1°/06/2011	30/09/2011
<b>28</b>	2950-2011	del 1°/10/2011	31/10/2011
<b>29</b>	3280-2011	del 1°/11/2011	30/11/2011
<b>30</b>	4492-2011	del 1°/12/2011	30/12/2011
<b>31</b>	0029-2012	del 1°/01/2012	31/1°/2012
<b>32</b>	0804-2012	del 1°/02/2012	30/04/2012
<b>33</b>	Adición al contrato No. 0804-2012	del 1°/05/2012	30/09/2012
<b>34</b>	3849-2012	del 1°/10/2012	30/11/2012

<sup>31</sup> La fecha de adición del contrato se obtuvo del acta de liquidación del mismo la cual fue allegada al expediente en medio magnético.

<sup>32</sup> La fecha de inicio de este contrato disiente de la terminación del anterior ya que el 0352 de 2005 señala como fecha de terminación el 18 de mayo de 2005

<sup>33</sup> La fecha de adición de este contrato no coincide con la de terminación del principal ya que en ese se establece como fecha de terminación el 30 de junio de 2005.

35	Adición al contrato No. 3849-2012	del 1°/12/2012	4/12/2012
36	Adición al contrato No. 3849-2012	del 4/12/2012	31/12/2012
37	204-2013	del 2/1°/2013	28/02/2013
38	Adición al Contrato No. 204-2013	del 1°/3/2013	30/04/2013
39	Adición al Contrato No. 204-2013	del 1°/5/2013	31/05/2013
40	1430-2013	del 1°/6/2013	30/06/2013
41	Adición al contrato No. 1430-2013	del 1°/7/2013	31/08/2013
42	Adición al contrato No. 1430-2013	del 1°/09/2013	3/09/2013
43	Adición al contrato No. 1430-2013	del 04/09/2013	30/09/2013
44	Adición al contrato No. 1430-2013	del 1°/10/2013	31/10/2013
45	Adición al contrato No. 1430-2013	del 1°/11/2013	30/11/2013
46	Adición al contrato No. 1430-2013	del 1°/12/2013	31/12/2013
47	Adición al contrato No. 1430-2013	del 1°/01/2014	31/1°/2014
48	0274-2014	del 5/02/2014	30/06/2014
49	Adición al contrato No. 0274-2014	del 1°/07/2014	31/07/2014
50	Adición al contrato No. 0274-2014	del 1°/08/2014	31/08/2014

**4. Cuestión previa.** Antes de abordar el caso bajo estudio, se resolverá como cuestión previa la tacha por imparcialidad presentada por la apoderada de la entidad demandada en la audiencia de pruebas celebrada el 5 de febrero de 2020. Una vez resuelto lo anterior, se analizarán los problemas jurídicos, tal como quedaron establecidos en su respectivo acápite.

Al respecto encontramos que la tacha es un cuestionamiento que se realiza en relación del testigo, bien por sus calidades personales, bien por sus relaciones afectivas o convencionales con las partes, de modo que su declaración pueda estar influenciada por elementos ajenos a su simple percepción, que hacen que el testigo sea sospechoso.

Son fundamentos de la tacha, i) la inhabilidad del testigo, (ii) las relaciones afectivas o comerciales, (iii) la preparación previa al interrogatorio, (iv) la conducta del testigo durante el interrogatorio, (v) el seguimiento de libretos, (vi) la inconsonancia entre las calidades del testigo y su lenguaje y (vii) la incongruencia entre los hechos narrados.

Por su parte el artículo 211 del C.G.P., norma aplicable en el presente asunto, conforme la remisión del artículo 211 que hace la Ley 1437 de 2011, señala que:

“ARTÍCULO 211. IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”.

Respecto de la tacha del testigo el Consejo de Estado, en sentencia del 17 de enero de 2012, indicó que los motivos de la tacha deberán ser analizados en la sentencia, sin embargo, la tacha no implica que la recepción y valoración de esta prueba se torne improcedente, *"sino que exige del juez un análisis más severo para determinar el grado de credibilidad que ofrecen y cerciorarse de su eficacia probatoria"*<sup>34</sup>. En el mismo sentido se pronunció la misma corporación en sentencia de fecha 18 de mayo de 2017, Exp.: 63001233300020130015401(2170-2015) M.P Sandra Lisset Ibarra Vélez<sup>35</sup>.

Así las cosas, procede el despacho a resolver la solicitud de tacha iterada por la apoderada de la entidad demandada en la audiencia de pruebas en la que adujo: *"... me permito presentar tacha por sospechoso el testimonio de la señora Yury Maritza Rivera Aponte... En razón a que puede estar favoreciendo al demandante y tener interés directo en las resueltas del proceso"*, el anterior argumento lo fundamentó en el entendido que la testigo ya presentó demanda contra la SUBRED y el señor Yan Carlos Navas Cruz, es testigo en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho por ella promovido.

Ahora bien, haciendo la valoración del testimonio rendido por la señora Yury Maritza Rivera Aponte, puede advertir el despacho que (i) La señora Rivera fue compañera de trabajo del aquí demandante, (ii) compartió el mismo horario, (iii) en varias oportunidades coincidieron en la misma unidad y (iv) desarrollaban también las mismas funciones, motivo por el que en este caso no prospera la tacha formulada por la apoderada de la SUBRED, por cuanto la sola circunstancia que la testigo haya también presentado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la entidad accionada, no conduce necesariamente a inferir que falte a la verdad en su declaración, además se logra determinar con su testimonio las circunstancias de tiempo, modo y lugar bajo las cuales se desarrollaron los contratos de prestación de servicios, también fue clara en señalar como se desempeñaban las funciones, el horario, el lugar de trabajo, en otras palabras, quien más que una compañera de trabajo -compañera de turnos-, las legitimadas para describir el modo como desarrollaban las labores.

<sup>34</sup> Sentencia del 17 de enero de 2012, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Radicación No. 110010315000 201100615 00.

<sup>35</sup> La alta corporación, sostuvo que: *" Respecto de los testigos sospechosos, quienes se encuentran en situaciones que afectan su credibilidad e imparcialidad y cuya declaración, si bien puede recibirse, ha de analizarse con severidad, es decir, la norma citada en precedencia no permite que de antemano y solo con la manifestación de tacha se descalifique el testigo y se impida la recepción de la declaración, sino todo lo contrario, una vez rendida la versión jurada deberá ser apreciada con mayor severidad de tal manera que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha, por lo que, la regulación contenida en la disposición prenotada es la manifestación de las reglas de la sana crítica aplicada al ordenamiento procesal"*.

De la misma manera y teniendo en cuenta que el artículo 176 del C.G.P., determina que las pruebas deben ser apreciadas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es claro para el despacho que lo indicado por la testigo merece credibilidad por cuanto coincide con las pruebas documentales que reposan en el expediente y su versión se refiere, no a conceptos, sino supuestos facticos, que precisamente, por haber sido contratista del Hospital mencionado se hallan bajo las mismas formas de ejecución de tales contratos y estaban sometidas a las mismas condiciones de ejecución como le correspondió al aquí demandante.

En ese sentido, debe advertirse que, pese a que la testigo, *Yury Maritza Rivera Aponte* indicó que tenían reclamación o demanda por hechos similares en contra de las aquí demandadas y que en virtud de tal situación según la apoderado de la entidad de salud demandada puede perder objetividad, este despacho considera que dicho testimonio, al ser analizado íntegramente de acuerdo con el caso que nos ocupa, brinda elementos claros y precisos que permiten confirmar la conclusión a la que se llega con las pruebas documentales, razón por la cual deben ser tenidos en cuenta. Por los anteriores argumentos se reitera no prospera la tacha formulada por la apoderada de la entidad demandada.

**5. Análisis del caso concreto.** Resuelto el punto anterior y una vez vistas las posiciones de las partes en litigio, procede el despacho a analizarlas para determinar si efectivamente existió una relación laboral entre el demandante y el extremo pasivo, se estudiarán por separado los tres elementos, haciendo hincapié en los apartes de los testimonios que son relevantes para probar los requisitos.

En ese sentido, el despacho analizará si el demandante que fue contratado mediante prestación de servicios por intermediación laboral y directamente por la entidad de salud demandada logró demostrar los elementos de prestación personal del servicio, remuneración y subordinación o dependencia frente a la E.S.E. Hospital de Usme de I Nivel no sin antes resaltar que tanto la Corte Constitucional<sup>23</sup> como el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>24</sup>, han sostenido que, en el caso de las Empresas Sociales del Estado, la potestad de contratación a ellas conferida para operar mediante terceros, sólo puede llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas no puedan ejecutarse por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados.

En el sub lite de la lectura de los diferentes contratos de suministro de servicios que fueron allegados al expediente tanto en físico como en medio magnético, se evidencia que dentro de las consideraciones para suscribir el contrato, la entidad adujo que *“El contratante requiere de la ejecución de actividades administrativas y asistenciales adicionales, y teniendo en cuenta que con el personal de la planta existente no se alcanza a cubrir la totalidad de los servicios requeridos y necesarios para el normal y continuo funcionamiento, el cumplimiento de la misión, la visión y el objeto social de la entidad, se requiere suplir estas necesidades por medio de la contratación autorizada para funcionar;*

b) Que la disponibilidad de recursos financieros del Hospital es insuficiente para la creación de nuevos cargos en la planta de personal”.

El argumento de la entidad para efectuar la contratación directamente con el demandante o a través de intermediación laboral, deja ver que el cargo a contratar, esto es, auxiliar de enfermería hace parte del objeto misional de la entidad, es un cargo asistencial que no va a ser creado en la planta de personal por la falta de recursos financieros de la entidad.

En esa medida, reposan en el expediente diferentes contratos por medio de los cuales da cuenta de que el demandante estuvo vinculado a dicha entidad como auxiliar de enfermería, por un lapso comprendido entre el 30 de abril de 2003 al 31 de agosto de 2014, en algunas ocasiones directamente y en otras por cuenta y riesgo de la Cooperativa de Trabajo Asociado Integral & de Servicios PRECISAR.

También se logró demostrar en el expediente, que el señor Yan Carlos Navas Cruz, prestó en forma personal sus servicios, es así como del testimonio rendido por la señora Yury Maritza Rivera Aponte se logra extraer también que la prestación del servicio requería ser de manera personal, veamos:

**“Preguntado.** ...Infórmele al despacho si había compañeros de trabajo del demandante que desempeñaran las mismas actividades que él y estuvieran vinculados como trabajadores de planta. **Contestó.** Si señora, los habían. **Preguntado.** ...El demandante podía encomendar las actividades que se le asignaban a él, a un tercero por decisión autónoma o debía solicitar algún tipo de autorización. **Responde.** No, las funciones que a él se le asignaban, las tenía que cumplir él, él no podía asignar a un tercero... **Preguntado.** ... tiene conocimiento, de que (sic) las labores que realizó el demandante eran constantes e ininterrumpidas. **Responde.** Constantes e ininterrumpidas, todo el tiempo. **preguntado.** Sabe usted cuales eran las funciones que tenía el señor Yan Carlos en la entidad. **Responde.** Él laboraba como auxiliar de enfermería en la entidad. **Preguntado.** Sabe usted si las funciones que él desarrollaba eran para las cuales él había sido contratado o tenía alguna otra función. **Responde.** Era en las cuales había sido contratado, pero también tenía algunas adicionales. **Preguntado.** Durante el periodo comprendido entre el 2010 y 2016 siempre compartió usted su jornada, unidad y labor con el señor Yan Carlos. **Responde.** Compartimos el mismo horario, no siempre la misma unidad porque algunas veces él estaba en Santa Librada y yo en Usme o viceversa o estábamos en la misma unidad juntos. **Preguntado.** Cómo le consta a usted que durante el tiempo que estaban en diferentes unidades él cumplía un horario. **Responde.** Porque nosotros teníamos tablas de rotación de turnos y la conocíamos. **Preguntado.** Sabe usted si las labores para las cuales fue contratado el señor Yan Carlos podían ser desarrolladas por fuera de la institución o siempre debían ser dentro de la SUBRED. **Responde.** Las labores deben ser siempre dentro de la institución ya que somos asistenciales. **Preguntado.** Dentro del manual de funciones se encontraba el cargo de auxiliar de enfermería.... Cuantas personas sabe usted si tiene conocimiento, de que ellos laboraban por contrato de prestación de servicios aproximadamente y cuantos estaban de planta. **Responde.** Aproximadamente de prestación de servicios éramos más o menos 10 y pues nos doblaban la cantidad de compañeros que eran de

planta. **Preguntado.** Los turnos que él normalmente desempeñaba en la entidad eran cómo. **Responde.** Turno nocturno de 7 de la noche a 7 de la mañana de lunes a domingo, siempre era en la noche.”

En este mismo aspecto acerca de la prestación personal del servicio, la señora Ángela María Serna Babilonia indicó:

“**Preguntado.** Podría indicarle al despacho si había compañeros de trabajo del demandante que desempeñaran las mismas actividades y estuvieran vinculados como trabajadores de planta. **Responde.** Si señora, durante el tiempo que laboramos habíamos (sic) personas por contrato y otras personas de planta. **Preguntado.** El demandante podía encomendar las actividades que a él se le asignaban a un tercero de su elección o él debía generar algún tipo de autorización. **Responde.** Las órdenes que se le daban, las ejecutaba él mismo y no se las delegaba a nadie más.”

Finalmente, el señor Yan Carlos Navas Cruz, en el interrogatorio a él practicado sostuvo:

“**Preguntado.** Recuerda usted el objeto contractual establecido en cada uno de los contratos firmados para con la SUBRED. **Responde.** Si, el objeto era prestar mis servicios como auxiliar de enfermería para laborar en la institución.”

De los testimonios se pudo colegir que el señor Yan Carlos desempeñó sus labores de forma personal, labores que hacen parte del objeto misional de la entidad como lo es un auxiliar de enfermería que debe prestar los servicios en este caso de 7 de la noche a las 7 de la mañana sin delegar las funciones encomendadas, motivo por el que queda demostrada la prestación personal y directa del servicio. Como los contratos de prestación de servicios se realizaron *intuito personae*, dada la formación profesional de la demandante, no hay duda que la ejecución fue cumplida personalmente por este.

Además se logró establecer que, para poder cumplir con el objeto de las funciones que le fueron encomendadas, debió el demandante someterse a horarios y recibir directrices de los jefes y coordinadores que le asignaban las funciones a él encomendadas. Finalmente, los testimonios<sup>36</sup> concluyeron y coincidieron en indicar que en efecto, el cargo de auxiliar de enfermería existía en la planta de personal de la entidad y que las funciones estipuladas en cada uno de los contratos de prestación de servicios son similares a las establecidas en el respectivo manual específico de funciones que para el cargo existía en la entidad, a tal punto que a simple vista no podía diferenciarse los auxiliares de enfermería que trabajaban de planta, de quienes laboraban en el mismo cargo bajo contrato de prestación de servicios y que la prestación del servicio estaba supeditada al cumplimiento de turnos de 12 horas nocturnas a partir de las 7 de la noche, asignados en una planilla de rotación por el coordinador de enfermería.

---

<sup>36</sup> De las señoras Yury Marizta Rivera Aponte y Ángela María Serna Babilonia

En este contexto y como claramente se puede observar dentro del material probatorio hasta aquí relacionado, para poder cumplir el objeto y las obligaciones de que tratan los contratos suscritos, debió la demandante someterse además al cumplimiento de normas específicas, directrices institucionales, turnos, horarios, recibir órdenes de sus superiores y las actividades debía realizarlas en forma personal.

## **5.2. De la remuneración**

En los diversos contratos de prestación de servicios que obran en expediente, se verifica que la entidad fijó al demandante una retribución mensual por sus servicios como auxiliar de enfermería, de la misma forma, se estipularon en cada uno de los contratos y prorrogas suscritas y aportadas por el demandante, las sumas de dinero que debía recibir como contraprestación por sus servicios, valores pactados para su pago en periodicidades mensuales, prueba de ello, es la certificación suscrita por la Coordinadora de la oficina de contratación<sup>37</sup> de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., de la misma manera en los folios 150 y 151 figura certificación expedida por la Tesorera de la Subred integrada de Servicios de Salud Sur en donde las que se evidencian pagos efectuados mes a mes por parte del Hospital de Usme y a favor del señor Yan Carlos Navas Cruz entre el año 2003 al 2014, periodo en los cuales este, estuvo vinculado con dicho Hospital, en la modalidad de contratos de prestación de servicios.

Adicionalmente, de los testimonios rendidos dentro del expediente, el despacho destaca lo dicho por la señora Yury Maritza Rivera Aponte:

**“Preguntado.** Le podría indicar al despacho si usted tiene conocimiento de cómo se realizaban los pagos al demandante. **Responde.** Por nómina a cuenta bancaria. **Preguntado.** Y esos pagos se realizaban en que tiempos eran quincenales, mensuales. **Responde.** Mensuales, los 10 de cada mes.”

En este mismo sentido, la señora Ángela María Serna Babilonia en su testimonio dijo:

**“Preguntado.** El pago que le efectuaban al demandante era cancelado por medio de anticipos o se cancelaba de manera mensual. **Responde.** El pago lo hacían mensual a través de una cuenta de nómina.”

Los anteriores argumentos son suficientes para concluir que, en el presente caso, el señor Yan Carlos Navas, recibió por parte de la entidad aquí demandada una remuneración por las funciones por él desarrolladas en su calidad de auxiliar de enfermería.

## **5.3. Subordinación o dependencia**

---

<sup>37</sup> Ver folios 16 y 17 del expediente

Siguiendo este hilo conductor, el presente requisito es el que marca jurídicamente la diferencia entre un contrato de prestación de servicios y uno laboral que es la subordinación 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 exanime* bastaría para condenar el reconocimiento de la relación laboral tener como prueba las funciones desarrolladas por el demandante en el HOSPITAL DE USME I NIVEL (hoy Subred Integrada de Servicios Sur E.S.E.) como auxiliar de enfermería las cuales cumplió de manera reiterada e ininterrumpida por varios años.

Respecto del cumplimiento de funciones y órdenes para el desempeño de labores que la entidad exigía al demandante, los testimonios recepcionados concurren en señalar que para desarrollar el objeto contractual el demandante debía cumplir el horario asignado por los coordinadores de la entidad, en turnos de lunes a domingo en horarios comprendidos entre las 7:00 p.m. a 7:00 a.m., así mismo señaló la manera como debía pedir los permisos, quien o quienes le impartían las ordenes, en este sentido, la señora Yuri Maritza Rivera Aponte adujo:

“**Preguntado.** Podría informarle al despacho, si usted tiene conocimiento, en cuanto a los turnos que debía cumplir el demandante, eran asignados por algún jefe o los determinaba él... me podría informar el nombre de él o de los jefes que se los imponían. **Responde.** Los turnos que se manejaban eran de 7 de la noche a 7 de la mañana, por cuadro de rotación asignado por la jefe Rayfer, que era nuestra coordinadora de enfermería de ese momento. **Preguntado.** Esa misma persona era la que se encargaba de vigilar el cumplimiento de esos turnos, es decir controlaba entradas, salidas y si los controlaba era ella u otra persona. **Responde.** Ella lo hacía desde la parte de arriba, pero nosotros teníamos jefe de turno asignado. **Preguntado.** Me podría indicar el nombre por favor. **Responde.** De mi jefe de turno nosotros en ese tiempo estábamos con la jefe Adriana y la jefe Rayfer, era nuestra jefe general. **Preguntado.** Usted sabe si el demandante podía hacer cambio de esos turnos por autonomía, tenía que pedir algún tipo de permiso, a quien se lo tenía que pedir, con cuanto tiempo de anticipación se debían pedir esos permisos... **Responde.** Eso se realizaban con 3 días de anticipación por medio de correo y se le hacían directamente a la jefe Rayfer. **Preguntado.** Quien era la persona que le impartía órdenes al demandante. **Responde.** El jefe inmediato de mi turno era la jefe Adriana, pero a nosotros nos dirigía encima de la jefe Adriana la jefe Rayfer que era la coordinadora del CAMI en ese momento. **Preguntado.** El demandante asistió a algún tipo de capacitación y si era obligatorio o no asistir. **Responde.** Si señora y era obligatorio asistir a ellas.”

De la misma manera, se pronunció la señora Ángela María Serna Babilonia cuando en su testimonio expresó:

**“Preguntado.** El demandante debía cumplir turnos de trabajo o un horario plenamente establecido por jefe o él era quien decidía a qué hora asistía. **Responde.** Teníamos una rotación que se hacía mensual, mi compañero era del turno de la noche de 7 de la noche a las 7 de la mañana y cuando se lo requerían los coordinadores, pero sí había un cronograma el cual debíamos cumplir. **Preguntado.** El demandante podía desarrollar de manera autónoma sus actividades o si era necesario que recibiera órdenes acerca del modo, cantidad y lugar de trabajo. **Responde.** Se recibían órdenes por parte de la coordinadora y el jefe de turno que estuviera ese día.”

Al confrontar los dos testimonios que obran como prueba dentro del expediente, se puede constatar que en el caso concreto, está plenamente demostrada la subordinación por cuanto el demandante debía (i) cumplir los turnos de 7 de la noche a las 7 de la mañana que habían sido programados con anterioridad con la Jefe Rayfer, (ii) durante la ejecución del turno tenía un jefe inmediato que en este caso era la coordinadora que le supervisaba y le daba órdenes, (iii) el señor Yan Carlos, no podía ausentarse de su lugar de trabajo sin cumplir un trámite de permiso que lo justificara, (iv) tenía además la obligación de asistir a las capacitaciones adelantadas por el Hospital, (v) y no tenía autonomía en el desarrollo de sus labores, pues todo el tiempo recibía órdenes de su jefe, coordinador o superior y estaba sometido todo el tiempo a las directrices internas que le imponía la entidad.

Como se pudo verificar, el demandante más allá de una relación de coordinación, se encontraba sometido a cumplir las funciones suscritas en los diferentes contratos entre ellas *“Prestar servicios profesionales, en actividades Asistenciales de Enfermería (...) Coordinar el recibo y entrega de pacientes y actividades con el grupo de auxiliares según normas de la institución. 2. Proporcionar información clara y oportuna al paciente y sus familiares según el nivel de competencia establecido por el departamento de enfermería. 3. Generar el plan de atención de enfermería con base en las órdenes médicas. 4. Ubicar pacientes de acuerdo a situación clínica para la ubicación del servicio y reubicar de acuerdo a la situación clínica para la optimización en el uso de camas del servicio. 5. Identificar pacientes de aislamiento y tomar medidas preventivas. 6. Preparar y administrar soluciones especiales....”* y para ello es necesario el acatamiento de los horarios asignados por el hospital, así como estar disponible cuando las funciones propias del servicio lo requirieran y en efecto, estaba plenamente subordinado a las instrucciones impartidas por la entidad en cuanto al modo, tiempo y horarios establecidos, con lo cual se desvirtúa que el actor tenía la autonomía e independencia para desarrollar el objeto de los contratos de prestación de servicios.

Así mismo, quedó demostrado que la entidad contrataba al actor bajo la modalidad de contratos de suministro de servicios porque en la planta de personal no se encontraban los cargos suficientes para desarrollar las funciones de la entidad, o sea, para cumplir funciones permanentes y misionales de la entidad.

En este orden de ideas, también quedó probado que en el Hospital de Usme I Nivel existían empleados de planta que ejercían las mismas funciones que el señor YAN CARLOS NAVAS CRUZ y que las mismas eran coordinadas por un superior que ejercía las mismas funciones del demandante, por tanto, el actor en su condición de contratista cumplía las mismas funciones que un auxiliar de enfermería de planta de la entidad cumpliendo funciones de carácter permanente en servicios 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 del demandante no fue para suplir actividades transitorias, sino que la misma perduró durante más de 10 años, desde el 2003 a 2014.

Entonces, el Hospital de Usme I Nivel, (Hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.) 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, cargos que en efecto están creados en la planta de personal de la entidad y que también desempeñaba el 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 el 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 el actor 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<sup>38</sup>.

Para el juzgado es claro que la continuidad en la prestación de los servicios de enfermería del señor Yan Carlos Navas le brinda un carácter de permanente, de lo que se puede colegir que sus servicios como auxiliar de enfermería, no eran propios de un contrato de suministro de servicios sino de una relación laboral entre las partes. La

---

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: William Hernández Gómez, Bogotá D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018), radicación número: 08001-23-33-000-2012-00161-01(3809-14), actor: Piedad del Carmen González Mendoza, demandado: municipio de Tubará (Atlántico), medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho.

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 desconozca 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 10 años

Como consecuencia de lo anterior, se declarará la nulidad del oficio n° OJU-E-826-2016 de 27 de diciembre de 2016, expedido por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., en cuanto negó la existencia de una relación laboral entre ese establecimiento público y el demandante, desde el 30 de abril de 2003 hasta el 31 de agosto de 2014, salvo sus interrupciones.

Empero, 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).

#### **5.4. 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 prestaciones<sup>39</sup>, 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.

#### **5.5. De la prescripción**

El Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación<sup>40</sup> 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

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> 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.

181

realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de (3) tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

Según lo probado en el proceso la parte actora inició su relación contractual a partir del 31 de abril de 2003 con el contrato no. 120-2003 y mantuvo su vínculo con el Hospital con sendos contratos de prestación de servicios<sup>41</sup> que se renovaron hasta el 31 de agosto de 2014, por lo tanto de acuerdo con la sentencia de unificación antes transcrita se debe analizar el vínculo y analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción, teniendo en cuenta que el señor Yan Carlos Navas Cruz presentó reclamación ante la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur – Hospital de Usme I Nivel E.S.E., el 6 de diciembre de 2016.

En atención a que la vinculación del actor fue discontinua, ya que existieron interrupciones entre uno y otro contrato<sup>42</sup>, y teniendo en cuenta la fecha en que formuló la respectiva solicitud, las prestaciones sociales a las que tiene derecho son las derivadas del contrato no. 1430-2013, que fue celebrado con fecha 1º de diciembre de 2013, con la advertencia que las prestaciones adeudadas al actor se deben liquidar **sólo a partir del 6 de diciembre de 2013** por prescripción trienal, pues la reclamación solo se presentó el **6 de diciembre de 2016**, esto es, por fuera de los 3 años señalados como término de la prescripción extintiva, por lo tanto no es factible conceder los emolumentos prestacionales derivados de los contratos celebrados con anterioridad a dicha calenda vale decir, antes del 6 de diciembre de 2013. En virtud de ello, se declarará parcialmente probada la excepción denominada “**PRESCRIPCIÓN**”, formulada por la apoderada de la entidad demandada.

Pese a lo expuesto, debe recordarse que el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión, tal como se explicó en la sentencia de unificación referenciada<sup>43</sup>:

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

Así las cosas, por haberse presentado la petición dentro del término de 3 años 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, el señor Yan Carlos

<sup>41</sup> Se advierte además que, en algunos casos, dichos contratos se renovaban sin que hubiera solución de continuidad, es decir, sin que transcurriera una interrupción superior a 15 días, pero en otros casos si se evidenció por parte del despacho que hubo solución de continuidad por transcurrir un lapso superior a 15 días entre la finalización de un contrato y la celebración del siguiente. 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). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>42</sup> Entre la finalización del contrato 0889 de 2006 y el inicio del 0440 de 2007 existió una interrupción de 10 meses y 3 días. De la misma manera entre la finalización del contrato 1068 de 2007 y el inicio del 2077 de 2007 existió una interrupción de 1 mes y 2 días. Igualmente entre la finalización del contrato 2501 de 2007 y el inicio del 1098 del 2010 existió una interrupción de 2 años 9 meses y dos días

<sup>43</sup> Sentencia de unificación CE-SUJ2-005 de 25 de agosto de 2016. Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

Navas Cruz, tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales comunes devengadas por un auxiliar de enfermería de planta de la entidad únicamente por el periodo comprendido entre el 6 de diciembre de 2013 hasta el 31 de agosto de 2014 fecha en que terminó el último contrato<sup>44</sup>, dada la prescripción trienal a la que se hizo referencia.

En cuanto a las cotizaciones destinadas a pensión es procedente ordenar a la entidad demandada tener en cuenta para efectos pensionales el tiempo comprendido entre el 30 de abril de 2003 hasta el 31 de agosto de 2014 (periodo de desarrollo de los contratos de prestación de servicios, fl. 16 y 17), dado el carácter imprescriptible de esta prestación, salvo los periodos de interrupciones.

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 periodo comprendido entre el 30 de abril de 2003 al 31 de agosto de 2014, si hubiere lugar a ello, una vez que la entidad haya determinado el IBC sobre el cual deben efectuarse dichos pagos.

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

Así entonces, para calcular el ingreso base de cotización (IBC) tanto para las prestaciones sociales comunes como para efectos de pensión del demandante, la entidad deberá tener en cuenta que dentro de la planta de la entidad se encuentra creado el cargo de auxiliar de enfermería, por lo tanto el IBC deberá calcularse con el salario percibido por el cargo citado.

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

---

<sup>44</sup> fl. 16 y 17

cotiza el demandante.

Para lo anterior, 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 trabajador.

#### **5.6. De la devolución de los pagos realizados por concepto de aportes a Cajas de Compensación.**

Considerando lo expuesto en el acápite considerativo frente al carácter de recursos parafiscales que revisten los dineros causados y pagados por concepto de aportes a Cajas de Compensación, y a la luz de lo dispuesto por el Estatuto Tributario en cuanto a la acción de cobro de las obligaciones fiscales, este despacho no puede ordenar la devolución de los valores que la demandante pretende por concepto de aportes a Cajas de Compensación, pues ello desborda la competencia asignada por la ley para el medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral.

#### **5.7. 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.

#### **5.8. 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 Estado<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> 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.

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).

### **5.9 de la indemnización por concepto de daños morales**

Si bien la demandante pretende que se condene a la entidad al pago de la suma de 100 salarios mínimos por concepto de daños morales, respecto a la referida pretensión es preciso indicar que como quiera que en el transcurso del proceso la demandante no allegó prueba alguna siquiera sumaria que permita al despacho analizar el perjuicio de esta clase que presuntamente se ocasionó, el mismo se declara no probado y en consecuencia no hay lugar a reclamar indemnización alguna por este concepto.

### **5.10 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<sup>46</sup>: *“(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)- y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el contratista corresponderá al sueldo devengado por los servidores de planta de la entidad”*.

Conforme a lo expuesto, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur – Hospital de Usme I Nivel E.S.E. lo siguiente:

(i) Pagar al señor Yan Carlos Navas Cruz las correspondientes prestaciones sociales (liquidadas con base en el sueldo devengado por los servidores de planta que ostentan el mismo cargo que desempeñó el demandante), en proporción al período trabajado en virtud del contrato de prestación de servicios n.º 1430-2013 del 1º de diciembre de 2013, desde el 6 de diciembre de 2013, por cuanto operó la prescripción trienal respecto de los derechos laborales reclamados frente a los demás contratos y con anterioridad a esta misma fecha.

(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.

---

<sup>46</sup> Ibídem.

En consecuencia, la entidad demandada deberá tomar, durante el tiempo comprendido entre el 30 de abril de 2003 hasta el 31 de agosto de 2014, salvo sus interrupciones, el ingreso base de cotización (IBC) pensional del 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 empleador.

Para efectos de lo anterior, el actor 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 trabajador.

(iii) Se declarará que el tiempo laborado por el demandante como auxiliar de enfermería la bajo la modalidad de contratos y órdenes de prestación de servicios con la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur – Hospital de Usme I Nivel E.S.E., desde el 30 de abril de 2003 hasta el 31 de agosto de 2014, 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.

## 6.- Costas

El artículo 188 del CPACA establece que la sentencia deberá decidir sobre la condena en costas, salvo que se trate de procesos en los que se ventile un interés público. Norma que para la liquidación y ejecución de estas remite al estatuto de procedimiento civil.

Actualmente el Código General del Proceso es el que regula la actividad en conflictos civiles y, además, se aplica a todos los asuntos de cualquier jurisdicción, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes.

Este código en su artículo 365 señala las reglas a las que se debe sujetar la condena en costas, de las cuales se destaca la prevista en el numeral 5, que a la letra dice: “En caso

*de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”.*

Sobre este punto, el profesor Hernán Fabio López Blanco<sup>47</sup> considera:

“Si el fallo es parcialmente estimatorio de la demanda (se acoge parte de las peticiones de ella y se desechan otras), es lógico que no puede imponerse al vencido una condena total al pago de las costas, sino que el juez, a su prudente arbitrio y dando las razones de su proceder, puede optar entre imponer condena parcial o, inclusive abstenerse de hacerlo, como sucedería cuando prosperan la mayoría de las excepciones, por cuanto las pretensiones fueron sobreestimadas”.

Así las cosas, con fundamento en el artículo 365-5 del Código General del Proceso, este juzgado se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, en la medida en que prosperó parcialmente la excepción de “*PRESCRIPCIÓN*” invocada por su apoderado, lo que conlleva a que no sea posible reconocer todas las prestaciones sociales solicitadas por el actor.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta 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 invocadas, 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,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor **YAN CARLOS NAVAS CRUZ**, identificado con cédula de ciudadanía no. 79.693.137 y la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** (antiguo Hospital de Usme I Nivel E.S.E.) se configuró una relación laboral de naturaleza pública durante el periodo comprendido entre el 30 de abril de 2003 hasta el 31 de agosto de 2014 fecha en que terminó el último contrato, con ocasión de la ejecución de los contratos de suministro de servicios celebrados y ejecutados, salvo en el lapso de las interrupciones, de acuerdo con las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, se **DECLARA NULO** el oficio no. OJU-E-826-2016 de fecha 27 de diciembre de 2016, por medio del cual la SUBRED

---

<sup>47</sup> López Blanco, Hernán Fabio. Código general del proceso: parte general. Bogotá: Dupre Editores Ltda., 2016, p. 1056.

INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. le negó a el señor Yan Carlos Navas Cruz 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 SUR E.S.E.** a que reconozca y pague en forma indexada al señor **YAN CARLOS NAVAS CRUZ**, identificado con cédula de ciudadanía no. 79.693.137, 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 en el periodo comprendido entre el 6 de diciembre de 2013 hasta el 31 de agosto de 2014, 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 SUR E.S.E.** a que reconozca y pague en forma indexada al señor **YAN CARLOS NAVAS CRUZ**, para efectos pensionales, el tiempo comprendido entre el 30 de abril de 2003 hasta el 31 de agosto de 2014, teniendo en cuenta para calcular el ingreso base de cotización (IBC) el salario que percibía un empleado de la planta de personal de la entidad que desempeñara las funciones equivalentes a las ejercidas por el actor para la época en que esta 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 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 trabajador.

**QUINTO: DECLARAR** configurada la **PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA** de las acreencias laborales reclamadas por el señor **Yan Carlos Navas Cruz**, anteriores al 5 de diciembre de 2013, excepto los aportes destinados a seguridad social en pensión, 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:** Se niegan las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

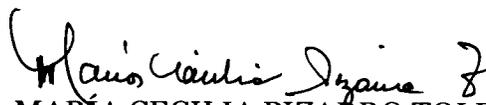
**OCTAVO:** Sin condena en costas, por las razones expuestas.

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

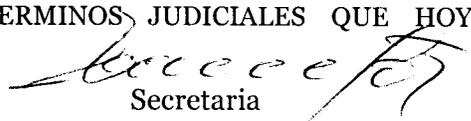
**DÉCIMO:** En firme esta Sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). Igualmente expídase a la parte demandante copia íntegra y autentica de la 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:** Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado hágase las anotaciones de ley y ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
MARÍA CECILIA PIZARRO TOLEDO  
JUEZ

VPAG

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL	
CIRCUITO DE BOGOTÁ SECCIÓN SEGUNDA	
CONSTANCIA DE NOTIFICACION	
BOGOTA, D.C.	<b>14 MAYO 2020</b>
DADO EL ESTADO DE EMERGENCIA SANITARIA MUNDIAL Y DE CONFORMIDAD CON EL ACUERDO PCSJA20-11549 DEL 7 DE MAYO DE 2020 PROCEDO A REGISTRAR Y NOTIFICAR POR ESTE MEDIO LA ANTERIOR SENTENCIA, ADVIRTIENDO QUE EL TERMINO DE EJECUTORIA COMENZARÀ A CORRER A PARTIR DEL DÌA QUE SE REANUDEN LOS TERMINOS JUDICIALES QUE HOY SE HALLAN SUSPENDIDOS.	
 Secretaria	